



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

**“VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL
NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO”**

T E S I S

Que para obtener el título de

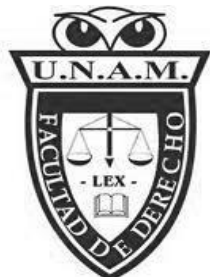
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

ALEJANDRA FLORES DELGADILLO

DIRECTOR DE TESIS

MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA



2014



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/76/6/2014
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La alumna **ALEJANDRA FLORES DELGADILLO**, con No. de Cuenta: 305165042, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **"VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, **MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO"** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la **C. ALEJANDRA FLORES DELGADILLO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

**A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 16 de junio de 2014**

**MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA
DIRECTOR DEL SEMINARIO**



CEBS/*cch

DEDICATORIAS

A Dios, por darme el don de la vida y por bendecir siempre mi camino; pero sobre todo por permitirme alcanzar uno de mis mayores logros...ser Licenciada en Derecho.

A mi madre la Señora Guadalupe Flores Delgadillo por ser la MUJER que me dio la vida pero además por ser mi fuente de inspiración, quien día a día luchó y contribuyó en mi formación personal y profesional, por ser mi ejemplo, mi guía, mi amiga, mi TODO. Gracias mamá.

A mis queridísimos abuelitos, porque gracias a su empeño, dedicación, cariño y cuidados siempre guiaron cada uno de mis pasos.

A mi abuelita María Guadalupe Delgadillo Trejo, quien es parte fundamental en mi vida y a quien también le agradezco infinitamente ser quien soy. Gracias abue.

A mi abuelito Fortino Flores Flores, a quien admiro profundamente por su gran capacidad intelectual, disciplina y por heredarme una de las cualidades que lo distinguen...el don de la palabra. Gracias.

Con especial cariño, respeto y admiración a mi tío y papá Ramón Flores Delgadillo, porque nunca me dejó sola y siempre fue, es y será un ejemplo a seguir para lograr la meta que uno se propone. Gracias Papá Ramón.

Con afecto y gratitud a mi tía Pilar Flores Delgadillo, quien desde siempre ha estado al pendiente de mí...apoyándome en todo momento que la he necesitado. Gracias Tía Pily.

A mi tía Carolina Flores Delgadillo por ser un modelo digno a seguir intelectualmente...Gracias Cariño.

A mi bella Dolores Flores Delgadillo, quien más que mi tía ha sido en realidad mi hermana, amiga y confidente en todas mis travesuras, sin embargo brindándome también buenos consejos y opiniones. Gracias Dolly.

A mis primos Ramón, Madeleine, Moshé, Rafael, Andrea y a la más pequeña de la familia Maya, a quienes a través de mi trabajo de investigación y examen profesional exhorto a nunca darse por vencidos y luchar hasta lograr la meta que se propongan. Éxito para todos Ustedes que empiezan el largo camino de la vida.

Con gratitud a mis tíos Ma. Candelaria García Gastelum y Eloy Camacho Rodríguez por su inmesurable apoyo.

A mí siempre fiel amigo Bruno Soto Gallardo por su incondicional amistad durante la carrera y por su valiosa ayuda durante mi investigación.

A mí hoy amigo Sergio González Velázquez, quien a su alcance siempre veló por mi bienestar. Gracias Sergio.

AGRADECIMIENTOS

A mi alma mater Universidad Nacional Autónoma de México por elegirme entre miles de aspirantes...

A mí querida H. Facultad de Derecho por acogerme en sus aulas y darme la oportunidad de concluir exitosamente mis estudios universitarios.

A mi asesor Mtro. Carlos Ernesto Barragán y Salvatierra por su constancia, empeño y dedicación durante el desarrollo de la investigación.

A la Dra. Maricela Moreno Cruz quien ha sido uno de los pilares más importantes durante mi formación profesional, fomentando día a día el amor y compromiso a nuestra noble profesión así como el ánimo de superación.

Al Magistrado Hugo Carrasco Iriarte por el apoyo prestado durante su tutoría y por sus sabios consejos.

Al Juez Jesús Ubando López por apoyar mi aprendizaje durante mi desarrollo profesional y por haberme dado la oportunidad de formar parte de su equipo.

A mi querido maestro José Díaz de León Cruz, a quien recuerdo con mucho afecto, admiración y gratitud por su sencillez pero sobre todo por el inmenso amor y vasto conocimiento en materia penal.

Al Dr. Ángel Alonso Trujillo por contribuir eficazmente en mi formación y desarrollo profesional, lo admiro y lo respeto.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

INTRODUCCIÓN	I
ABREVIATURAS	i

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DE LOS SISTEMAS PROCESALES

1.1. Definición de Sistema Procesal	1
1.2. Sistema Acusatorio	3
1.3. Sistema Inquisitivo	7
1.4. Sistema Mixto	12
1.4.1. Definición de Procedimiento, Proceso y Juicio	16
1.4.2. El Proceso Penal Federal en la actualidad	20
1.5. El Sistema Penal Acusatorio en México a partir de las reformas constitucionales de 2008	27
1.6. Cuadro comparativo	32

CAPÍTULO II

LA PRUEBA

2.1. Evolución Histórica de la Prueba	37
2.2. Noción de Prueba	40
2.3. Teoría General de la Prueba	44
2.3.1. Diferencia entre Verdad y Certeza	45
2.4. Principios generales en materia de prueba	46
2.4.1. Presunción de dolo	46
2.4.2. Pertinencia	47
2.4.3. Utilidad	48
2.5. Elementos de prueba	48

2.5.1. Elemento de prueba	48
2.5.2. Objeto de prueba	50
2.5.3. Órgano de prueba	51
2.5.4. Medio de prueba	52
2.6. Medios de prueba en el sistema actual	53
2.7. Clasificación de los medios de prueba	56
2.8. Medios de prueba en particular	62
2.8.1. Prueba Confesional	62
2.8.1.1. Clasificación de la confesión	63
2.8.1.2. Confesión ficta	63
2.8.1.3. Requisitos	64
2.8.1.4. Valoración	64
2.8.1.5. Retracción	64
2.8.2. Prueba Testimonial	65
2.8.2.1. Clasificación de testigos	66
2.8.2.2. Obligatoriedad de los testigos	66
2.8.2.3. Valoración	67
2.8.2.4. Diferencias con la confesión	69
2.8.3. Careo	70
2.8.3.1. Clases	70
2.8.4. Prueba Pericial	71
2.8.4.1. Clases de peritos	71
2.8.4.2. Valoración	72
2.8.5. Intérprete y Traductor	72
2.8.6. Inspección	73
2.8.6.1. Clasificación	73
2.8.6.2. Valoración	74
2.8.7. Cateo	74
2.8.7.1. Valoración	74
2.8.8. Confrontación	74
2.8.9. Reconstrucción de Hechos	75

2.8.10.	Prueba Documental	75
2.8.10.1.	Clasificación de los documentos	76
2.8.10.2.	Valoración	77
2.8.11.	Correspondencia Particular del Procesado	77
2.8.12.	Prueba Presuncional	77
2.9.	Sistemas de determinación de los medios de prueba	78
2.9.1.	Sistema taxativo o de <i>numerus clausus</i>	79
2.9.2.	Sistema libre o de <i>numerus apertus</i>	79
2.10.	Sistemas probatorios	80
2.10.1.	Tasado	80
2.10.2.	Libre	81
2.10.3.	Mixto, intermedio o ecléctico	81
2.11.	Valoración de las pruebas	82
2.11.1.	Sujetos procesales que valoran la prueba	83
2.11.2.	Resultado de la valoración	84

CAPÍTULO III

LA PRUEBA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

3.1.	Principios rectores del Proceso Penal Acusatorio y Oral	85
3.1.1.	Oralidad	85
3.1.2.	Publicidad	86
3.1.3.	Contradicción	89
3.1.4.	Concentración	90
3.1.5.	Continuidad	90
3.1.6.	Inmediación	91
3.2.	Principios generales de la prueba	92
3.2.1.	Libertad probatoria	92
3.2.2.	Unidad de la prueba	93
3.2.3.	Comunidad de la prueba	93
3.2.4.	Necesidad de la prueba	93

3.2.5. Principio más favorable al acusado	94
3.2.6. Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba	94
3.2.7. Inmaculación de la prueba	95
3.2.8. Irrenunciabilidad de la prueba	95
3.2.9. Formalidad y legitimidad de la prueba	95
3.2.10. Principio de eficacia de la prueba	95
3.3. Actos de Investigación y Actos de Prueba	96
3.3.1. Diferencias	98
3.4. El Proceso Penal Acusatorio y Oral	99
3.4.1. Investigación	99
3.4.2. Intermedia o de preparación a juicio	104
3.4.2.1. Prueba anticipada	106
3.4.2.2. Prueba irreproducible	108
3.4.3. Juicio	108
3.5. Valoración de la prueba	110
3.5.1. Fundamento legal en la valoración	111
3.6. Criterios para la valoración de la prueba: la sana crítica	112
3.6.1. Máximas de la experiencia	113
3.6.2. Reglas de la lógica	115
3.6.3. Conocimientos científicos	117
3.6.4. Motivación	118

CAPÍTULO IV

LA PRUEBA ILÍCITA

4.1. Diversas denominaciones	119
4.2. Concepto de prueba ilícita y de prueba irregular o ilegal	120
4.3. Origen de la prueba ilícita	122
4.4. Fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita	122
4.4.1. Evolución de la prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana	129
4.5. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita	135

4.5.1. Excepción de la buena fe (<i>Good faith exception</i>)	136
4.5.2. Excepción de la fuente o prueba independiente (<i>Independent source doctrine</i>)	137
4.5.3. Excepción del descubrimiento inevitable (<i>Inevitable discovery</i>)	139
4.5.4. Excepción del vínculo o conexión atenuada (<i>Attenuated connection doctrine o Purged taint</i>)	140
4.6. Tesis española de la conexión de la antijuridicidad	142
4.7. Principio de la proporcionalidad	144
4.8. Propuesta: adhesión del artículo 264 BIS del Código Nacional de Procedimientos Penales	145
CONCLUSIONES	148
PROPUESTA	154
BIBLIOGRAFÍA	160

INTRODUCCIÓN

Derivado de diversas iniciativas que presentaron en su oportunidad las Cámaras de Diputados y Senadores, es como comienza la gestación de un cambio constitucional en el Sistema Penal del Estado Mexicano, es decir, se busca la transición de un proceso mixto preponderante inquisitivo a uno ***acusatorio y oral con tendencia adversarial***.

Es así como el 12 de diciembre del año 2007, en sesión celebrada por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión se aprobó el dictamen con proyecto de decreto que reforma disposiciones de la Ley Fundamental, turnándose al Senado de la República el 13 de diciembre del mismo año.

Para el 28 de mayo de 2008, el Senado de la República comunicó la aprobación al Proyecto de Decreto dando fe con la emisión de 19 votos aprobatorios, por lo que la Presidencia del Pleno declaró su aprobación por la mayoría de las legislaturas estatales, entre las que destacan: Aguascalientes, Campeche, **Chihuahua**, Coahuila, Durango, Guanajuato, **México**, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Por tanto, **el 18 de junio de 2008**, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 fracciones XXI y XXIII, 115 fracción VII y 123 fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De la citada reforma constitucional, Estados de la República como Nuevo León, Oaxaca, Zacatecas, **Chihuahua y Estado de México**, por mencionar algunos han sido de los primeros en accionar el sistema acusatorio y oral.

El sistema penal acusatorio y oral tiene por objeto el reconocimiento de los llamados derechos fundamentales, instaurados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente.

Con base en lo expuesto, la presente investigación denominada **VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO**, precisará en su primer Capítulo las características y divergencias de los sistemas procesales existentes: acusatorio, inquisitivo y mixto. Más adelante se hará referencia al funcionamiento del sistema penal federal vigente para con ello visualizar las razones fundamentales que dieron impulso a la reforma constitucional en materia de Seguridad y Justicia del año 2008.

En el Capítulo segundo denominado “La prueba” se desarrollará lo concerniente a su evolución histórica, su noción poliédrica o polifacética, al establecimiento de una teoría general de la prueba, de los principios que la rigen así como de los elementos que la conforman. Igualmente se explicarán los medios de prueba que en la actualidad admite el sistema procesal penal mixto y el valor probatorio que ellas tienen.

Continuando con el Capítulo tercero, es fructífero el análisis de los principios rectores del nuevo proceso penal acusatorio y oral, y de los principios generales que rigen a la prueba. También se le da especial énfasis a las diversas etapas del nuevo proceso penal, en virtud de que la prueba no es plena desde el momento de su presentación, sino ingresa a la etapa inicial como dato de prueba, convirtiéndose en medio de prueba en la etapa intermedia y consolidándose como la prueba en sí durante el juicio; valorándose con base en el sistema libre.

En el Capítulo cuarto intitulado “La Prueba Ilícita”, se analizarán las diversas denominaciones con las que se identifica, asimismo se aludirá a su concepto y se puntualizará la diferencia que tiene con la prueba irregular. Conjuntamente ahondaré en el origen de la teoría de exclusión de la prueba ilícita y explicaré las cuatro fundamentales excepciones que admite. No obstante, también mencionaré las teorías de la conexidad de la antijuridicidad de origen español así como del principio de proporcionalidad correspondiente al derecho alemán.

Finalmente se planteará la adhesión del artículo 264 BIS en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, en el que se incluyan las excepciones de nulidad a la prueba ilícita.

ABREVIATURAS

Código Federal de Procedimientos Penales	CFPP
Código Nacional de Procedimientos Penales	CNPP
Suprema Corte de Justicia de la Nación	SCJN
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	CPEUM
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	CPPDF
Código Federal de Procedimientos Civiles	CFPC

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DE LOS SISTEMAS PROCESALES

1.1. Definición de Sistema Procesal

A lo largo de la historia y hasta el día de hoy, existen tres sistemas procesales de enjuiciamiento criminal, denominados: *acusatorio*, *inquisitivo* y *mixto*, principalmente.

Antes de abordar el estudio de cada uno de los sistemas a los que se ha hecho referencia, es imprescindible explicar los conceptos de sistema y sistema procesal, que serán la base para el desarrollo de los mismos y a los cuales se aludirá en repetidas ocasiones.

La palabra **sistema** es definida por la Real Academia Española como “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí.”¹

En palabras de la maestra Consuelo Sirvent, “un sistema es un conjunto de elementos complejos, cualitativamente diversos y relacionados entre sí, que se rigen por principios generales.”²

En razón a las anteriores definiciones, considero que todo sistema está compuesto por elementos y reglas vinculados entre sí, los cuales se rigen por principios generales para contribuir a la consecución de un objeto determinado.

Ahora bien, se entiende por **sistema procesal** “al conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los actores, al objeto y objetos de debate en sede de justicia penal, así como, al esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía (teóricas o pragmáticas).”³

Es decir, por un lado el Estado que implementa cualquiera de los sistemas citados con antelación, debe ser acorde a su ideología y al papel que desempeñen las conductas tipificadas como delito dentro de la sociedad; ya que de ello

¹ Real Academia Española [en línea]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=sistema>, consultado el 3 de junio de 2013, 11:30 AM.

² SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 15ªed., Porrúa, México, 2012, p. 4.

³ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRÉS, Hesbert, *Implementación del Proceso Penal Acusatorio Adversarial en Latinoamérica*, 2ª ed., Flores Editor, México, 2009, p. 1.

dependerá el rol de los jueces y de las partes que intervienen en el juicio, esto es, dependiendo del bien jurídico tutelado que se ha vulnerado, será a petición de la víctima u ofendido, la que inste al órgano jurisdiccional para su persecución (querrela) o tratándose de delitos que afecten a la sociedad, el Estado actuará de oficio, sin necesidad de acusación previa ni de la existencia de una víctima u ofendido en particular (denuncia).

Por otro lado, se considera que “el proceso tiene esencia única, y por lo tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción y defensa) y los principios que lo rigen, deben estudiarse organizadamente sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieren características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia.”⁴

Tomando en consideración lo anterior, se advierte que el papel del Estado consiste en aplicar un sistema o modelo de enjuiciamiento criminal que de acuerdo a su ideología o filosofía permita resolver el conflicto a través de un juicio, el cual tiene como finalidad dirimir en forma pacífica y civilizada conflictos surgidos entre el imputado y la víctima o entre el imputado y la sociedad.

Por su parte, los autores chilenos Mauricio Duce y Cristián Riego, mencionan que los sistemas procesales también se denominan modelos, los cuales “consisten en marcos analíticos explicativos de las distintas versiones de un proceso penal. En ellos se identifican algunas características básicas comunes de los distintos sistemas procesales, de manera de (sic) agrupar a éstos en grandes familias.”⁵

En este contexto, la doctrina desarrolla el estudio de los modelos o sistemas *acusatorio*, *inquisitivo* y *mixto*; primero como medio para juzgar y castigar a los culpables de hechos delictivos, y por otro lado con el fin de identificar fácilmente las principales similitudes y diferencias que existen entre sí, obteniendo como resultado características generales y específicas en cada uno de ellos; haciendo hincapié que ninguno existe en la realidad como puros, porque son

⁴ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Guía para el estudiante del Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Flores Editor, México, 2011, p. 12.

⁵ DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago-Chile, 2009, p. 32.

mixtos los que han surgido en el transcurso del tiempo, siendo atinada esta afirmación por Zaffaroni.

1.2. Sistema Acusatorio

El Sistema Acusatorio “es originario de Grecia, pero los romanos, después de adoptarlo, lo desarrollaron y mejoraron.”⁶

Este modelo rigió durante toda la Edad Antigua en la Europa continental y en la Edad Media hasta el siglo XIII. Una de las principales características consistía en que no había distinción entre infracciones civiles o penales, pues era suficiente la ruptura de la paz comunitaria para dar lugar a una ofensa y con ello reprender al infractor perteneciente a la comunidad.

De esta manera, es factible que cualquier miembro de la sociedad adquiriera el derecho de persecución para castigar al quebrantador de la paz pública, incluso hasta provocarle la muerte; derivándose de esta forma lo que se conoce como *venganza privada*.

Al respecto la Dra. Amuchategui señala que “la venganza privada también se conoce como venganza de *sangre*, y consiste en que el ofendido se hace justicia por propia mano, es decir, el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido. Esta fase se identifica como la *ley del talión*, cuya fórmula es ojo por ojo y diente por diente.”⁷

En este tipo de venganza se denota, la causa de un mal por otro recibido; siendo esta infracción la que legitimaba al persecutor la aplicación de la sanción correspondiente. Sin embargo, todo esto no constituía en sí mismo un sistema de enjuiciamiento.⁸

Posteriormente es cuando surge el verdadero proceso de corte acusatorio, en sus orígenes era representado por personas que formaban parte de la misma comunidad, quienes tenían la facultad de juzgar a los culpables de algún ilícito, pero conservando aquella persona que directamente había sido afectada o a sus

⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, IURE editores, México, 2011, p. 1.

⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma, *Derecho Penal*, 3ªed., Oxford, México, 2005, p. 3.

⁸ Cfr. REYES LOAEZA, Jahaziel, *El Sistema Acusatorio Adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Porrúa, México, 2012, p. 2.

parientes, la solicitud de persecución penal. Respecto al grupo de juzgadores, sólo uno de ellos era quien realizaba el desarrollo del debate, sin embargo, no estaba a su cargo la determinación de la culpabilidad, pues el acto se resolvía en conjunto por todos los integrantes del Tribunal.

Este sistema, en palabras del Maestro Carlos Barragán “es considerado como la forma primitiva de los juicios criminales debido a que, históricamente, mientras prevaleció el interés privado, sólo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares. Después esta atribución se delegó a la sociedad en general.”⁹ Como se ha explicado, en primer lugar era aplicable la primitiva ley del talión, a fin de que el ofendido hiciera justicia por propia mano, después se implementaron los Tribunales facultados para aplicar la justicia aunque es la víctima u ofendido los que ostentan la potestad de acusación y más tarde se delegó a la sociedad la posibilidad de ejercer la acusación para dar inicio a la persecución penal, esto a consecuencia de dañar un bien jurídico que afecta no sólo al individuo sino a la colectividad.

Otra característica del sistema en cuestión es que la obligación de probar (*onus probandi*) estaba a cargo de la persona que ejercía la acusación, es decir, debía acreditar fehaciente y directamente frente al Tribunal y al imputado la culpabilidad de éste último. Lo anterior, se llevó a cabo bajo un distintivo peculiar del proceso: la *oralidad y publicidad*, es decir, dichos principios garantizaban la producción de la prueba; lo que era benéfico para el imputado quien se ostentaba como un sujeto de derechos y en igualdad procesal con el acusador, ya que a su favor existía el *contradictorio* sobre las probanzas en el caso de negar la acusación; y si por el contrario aceptaba los hechos atribuidos, tenía lugar directamente la condena.

El papel del Tribunal que observaba directamente el desahogo de la prueba asumía la obligación de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, valorando la prueba de manera subjetiva, toda vez que impera el sistema de la *íntima convicción*, método que se distingue por la inexistencia de la norma legal que establezca el valor de los elementos de prueba; siendo la

⁹ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Mc Graw Hill, México, 2009, p. 32.

sentencia el fruto del resultado de la votación por mayoría o unanimidad de los jueces, sin que alguno de ellos estuviera obligado a justificar su determinación; pues bastaba con recibir las pruebas y observar su producción para finalmente en forma subjetiva, avalar cualquiera de las pretensiones solicitadas por los intervinientes, conforme a su *leal saber y entender*.

Asimismo, al ser los integrantes de la comunidad quienes formaban el Tribunal de juzgamiento ejerciendo con ello su soberanía, sus fallos eran totalmente inimpugnables; es decir, no existía un tribunal superior al que dictaba la sentencia, lo que conllevó a caracterizarlo como *uniinstancial*.

Es así como se concluye, en concordancia con lo afirmado por el Dr. López Betancourt que “la víctima es el titular del derecho violado (también se le denomina sujeto pasivo), de manera que los ofendidos son quienes resienten el efecto nocivo del delito. (...) En muchas ocasiones coinciden el *sujeto pasivo o víctima y/o los ofendidos*, pero en otras, son diversos.”¹⁰

Con relación a los términos víctima u ofendido, éstos se usan indistintamente e incluso se emplean como sinónimos, siendo esto una confusión pues aunque parezcan lo “mismo” existen características que los diferencian. Es importante aclarar que a la víctima se le denomina también sujeto pasivo y “es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente.”¹¹ Ahora bien, en concordancia con el criterio del Maestro José Hernández Acero, para efectos de la reparación del daño y del establecimiento de una óptima diferencia me adhiero a las siguientes definiciones: “la víctima es aquella persona física que resiente directamente el daño causado por la lesión producida por el sujeto activo (persona física que ejecuta el delito); mientras que el ofendido es la persona o personas que por razones afectivas, sentimentales o por dependencia económica con la víctima resultan afectados por la ejecución del ilícito.”¹²

Lo anterior, denota que el rol de las partes (acusador e imputado) es activo, mientras que la actividad del Tribunal se desarrolla en forma pasiva, ya que su

¹⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, op. cit., p. 2.

¹¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma, op. cit., p. 38.

¹² BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, op. cit., p. 117.

función es meramente como la de un árbitro *neutral* de poca o nula intervención en el proceso.

El sistema acusatorio, como tiene un interés particular en el que sólo son relevantes la víctima y/o los ofendidos, se basa en los principios siguientes:

- a) “El ciudadano tiene la facultad de acusar.
- b) Siempre hay alguien distinto del juez que presenta la acusación; de esta manera, el juez no puede actuar por iniciativa propia.
- c) Quien juzga es una especie de jurado popular, el cual se abroga el derecho, casi siempre en conciencia, para resolver si un acusado es culpable o no.
- d) También, por regla general, en este sistema hay una instancia única, esto es, las resoluciones del jurado popular no se pueden apelar.
- e) La libertad personal del acusado es un derecho absoluto de éste, la cual termina cuando hay una sentencia condenatoria.
- f) Existe total igualdad de derechos y deberes entre el presunto culpable y la parte acusadora, quien puede ser, como anteriormente se señaló la víctima o los ofendidos.
- g) El órgano juzgador (o sea, el jurado popular) se limita a tener en cuenta los hechos debidamente probados durante el juicio.”¹³

En este orden de ideas, se afirma que el sistema acusatorio implementado en la antigüedad, fue sujeto de diversas críticas porque en un principio siempre prevaleció el multicitado interés privado sobre el social, asimismo el Tribunal o Jurado Popular gozaba de facultades absolutas para juzgar sin que existiera la obligación ante nadie de cuestionar sus decisiones; consecuentemente este sistema no está sujeto a cumplir reglas para la aplicación del Derecho.

Los sistemas procesales tuvieron su origen, desarrollo, perfeccionamiento y vigencia, sin soslayar el multicitado sistema acusatorio; sin embargo, se analizará su perfeccionamiento a partir del nacimiento del Estado Moderno en el subtema señalado con el numeral 1.5, denominado: *El Sistema Penal Acusatorio en México a partir de las reformas constitucionales de 2008*.

¹³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal, op. cit.*, p. 2.

1.3. Sistema Inquisitivo

El sistema inquisitivo se abre paso en la Edad Media por el Derecho Canónico, que predominó en toda Europa y prolongó su vigencia hasta el siglo XVIII. El nuevo sistema surge a consecuencia de la creación de los primeros Estados, teniendo como fundamento principal la concentración absoluta de la soberanía.

Sus antecedentes se localizan a partir de los siglos IV y V.¹⁴ Momento en que el Imperio Romano realizó la legalización de la Iglesia Católica, hecho histórico que marcó a la misma no sólo como un ente político diverso del Estado sino convirtiéndolo en un verdadero factor real de poder, emergiendo una competencia entre el Estado y la Iglesia, ya que ésta última creó sus propios Tribunales de enjuiciamiento dando lugar al sistema denominado *inquisitivo*.

El procedimiento penal inquisitivo fue organizado sobre la base de los mismos principios del sistema inquisitivo canónico por lo que uno de los rasgos transcendentales, es la abolición de la acusación particular apareciendo la delación (denuncia anónima); siendo ésta el eje primordial para iniciar la averiguación del hecho delictuoso.

Dado que “la finalidad básica de la persecución penal en el procedimiento inquisitivo es el logro de la verdad histórica o real, con lo que consecuentemente se consagra un sistema de persecución penal de oficio”¹⁵ conocido también como pesquisa, desaparece la publicidad dando cabida a la secrecía en su totalidad; por lo que los nuevos actos procesales se asentaban únicamente en forma escrita.

Al desaparecer la acusación particular surge la necesidad de implementar la figura del llamado *inquisidor*,¹⁶ quien era el responsable de realizar la investigación secreta y escrita; motivo por el cual el imputado se convierte en un simple objeto de la investigación perdiendo su valor como persona humana y de igual modo la calidad de sujeto de derechos además de la igualdad ante su acusador; en este

¹⁴ Cfr. PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵ DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ Cfr. REYES LOAEZA, Jahaziel, *op. cit.*, p. 4.

contexto el imputado queda imposibilitado para defenderse de la acusación formulada en su contra.

Al ser legalmente el imputado un objeto de investigación es como se justifican todos los medios para obtener la “verdad de los hechos” que dieron lugar al delito, encontrándose entre ellos la tortura y el tormento; métodos aplicados a todos los acusados sin excepción alguna.

Razón por la cual “la confesión era en sí misma un fin del procedimiento, y el uso de la tortura era un medio útil para obtenerla, considerándose como legítima.”¹⁷ Es decir, resultó ser la fuente directa del conocimiento de los hechos y por lo tanto llegó a considerarse “la reina de las pruebas”,¹⁸ porque el imputado al rendir su confesión daba a conocer al Tribunal los hechos acontecidos durante la realización del ilícito.

El sistema inquisitivo, comenzó su desarrollo a partir de los siglos XV, XVI y XVII tras el nacimiento de los Estados Nacionales que enfocaron sus esfuerzos en la concentración del poder político empleando como herramienta principal el procedimiento inquisitivo, pues la mayoría de países nacientes en Europa continental adoptaron el sistema inquisitivo canónico como su sistema oficial para la persecución de ilícitos.¹⁹

Basándose en los principios antes descritos la justicia común los adaptó en su modo de administrar justicia, es decir, el rey tenía el poder de desempeñarse como titular de la jurisdicción penal en su integridad; por lo que surge la necesidad de organizar la justicia en un plano jerárquico –creando tribunales inferiores .

La jerarquización tiene su fundamento en la posibilidad de recurrir los fallos de los funcionarios inferiores, en virtud de ser un control jerárquico que el rey ejercía sobre ellos, ya que los inquisidores cumplían una dualidad: ser investigadores y juzgadores al mismo tiempo; por tanto la impugnación no era considerada un derecho propiamente del imputado.

Al ser totalmente verticalizado el sistema adopta la peculiaridad de convertirse en *biinstancial*, pues los Tribunales superiores tenían la encomienda

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *op. cit.*, p. 41.

¹⁹ *Cfr. Ibidem*, pp. 39 y 40.

de revisar todo lo actuado que obraba en el expediente, mediante distintos recursos y mecanismos.

“¡He aquí el nacimiento del conocido efecto devolutivo en la impugnación de los fallos!”²⁰ Que consistió en que el Tribunal superior llevara a cabo la revisión de los actos procesales realizados por el inferior jerárquico y corregir en un momento dado errores judiciales; sin embargo, en ningún momento se suspendían los efectos de la resolución.

Otro signo característico es la introducción de la prueba legal o tasada, la cual estriba en que cada medio probatorio estuviera contenido en la ley así como su valor; esto como reacción en contra de las “*ordalías o juicios de Dios.*”²¹ Métodos que eran aplicados a los supuestos culpables a través de la resistencia física al hierro caliente o al agua hirviendo, pues se creía que la divinidad vendría a esclarecer los hechos para con ellos mostrar la verdad, es decir, los seres humanos no daban solución a los conflictos por sí mismos sino en razón de la fuerza física que demostrara la persona imputaba; por tanto se contemplan pruebas plenas como la confesión considerada una de las principales y otras con valor semipleno (testimonial).

En razón de lo anterior, nace el sistema de valoración legal de la prueba mejor conocido como sistema tasado, teniendo como característica que en todos los casos la prueba forzosamente derivaría de la norma procesal, ya que en ella se establecen las reglas generales que el Tribunal debe reunir para estimar la certeza de un hecho y por ende, condenar al acusado.

Cabe destacar que en el sistema inquisitivo desaparece el jurado popular, instaurándose el rol de juez en una sola persona, quien a su vez era coadyuvada por otra fungiendo como un testigo de actuaciones (conocido en la actualidad como secretario de acuerdos) y que certificaba la existencia y validez de los actos vertidos en el proceso, sin embargo este personaje en ningún caso ejercía actos de decisión.

²⁰ REYES LOAEZA, Jahaziel, *op. cit.*, p. 4.

²¹ AROCENA, Gustavo Alberto *et al.*, *Prueba en materia penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 70.

Aunado a lo anterior, se establece que en el sistema inquisitivo se salvaguardan los intereses de la colectividad y no el interés particular que reinaba en el acusatorio.

La investigación del delito fue considerada la médula espinal del sistema, el imputado a su vez el objeto, razón por la cual su participación era nula prácticamente; su asistencia y defensa técnica se negó en lo referente a la investigación considerándose incluso un obstáculo a la misma; dándole intervención a la defensa hasta la última etapa del procedimiento (el juicio).

Por tanto, la presunción de inocencia que prevaleció en el sistema acusatorio se vio severamente coartada en el inquisitivo porque la prisión preventiva y la tortura operaron como regla general para el “éxito” de la investigación, además de ser considerados medios coercitivos imperantes a fin de lograr la verdad histórica o real de los hechos.

A pesar de la concentración de funciones, se reconoció que la sentencia no tendría validez si se daba en ausencia de la defensa (aunque solo estuviese en el juicio); pues como se mencionó se podía recurrir, es decir, apelar ante el Tribunal superior al que la había dictado con el objeto de corregir supuestos errores judiciales; asimismo el sistema creó dos principios rectores: “prohibió que una persona fuera perseguida más de una vez por la misma infracción (*non bis in idem*), y se prefirió absolver al culpable antes que condenar al inocente (*in dubio pro reo*).”²²

Definitivamente, en esta forma de enjuiciamiento criminal el imputado era un objeto de investigación y su justificación se da en dos vertientes: en el contexto político “el sujeto queda absolutamente sometido al interés estatal público y, por ende, sus derechos carecen de relevancia frente a las necesidades de la investigación oficial.”²³ Además en el ambiente político e ideológico en el que se adoptó el sistema, correspondió al de un Estado autoritario, por tanto los derechos de los ciudadanos estaban supeditados a los intereses del mismo.

²² PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 8.

²³ DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

En el contexto histórico se debe a que “el desarrollo del sistema inquisitivo es también anterior al desarrollo de la teoría de los derechos individuales”,²⁴ en consecuencia éstos no formaban parte fundamental en la configuración del sistema y tampoco en la ideología imperante de ese tiempo.

En América Latina, el sistema procesal aplicado fue el inquisitivo así como la legislación colonial española impuesta por España a raíz del descubrimiento de América, en virtud de que el país colonizador no solo se limitó a enviar a sus súbditos a explorar nuevas tierras sino también a aplicar sus leyes; aunque los pueblos indígenas contaran con algún tipo de legislación para aquéllos resultaba irrelevante.

Respecto al procedimiento penal aplicado en las colonias incluyendo a nuestro país fue prácticamente el mismo que se desarrolló en España, pues el Tribunal de la Inquisición en México “conocía de delitos contra la fe y las buenas costumbres, con aplicación general a todos los individuos, con excepción de los indígenas.”²⁵

Un distintivo en la legislación española fue que la etapa instructora dejó de ser pública al instaurar el régimen de delaciones; dejándose en el anonimato al denunciante. Por otro lado el juez asumió concentración funcional absorbiendo las que correspondían a las demás partes.

Asimismo, el Tribunal de la Inquisición o del Santo Oficio otorgaba facultades a los obispos en asuntos del orden civil cuando las personas cometían algún delito contra la fe (como la herejía, la adivinanza, la magia, la usura y el adulterio).

El sistema inquisitivo presenta características opuestas al acusatorio:

- “La acción penal es de naturaleza pública, se ejercita de oficio por el juez; se propugna la defensa de los intereses de la sociedad.
- No existe distinción en las personas de los sujetos procesales. El juez concentra las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.
- Se limita la defensa particular del imputado pues el juez asume dicho papel.

²⁴ *Ibidem*, p. 42.

²⁵ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 36.

- Se rige bajo el sistema de prueba legal o tasada, siendo la confesión del imputado la principal prueba. Ello derivó en la arbitrariedad, recurriéndose a medios como la prueba divina o juicios de Dios, donde la tortura era el medio más empleado.
- El proceso penal se realiza en secreto “casi a la emboscada”, predomina la escritura, la rapidez y no es contradictorio. La instrucción se realizaba a espaldas del imputado; las pruebas se actuaban sin conocimiento de aquel. El plenario fue introducido por los españoles a efecto de la defensa del acusado.
- El imputado permanece en prisión preventiva hasta que se dicte la sentencia.
- La sentencia es dictada por el mismo juez, con posibilidad de ser impugnada.”²⁶

Tras el abuso de métodos inhumanos, la Inquisición comenzó su decadencia al darse la Revolución Francesa, momento en que fueron creados los denominados *derechos del hombre y del ciudadano*,²⁷ asentados en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, consagrando en el texto del artículo segundo “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”²⁸; siendo éstos: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

1.4. Sistema Mixto

A mediados del siglo XVIII, la sociedad francesa se encontraba dividida en tres estados: el primero conformado por la nobleza y el segundo por el alto clero, quienes eran propietarios de las tierras; controlaban la administración, el ejército, la educación y la beneficencia; además de ser aliados de la Corona.

El tercer estado estaba formado por el resto de la población (96%): por el bajo clero, la nobleza empobrecida y la burguesía (banqueros, grandes y

²⁶ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

²⁷ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal, op. cit.*, p. 3.

²⁸ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789* [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>, consultado el 13 de junio de 2013, 10:00 AM.

pequeños comerciantes y profesionales libres, como abogados, periodistas y médicos); por criados y trabajadores urbanos, y por el campesinado (siervos, braceros, jornaleros, aparceros, arrendatarios y pequeños propietarios) que componía un 80% de la población.²⁹

En el año de 1789 estalló la Revolución Francesa, movimiento que entre otras cosas pugnaba por un cambio que beneficiara la renovación del sistema penal inquisitivo que reinaba en toda Europa continental y fue precisamente a través de este levantamiento que se plasmaron grandes ideas de pensadores como Montesquieu, Voltaire, Rosseau (quienes para ese momento habían muerto) y Beccaria (cuyo deceso fue años más tarde), las que significaron un parteaguas en el enjuiciamiento penal.

El primer antecedente a dicho movimiento que implicó un cambio tanto en el contexto histórico como estructural, se da en el siglo XIV en Francia al crearse un órgano específico que llevara a cabo la investigación, denominado *Ministerio Público* “con funciones limitadas, de las cuales la principal era perseguir los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.”³⁰

A mitad del citado siglo, la intervención del Ministerio Público era en forma abierta en lo que se refiere al orden penal. Sus funciones se acotan claramente en la época napoleónica, porque dependía del ejecutivo al considerarse el representante social directo en la persecución de los delitos. De esta manera queda fehacientemente eliminada la persecución privada quedando una reminiscencia del sistema acusatorio sólo en casos excepcionales, donde se permitía la intervención de particulares con la única finalidad de instar al órgano investigador para perseguir su interés privado (conocido hoy en día como querrela) por el delito causado, destacando que su calidad no era como acusadores.

Como resultado de las ideas creadas al inicio de la Revolución “se asienta en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808.”³¹ La creación de un sistema

²⁹ Cfr. PASTOR, Marialba, *Historia Universal*, 3ª ed., Santillana, México, 2003. p. 62.

³⁰ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 202.

³¹ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 9.

distinto que al contener principios tanto del acusatorio como del inquisitivo se denominó *mixto*.

Es decir, al no haber la posibilidad de que exista un sistema puro como se afirmó en un principio, el sistema mixto mezcla elementos de los sistemas antes descritos; en otras palabras toma lo bueno de cada uno de ellos caracterizándolo por ser una combinación, “en las más variadas formas, de los sistemas antes señalados.”³²

En concordancia con lo anterior “el sistema mixto en sí se entiende como un sistema compuesto de dos o más sistemas, en este caso inquisitivo y acusatorio, es decir el sistema mixto está formado por los elementos que proporcionan los otros dos sistemas (...).”³³

Por ende, siguen predominando dos principios del sistema inquisitivo: “la persecución penal pública de los delitos, como regla, y la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso penal, piedra angular que debe sustentar la sentencia.”³⁴

Basado en los principios referidos, el sistema mixto postula que para que exista la eficacia de la persecución penal y la defensa de los derechos del individuo se debe dar una fase inquisitiva que tiene lugar en la instrucción donde impera la escritura y el secreto; sin embargo el juicio es llevado a cabo en audiencia pública que a su vez está investida por principios del sistema acusatorio –oralidad, publicidad y contradicción convirtiéndose en la etapa principal del proceso.

Una peculiaridad, es que el poder estatal tiene siempre a su cargo la investigación y persecución de los delitos a través de la figura del Ministerio Público –como representante de la ley y de la sociedad , evitando a toda costa la venganza privada.

En cuanto al imputado, adquiere garantías y derechos individuales teniendo como consecuencia que fuese tratado como “inocente” hasta en tanto no mediara sentencia firme que demostrara su culpabilidad, asimismo se erradica la tortura

³² BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 39.

³³ BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, 3ª ed., MaGister, México, 2010. p. 29.

³⁴ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 9.

como medio legítimo para la obtención de la verdad pero se sigue abusando de la prisión preventiva como regla general.

Respecto a la participación de la defensa es relativa, por un lado la intervención es nula durante la fase de investigación y de instrucción, comenzando su labor hasta el juicio propiamente dicho; y por el otro sigue subsistiendo el sistema legal o tasado, que como se explicó es la ley la que otorga cierto valor y alcance a los medios de convicción.

Otro signo característico es la inmediatez del juez en los diversos actos procesales, sin embargo surge el uso excesivo en la delegación de funciones emergiendo en un sentido paralelo la exigencia para el juez de fundar y motivar su sentencia en virtud de que subsiste un superior jerárquico facultado para modificar el fallo en caso de haber irregularidades en el proceso.

Al igual que los otros sistemas, el mixto presenta los siguientes principios:

- a) “La separación entre la función de juzgar y la de investigar los delitos, lo que permitirá una acusación sobre estos últimos. La función de acusar, salvo en casos de delitos de querrela, corresponde al órgano estatal.
- b) El juzgador debe basarse en las pruebas, que ahora tendrán características de oralidad.
- c) Con dichas determinaciones, el acto del juicio es oral y público, en el cual se admite la confrontación y se rige por el principio de inmediatez.
- d) En algunos casos hay cooperación entre jurados populares y magistrados (esto es, doctos en derecho), pero en otras ocasiones sólo pueden participar magistrados.”³⁵

En forma complementaria se establecen otras características del sistema:

1. “Se abusa de la prisión preventiva.
2. No se emplea por completo la inmediatez en los juicios.
3. Existe delegación de funciones.
4. No se aplica en su totalidad el principio de presunción de inocencia.

³⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal, op. cit.*, p. 4.

5. No convergen en un mismo momento procesal los principios informadores de un debido proceso como: inmediatez, continuidad, publicidad y contradicción y concentración.”³⁶

Tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen en los artículos 14 y 8 respectivamente, que el debido proceso se desarrolle sobre la base de derechos y garantías mínimas a favor del imputado como: ser oído públicamente por un tribunal competente; autonomía, independencia e imparcialidad judicial; presunción de inocencia; plena igualdad a ser informada de la naturaleza y causas de la acusación; disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; ser juzgado sin dilaciones; ser juzgada sin dilaciones; estar presente en el proceso y contar con defensa técnica; interrogar a los testigos; contar con un intérprete si no comprende el idioma empleado en el tribunal, no autoincriminarse; interponer recursos y a no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos.³⁷

En México, estas prerrogativas están incorporadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), denominadas *garantías individuales*; incumpléndose cabalmente dos principios rectores trascendentales: la presunción de inocencia al imputado y la reparación del daño a la víctima.

1.4.1. Definición de Procedimiento, Proceso y Juicio

En la vida cotidiana es “habitual” el uso de los términos *procedimiento*, *proceso* y *juicio* como palabras equivalentes por estudiantes de la Licenciatura en Derecho e inclusive por autores destacados, siendo esto un grave error. En virtud de lo manifestado, es necesario establecer los conceptos de cada uno de ellos así como sus principales diferencias; porque a pesar de ser paralelos entre sí no es

³⁶ BARDALES LAZCANO, Erika, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ Artículo 18. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf> y Artículo 8. Convención Americana de Derechos Humanos [en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, consultados el 20 de junio de 2013, 9:15 AM.

razón suficiente para que exista rivalidad entre ellos ya que se complementan, se auxilian y se sustentan.

La palabra procedimiento deriva del latín “*procedo, is, essi, essum, dere* (de pro, adelante y cado, retirarse, moverse, marchar), que significa *adelantar, ir adelante*.”³⁸

En palabras del jurista Alcalá-Zamora *procedimiento* “sólo es una coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo, como ocurre con el procedimiento impugnativo.”³⁹

Para Jorge Alberto Silva Silva el *procedimiento* es la “manera de hacer una cosa. Es el trámite o rito que ha de seguirse, el orden de actos o diligencia penales.”⁴⁰

Por otro lado, Colín Sánchez, establece que *procedimiento* “es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados de manera obligatoria por todos los que intervienen desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto.”⁴¹

En este orden de ideas, opino que el *procedimiento* es un conjunto de actos formales, ordenados y relacionados entre sí, los cuales se encuentran regulados por la ley y que tienen como objeto alcanzar alguna finalidad, por ejemplo: el proceso como tal o alguna frase o fragmento suyo como lo refiere Alcalá-Zamora ; sin que necesariamente medie una resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses.

De esta manera, el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), regula los siguientes procedimientos penales: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia, ejecución y los procedimientos relativos a inimputables, menores y farmacodependientes.⁴²

³⁸ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 22.

³⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, 3ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 14.

⁴⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda y VILLASANA DÍAZ, Ignacio, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Oxford, México, 2006, p. 138.

⁴¹ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 24.

⁴² Cfr. Artículo 1°. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 25 de junio de 2013, 1:50 PM.

Ahora bien, proceso, proviene del “latín *procesos*, que significa *progresión*, por las etapas sucesivas de que consta.”⁴³ Gramaticalmente es fácil observar la diferencia que hay entre ambos términos, sin embargo, existen sutilezas en el sentido jurídico.

Con relación al término *proceso*, Jiménez Asenjo expresa “desarrollo que evolutiva y resolutivamente ha de seguir la actividad judicial, para lograr una sentencia.”⁴⁴

En palabras del maestro Hernández Pliego, el *proceso* “es un conjunto de actos desarrollados progresivamente, conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometido a su conocimiento por el Ministerio Público, con lo que finaliza de manera natural.”⁴⁵

Para Florian, *proceso* “es el conjunto de actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos por la ley, observando ciertos requisitos, proveen a la aplicación de la ley penal en cada caso específico para definir la relación jurídico-penal concreta y al final, las relaciones secundarias conexas.”⁴⁶

De las definiciones citadas considero que la del Jurista Florian es la más completa, en virtud de que alude a las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 17. En el primero de ellos se establecen las formalidades del procedimiento al mencionar lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”⁴⁷ El artículo 17 por su parte, garantiza el acceso a la justicia pronta y expedita, al señalar: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

⁴³ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda y VILLASANA DÍAZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ Artículo 14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 30 de junio de 2013, 9:15 AM.

Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”⁴⁸

Ahora bien, el CFPP en su artículo 4° refiere que “los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, *constituyen el proceso penal federal (...)*.”⁴⁹

Respecto a la palabra juicio, proviene del latín *iudicium*, “que originalmente significaba, en el derecho romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrollaba ante el *iudex* (juez) designado por el magistrado. Posteriormente, y de manera particular en el derecho común europeo, el *iudicium* era no sólo una etapa, sino todo el proceso.”⁵⁰

Finalmente, el citado maestro Hernández Pliego señala que *juicio* “es la convicción a la que llega el juez, luego de examinar los hechos sometidos a su conocimiento, enlazando a ese análisis las pruebas allegadas al proceso.”⁵¹ Es decir, el juez analiza todas las pruebas aportadas por las partes para dar solución al conflicto; fundando y motivando la resolución respectiva.

En un sentido práctico, acorde al CFPP el *procedimiento* inicia en la averiguación previa y puede terminar en esta misma o estar presente en cada una de las fases o periodos que señala el artículo 1°, por su parte la vida del *proceso* inicia en la preinstrucción como lo refiere el numeral 4° de la ley adjetiva, momento en que el órgano jurisdiccional (juez) dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso en contra del presunto responsable del delito. La existencia del *juicio* acorde al artículo 305 del CFPP tiene lugar en la audiencia de vista, en la cual tanto el Ministerio Público como la defensa, rinden ante el juez sus conclusiones; el primero en sentido acusatorio y el segundo de carácter absolutorio, generalmente.

En conclusión, procedimiento, proceso y juicio, son términos con significados diferentes pero relacionándose siempre entre sí, pues el

⁴⁸ Artículo 17. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.* El párrafo segundo del artículo no sufrió ningún cambio en la reforma de 2008.

⁴⁹ Artículo 4°. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 30 de junio de 2013, 9.45 AM.

⁵⁰ OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., Oxford, México, 2005, p. 180.

⁵¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 18.

procedimiento es un término general que encierra dentro de sí al proceso y al juicio.

Por lo expuesto, me adhiero a la afirmación del maestro Carlos Barragán “el procedimiento es el *todo* y dentro de éste se dan el proceso y el juicio”,⁵² porque como se expuso el procedimiento puede iniciar, empero sin que forzosamente surja un proceso y mucho menos un juicio, en tanto que la subsistencia de ambos dependen de él.

1.4.2. El Proceso Penal Federal en la actualidad

El Proceso Penal Federal en México se basa en el sistema mixto a partir de su implementación hasta el día de hoy a pesar de las recientes reformas constitucionales al sistema de justicia penal vigentes desde el año 2008; toda vez que en menos de la mitad de la República Mexicana se ha puesto en marcha el nuevo modelo.

Acorde a los datos del mapa interactivo del Consejo de la Judicatura Federal se muestran las Entidades Federativas donde opera actualmente el sistema acusatorio (el orden obedece a la entrada en vigor del sistema) y son: Nuevo León (2003) “El 16 de octubre de 2003, el Ejecutivo del Estado, (...) acordó integrar el Comité Organizador de la Consulta Pública para la Revisión y Reforma del Marco Jurídico en Materia de Procuración y Administración de Justicia del Estado de Nuevo León. Del estudio compartido y comprometido de estos participantes emergió el procedimiento oral penal para delitos culposos no graves”,⁵³ Chihuahua (en 2007 entra en vigor y para 2008 es vigente en todo el Estado), Oaxaca (2007), Zacatecas (2007), Morelos (2008), Durango (2009), Estado de México (2009), Baja California (2010), Guanajuato (2011), Tabasco (2011), Yucatán (2011) y Chiapas (2012).⁵⁴

Con base en lo expuesto, se analizarán brevemente las etapas del Proceso Penal Federal a fin de señalar las diferencias existentes entre los modelos antes

⁵² BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 25.

⁵³ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁴ Consejo de la Judicatura Federal [en línea]. Disponible en: http://www.cjf.gob.mx/Reformas/reformaPenal/mapamx_implementaPenal.html, consultado el 29 de julio de 2013, 8:45 AM.

descritos, pues como se advirtió el sistema mixto aún es vigente en la Federación así como en diversos Estados.

El procedimiento de averiguación previa inicia con la noticia del delito que es transmitida por alguna persona al órgano investigador llamado Ministerio Público a través de la denuncia o querrela, sea en forma oral o escrita.

La denuncia es el acto en que cualquier persona hace del conocimiento del Ministerio Público que ha ocurrido un hecho delictivo así considerado por la ley y que además es perseguible de oficio. En este sentido, la querrela también implica dar a conocer la posible comisión de algún delito, pero a diferencia de la denuncia, el ofendido es quien tiene la potestad para hacerlo del conocimiento de las autoridades y asimismo dar su anuencia para que éste sea investigado.

Por lo tanto, constitucionalmente la denuncia y la querrela son los únicos requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 16, a través de los cuales el Ministerio Público puede ejercer acción penal.

No obstante, la legislación mexicana contempla los denominados *obstáculos procesales* que forman parte de la denuncia y la querrela, como requisitos de perfeccionamiento a fin de dar continuidad al procedimiento.

Los obstáculos procesales, se hacen presentes cuando iniciado el procedimiento, éste se interrumpe por alguna causa, impedimento u obstáculo legal; motivo por el que se requiere “instancia de una parte o perfeccionamiento de su voluntad para que tenga efecto dicho acto y se pueda proceder contra el sujeto activo.”⁵⁵ De este modo, el obstáculo procesal es un requisito accesorio de procedibilidad asimilable a la querrela pero nunca equiparable; siendo: *la excitativa de justicia, la declaratoria de perjuicio, la declaración de procedencia o juicio de desafuero*.

La *excitativa de justicia* es un obstáculo procesal contemplado en el artículo 360, fracción II del Código Penal Federal derogado actualmente; sin embargo, consistía en “la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que

⁵⁵ SOTOMAYOR LÓPEZ, Óscar, *Práctica Forense de Derecho Penal*, 1ª reimp., Editorial Ubijus, México, 2009, p. 49.

representa o contra sus agentes diplomáticos.”⁵⁶ De igual forma, al estar derogados los delitos de injurias, difamación y calumnia; la excitativa carece de fundamento legal y por lo tanto, es inexistente.

La *declaratoria de perjuicio*, ocurre en los delitos de contrabando, defraudación fiscal, lavado de dinero, etc., contemplados en el Código Fiscal de la Federación. Además de regular estos delitos, el ordenamiento jurídico señala a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través del Procurador Fiscal, como la única autoridad legitimada para presentar la querrela; de lo contrario el Ministerio Público está obligado a suspender la investigación hasta que se dé cumplimiento al obstáculo para ejercitar acción penal.⁵⁷

La *declaración de procedencia* también llamada autorización o juicio de desafuero es “el acto donde se le quitan los privilegios o inmunidades a los altos servidores públicos”,⁵⁸ con la finalidad de separarlo de su cargo por el tiempo que esté sujeto a proceso penal; ésta se materializa cuando se dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso al servidor público. Asimismo dicha figura es contemplada en el artículo 111 de la Ley Fundamental y será la Cámara de Diputados la encargada de declarar por mayoría absoluta, si ha lugar o no a proceder contra el inculpado.

El CFPP, indica textualmente cuáles son los delitos que se persiguen por querrela, sin mencionar aquellos perseguibles de oficio; entonces cuando no lo indique será de oficio.

El Ministerio Público tiene un plazo máximo de 48 horas para la realización de las investigaciones pertinentes a fin de verificar que los hechos denunciados son constitutivos de delito o no; periodo en que se pondrá en libertad al indiciado o se consignará ante la autoridad judicial. El plazo sólo podrá duplicarse tratándose de delincuencia organizada hasta por noventa y seis horas.

Durante la investigación, de acuerdo con el artículo 128 del CFPP la autoridad ministerial debe dar a conocer al indiciado la imputación que existe en su contra así como el nombre del denunciante o querellante; además los derechos

⁵⁶ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 413.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 415.

⁵⁸ *Ídem*.

que le otorga la Constitución, entre los que se encuentran: no declarar si así lo desea, en caso contrario estar asistido de un abogado nombrado por aquél o en su defecto se le designará uno de oficio, tener una adecuada defensa, que su defensor esté presente en los desahogos de pruebas dentro de la averiguación, entre otros.

Fenecido el plazo, la autoridad ministerial puede resolver en dos sentidos: mediante el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal. El primero lo realiza a través del pliego de consignación ante los Tribunales, señalando la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, además de la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando así lo señale la descripción típica y las demás circunstancias previstas en la ley.

El no ejercicio de la acción penal, también denominado “archivo de la averiguación” o “sobreseimiento administrativo” ocurre cuando la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, el inculcado no participó, la pretensión punitiva está legalmente extinguida o existe a favor del inculcado alguna excluyente de responsabilidad.

También como solución intermedia en el no ejercicio, es la “reserva”, que constituye únicamente la detención de las diligencias indagatorias hasta que la aportación de nuevos elementos permita llevarlas a cabo.⁵⁹

Estas son las formas en que puede finalizar el procedimiento de averiguación previa, siempre a cargo de la autoridad ministerial, misma que se auxilia de la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Tratándose del ejercicio de la acción penal, ésta puede ser con o sin detenido y en cualquiera de los dos supuestos será exigible para el Ministerio Público de la Federación acreditar previamente el cuerpo del delito de que se trate así como la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168 del CFPP.

Si es con detenido, comienza el procedimiento de preinstrucción, es decir, el Ministerio Público consigna la averiguación previa al Juez de Distrito quien inmediatamente después de recibir la consignación deberá calificar de legal la

⁵⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Tomo I, 11ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 13.

detención o no; en el primer supuesto ratificará la detención, y en el segundo ordenará la libertad inmediata con reservas de ley. Un aspecto relevante es que prevalece la intervención del defensor a partir de que el inculcado esté a disposición del órgano jurisdiccional.

En tanto, el juez contará con un plazo de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del indiciado, el cual será prorrogable únicamente a petición de éste o de su defensor; por consiguiente dentro del mismo se incluye otro de cuarenta y ocho horas para tomarle su declaración preparatoria.

En este periodo, el juez analizará los elementos de fondo correspondientes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, además de constatar que no exista a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal; dictando auto de formal prisión o de sujeción a proceso; o en su caso, auto de libertad por falta de elementos para procesar.

La primera etapa del proceso penal, es la instrucción que se desarrolla siempre ante el órgano jurisdiccional, donde el Ministerio Público deja de ser autoridad para convertirse en parte procesal. Esta fase inicia con el auto de radicación de la consignación penal emitido por el juez.

Dentro de la instrucción, se identifican dos fases: una que va desde la radicación hasta el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso; y la segunda, desde este último hasta los actos preparatorios del juicio.

Desde que tiene lugar la formal prisión el procedimiento se sigue en vía sumaria u ordinaria, decisión que es facultativa y no obligatoria para el inculcado, pues la vía sumaria ofrece hacer más pronta y expedita la administración de justicia pero nunca en detrimento de las garantías del inculcado.

El artículo 152 del CFPP señala los casos en que el proceso se tramitará vía sumaria:

a) "En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro de quince días. Una

vez que el tribunal la declare cerrada, citará a la audiencia a que se refiere el artículo 307;

b) Cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Que se trate de delito flagrante;

II.- Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público; o

III.- Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia a que se refiere el artículo 307, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes;

c) En cualquier caso en que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y las partes manifiesten al notificarse de ese auto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad y el juez no estime necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia a que se refiere el artículo 307.

El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario.”⁶⁰

Como en un principio se advirtió es facultad del inculpado optar por la vía ordinaria aun cuando se encuentre en cualquiera de los casos previstos en el artículo 152 de la ley adjetiva.

Cerrada la instrucción, ha lugar a los actos preparatorios al juicio, esto es, las conclusiones de las partes. Por un lado, el Ministerio Público elabora conclusiones de estricto derecho y por consiguiente deben sujetarse a las formas legales, donde precisa su acusación así como la reparación del daño. Por lo que

⁶⁰ Artículo 152. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 3 de agosto de 2013, 7:12 PM.

hace a las conclusiones de la defensa, éstas no están supeditadas a determinada forma legal.

Cuando el Ministerio Público no advierta que se trata de conclusiones acusatorias, se entenderán que son de no acusación; y en caso de que la omisión sea por parte de la defensa, se tendrán por formuladas conclusiones de inculpabilidad.

El juicio en sí, se lleva a cabo cuando en la audiencia de vista la parte acusadora y la defensa exponen ante el juez sus conclusiones, teniendo la oportunidad todos ellos de interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio así como de manifestar sus alegatos; realizado lo anterior se tiene por visto el proceso que culminará con el dictado de la sentencia.

La sentencia, es el acto que pone fin a la primera instancia resolviendo la cuestión principal controvertida.

Se recurre a la segunda instancia, cuando la resolución de la primera causa agravo a las partes, o a alguna de ellas; con el fin de que un magistrado revoque, confirme o modifique la resolución del juez de primera instancia. La impugnación se realiza a través de recursos ordinarios o extraordinarios.

Los recursos ordinarios son aquellos que operan en el mismo proceso y son: la revocación, apelación, denegada apelación y la queja. Los extraordinarios plantean una causa nueva, posterior y diversa de aquélla en la que se cometió el agravo; en el Derecho Mexicano se reconocen al amparo y el reconocimiento de la inocencia del sentenciado.⁶¹

Ahora bien, cuando la consignación sea sin detenido con pedimento de orden de aprehensión o de presentación el procedimiento será el siguiente: primero, los Tribunales se ajustarán al cumplimiento de los requisitos señalados en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional y del 195 de la ley adjetiva; a fin de librar u obsequiar una orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia a petición del Ministerio Público.

La autoridad ministerial dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos señalados en el párrafo segundo del artículo 135

⁶¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

del CFPP; asimismo el indiciado tendrá derecho a solicitar la libertad provisional bajo caución durante la investigación o el proceso, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 399 del código en mención.

En los casos en que no se dé la detención, será a solicitud del Ministerio Público que la autoridad judicial libre orden de comparecencia contra el inculpado a efecto de rendir su declaración preparatoria, cuando existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con fundamento en el artículo 157 del código de la materia.

En suma, cuando el Ministerio Público determine dejar en libertad al inculpado, lo prevendrá de comparecer cuántas veces sea necesaria su presencia para la realización de las diligencias durante la averiguación previa, y una vez concluida ésta, garantizará su presencia ante el Juez que reciba su consignación, quién ordenará su presentación y en caso de no realizarse sin justificación comprobada, ordenará su aprehensión, mandando a hacer efectiva la garantía otorgada; de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 135 de la ley adjetiva.⁶²

1.5. El Sistema Penal Acusatorio en México a partir de las reformas constitucionales de 2008

Antes de abordar las reformas constitucionales de 2008 en México, se retomará la explicación de la evolución del Sistema Acusatorio así como los antecedentes de Reforma Penal Latinoamericana.

El sistema acusatorio moderno fue introducido en Europa a partir del siglo XIX; es propio de los Estados Democráticos de Derecho denominándose **Modelo Acusatorio Garantista o Liberal** teniendo como principal finalidad velar por la protección a los derechos humanos del imputado por considerarse un sujeto pasivo frente a la autoridad del Estado.

Este modelo, además de replantear la presencia del Ministerio Público en el proceso, implementa como labor única del juez la facultad del fallo, en tanto que la

⁶² Cfr. SOTOMAYOR LÓPEZ, Óscar, *op. cit.*, p. 86.

investigación estará en manos exclusivamente del Ministerio Público coadyuvado por la Policía, misma que realizará las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación.

Por tanto, se afirma que el sistema acusatorio garantista nace a consecuencia de las dos guerras mundiales, en las que “el proceso penal fue utilizado como herramienta de terror y marco para la sanción de toda aquella persona contraria al régimen dictatorial que en aquellas épocas se vivía.”⁶³

En razón de lo anterior el objetivo es proteger los aludidos derechos humanos y lograr su internacionalización a través de la naciente *Carta de las Naciones Unidas* de 1945, en el que cincuenta países firmantes se comprometieron entre otras cosas a “Defender los derechos humanos.”⁶⁴

México no fue la excepción, convirtiéndose en miembro a partir del 7 de noviembre del mismo año.

Así, los derechos humanos muestran una tendencia hacia la modernización y humanización de la justicia penal, pues es ahí donde más se transgreden y su vulneración causa un daño irreparable.

Sumado a lo anterior, el sistema acusatorio garantista prevé como principio fundamental la presunción de inocencia, que según Ferrajoli determina dos significados garantistas “la regla de tratamiento del imputado y la regla del juicio que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.”⁶⁵

Respecto al **Sistema Acusatorio Adversarial**, éste no forma parte de la tradición europea de la cual han surgido los otros sistemas, éste es extraído del procedimiento penal anglosajón.

El angloamericano presenta el siguiente desarrollo “es un procedimiento de partes (*adversary system*), en el que éstas deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba, quedando la decisión de culpabilidad en manos del jurado (*veredict*), mientras que el juez profesional (*bench*) se limita, en su caso, a la fijación de la

⁶³ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁴ PASTOR, Marialba, *op. cit.*, p. 283.

⁶⁵ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 15.

pena (*sentence*). La confesión de culpabilidad (*guilty plea*) permite, pues, pasar directamente a esa individualización punitiva.”⁶⁶

Bajo este contexto, las partes adversarias tienen una participación activa desde la investigación de los hechos hasta el juicio propiamente dicho, sin embargo, esto no implica una actitud pasiva del juzgador, es decir, “no significa que el juez sea un *invitado de piedra*, sino que debe estar pendiente para evitar los excesos de las partes (...).”⁶⁷

Desde la década de los 80's comienza la reforma de justicia penal en Latinoamérica, cuya finalidad busca plasmar los derechos fundamentales de los individuos en uno de sus principales ordenamientos la Constitución armonizándola con las garantías establecidas en diversos Tratados Internacionales, formando en su conjunto el *debido proceso* que “consiste fundamentalmente en el establecimiento de ciertos parámetros o estándares mínimos que debe cumplir cualquier proceso penal en un Estado de Derecho (esta conceptualización implica la subordinación del Estado al orden jurídico, por lo tanto la idea que subyace es que el Estado al dictar el derecho queda obligado él mismo a su estricto cumplimiento)⁶⁸ para asegurar que la discusión y aplicación de sanciones (penales en este caso) se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo.”⁶⁹

Por lo tanto, “un proceso penal sin garantías se transforma en un proceso ilegítimo en un Estado de Derecho.”⁷⁰

En general, la transición a un sistema de justicia penal acusatorio con tendencia adversarial se buscó para dejar atrás prácticas obsoletas empleadas en los otros sistemas, en este caso se plantea que el nuevo modelo a aplicar garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa técnica, la protección a los derechos de las víctimas y hacer efectiva la reparación del daño.

Datos importantes, se obtienen del seminario organizado en el 2002 en Guatemala, por los juristas mexicanos Samuel González, Ernesto Mendieta,

⁶⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁶⁸ Cfr. ALVARADO GARIBALDI, Salvador, *Apuntes para el análisis del Estado*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2008, p. 211.

⁶⁹ DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 31.

Edgardo Buscaglia y Moisés Moreno; en el que “se concluyó que uno de los problemas detectados es la deficiencia normativa (tanto sustantiva como procesal); asimismo, que el problema involucra a todo el sistema penal, en particular, a los Ministerios Públicos y al Parlamento de la República.”⁷¹

A partir de estas conclusiones, la mayoría de países latinoamericanos se sumaron al proceso de transformación en la última década en razón de que existe una crisis mundial en el sistema de enjuiciamiento criminal, la cual se funda en los siguientes motivos:

- “Existencia de leyes penales obsoletas (tanto sustantivas, procesales y ejecutivas), que no corresponden a las necesidades actuales ni corresponden a las concepciones modernas de la ciencia penal y de la política criminal.
- Deficiencia crónica en la procuración e impartición de la justicia penal atribuible a la persistencia de resabios inquisitivos en el enjuiciamiento penal que posibilitan la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal.
- Carencia de coordinación entre los diversos sectores del sistema de justicia penal, que hace que cada uno funcione desconectadamente, desarrolle y siga su propia política.
- Falta de una política criminal íntegra debidamente planificada, basada en criterios uniformes según exigencias del Estado Democrático de Derecho.
- *El vigente sistema procesal (federal) no es ni eminentemente acusatorio ni tampoco completamente inquisitivo, sino que se trata de un sistema mixto, por contener rasgos de ambos, no respondiendo al modelo de un Estado Democrático de Derecho.”*⁷²

Relacionado a lo anterior, México se incluye en el cambio con su importante Reforma Constitucional en materia de Seguridad y Justicia publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, en la que se reforman diez artículos: siete en materia penal, uno sobre facultades del Congreso, uno sobre desarrollo municipal y uno en materia laboral; con el objetivo de emigrar de un sistema

⁷¹ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 23.

⁷² *Ibidem*, p. 225.

preponderantemente mixto a uno de corte oral y acusatorio; estableciendo en ellos un verdadero cambio estructural al sistema de justicia penal y de seguridad.

El cambio obedece al evidente atraso e ineficacia en el sistema de justicia que hoy en día existe, además porque “en México existe una desconfianza extendida en el aparato de justicia, ya que las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia, los procesos y juicios penales son burocráticos y lentos, escritos en expedientes interminables, y las cárceles son inseguras, no garantizan la reinserción social y son las universidades del crimen.”⁷³ En virtud de esto, el desarrollo y el posicionamiento de la Delincuencia Organizada en el país, conlleva a una inminente amenaza para el Estado y la sociedad.

Lo anterior, se sustenta en múltiples motivos considerando que los más importantes son los siguientes:

- “La gran mayoría no confía en las policías municipales, estatales ni federales.
- Las policías federal, estatal y municipal actúan con criterios diferentes, lo que hace muy difícil su coordinación para combatir a la delincuencia.
- *La delincuencia organizada actúa todos los días en todos los Estados en sus diversas modalidades: narcotráfico, secuestro, tráfico de personas, robo de automóviles, prostitución.*
- *La delincuencia organizada ha alcanzado un enorme poder económico, cuenta con armas modernas y de alto poder, con aviones y vehículos para transporte de drogas.*
- *La delincuencia organizada tiene una gran capacidad para amedrentar y corromper autoridades, policías y jueces.*
- **El sistema parece rebasado por la delincuencia.**
- El Ejército debe auxiliar a las policías en el combate a la delincuencia organizada.
- La mayoría de los mexicanos no confía en los agentes del Ministerio Público locales ni federales, tampoco en los jueces estatales ni federales.

⁷³ Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia [en línea]. Disponible: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/66/1/images/guia%5B1%5D.pdf>, consultado el 9 de agosto de 2013, 1:00 PM., p. 1.

- En la práctica, los acusados de haber cometido un delito son culpables y están obligados a demostrar su inocencia.
- Los acusados, aun los que no son delincuentes peligrosos, deben enfrentar el juicio en la cárcel o, cuando el delito no es considerado grave, pagar una fianza para enfrentarlo en libertad.
- Con mucha frecuencia, las personas acusadas no pueden pagar la fianza por su situación social.
- Las diligencias de juicio ocurren sin que las partes puedan exponer sus argumentos frente al otro y delante del juez.”⁷⁴

Respecto a la transición al nuevo sistema, el artículo segundo transitorio establece un periodo máximo de ocho años para su implementación por lo que deja abierta la posibilidad de darse paulatinamente sin exceder el plazo fijado; por lo tanto la Federación, los Estados y el Distrito Federal, tendrán la obligación de expedir y poner en vigor las modificaciones en sus ordenamientos legales.

En conclusión se establecen como características del proceso penal acusatorio las siguientes:

1. “Descansa en el principio de la democracia.
2. Busca un equilibrio entre el respecto a las garantías y la eficacia de la persecución penal.
3. Se fundamenta en el principio acusatorio.
4. Presenta rasgos de adversarial.”⁷⁵

1.6. Cuadro comparativo

A continuación se presentan dos cuadros comparativos de los sistemas inquisitivo, mixto y acusatorio (adversarial), el orden mencionado obedece a su vigencia cronológica. El primero de ellos señala los principios que rigen en cada uno de los sistemas; y en el segundo se explican las principales diferencias y similitudes existentes en los mismos.

⁷⁴ *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia* [en línea], *op. cit.*, p. 8.

⁷⁵ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 18.

<u>PRINCIPIOS DE LOS SISTEMAS PROCESALES</u>		
INQUISITIVO	MIXTO	ACUSATORIO ADVERSARIAL
Secreto	Secreto/Público	Público
Escrito	Escrito	Oral
Prueba legal o tasada	Prueba legal o tasada	Libre valoración
No es contradictorio	No es contradictorio	Contradictorio
Delegación de funciones	Excesiva delegación de funciones	Inmediación
Verticalizado	Verticalizado	Adversarial
Control jurisdiccional	Control jurisdiccional	Independencia e imparcialidad Jurisdiccional
Ritualista	No es ritualista	Flexible
Biinstancial	Biinstancial	Biinstancial

Además de tener principios, cada sistema presenta características que los hacen diferentes entre sí, las cuales son expuestas en el siguiente cuadro:

<u>CARACTERÍSTICAS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS PROCESALES</u>		
SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA MIXTO	SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL
La investigación, acusación y juzgamiento está a cargo de una	La investigación y acusación está a cargo del Ministerio Público	Estas funciones las realizan diversas autoridades.

misma autoridad.	exclusivamente.	
El Ministerio Público tiene a su cargo la investigación y acusación, mientras el juez pasivamente se deja persuadir por éste.	La investigación y persecución de los delitos incumbe al MP, el cual se auxiliará de la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.	La investigación está a cargo de la policía, mientras que la acusación la realiza el Ministerio Público ante un juez de control de garantías. El juzgamiento y establecimiento de penas lo lleva a cabo un juez distinto al primero.
En la investigación prepondera el principio de legalidad.	Prepondera el principio de legalidad.	En la etapa de investigación predominan los criterios de oportunidad.
Es formalista, todo se asienta por escrito.	Continúa el formalismo, imperando la escritura.	Prepondera la oralidad, los escritos solo sirven como constancia; de esta forma se garantiza el debido proceso.
El imputado es un objeto de la persecución penal, teniendo participación nula en la investigación.	El inculcado sigue siendo objeto de la persecución penal.	El imputado es considerado un sujeto de derechos, por lo que es escuchado y participa desde la investigación y durante todo el proceso.
No existe una defensa técnica como tal, pues el imputado puede nombrar a cualquiera como persona de confianza.	Se establece el derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de confianza.	Se establece el derecho a una defensa adecuada ejecutada por un Licenciado en Derecho.
El silencio del imputado	Aunque no está obligado a	La presunción de inocencia

constituye presunción de culpabilidad.	declarar, tiene la obligación de demostrar su inocencia.	prevalece en todo momento hasta en tanto no exista sentencia firme de la culpabilidad del imputado.
La prisión preventiva opera como regla general.	La regla general es la prisión preventiva para delitos graves; su excepción opera para delitos no graves en los cuales tiene el juez debe otorgar la libertad provisional bajo caución.	La regla general es la libertad, optándose por otras medidas cautelares; la prisión preventiva se vuelve una excepción.
La víctima al igual que los ofendidos no son tomados en cuenta como debieran.	Se establecen garantías para la víctima y ofendidos aunque su intervención no es tan activa.	La víctima y ofendidos participan en la investigación y en el proceso; convirtiéndose en parte esencial del juicio.
El expediente se maneja con sigilo y de manera secreta.	El inculpado y su defensor tienen acceso al expediente, la víctima u ofendido acceden a través del MP.	El imputado y su defensor así como la víctima tienen acceso a la carpeta de investigación.
El juez delega sus funciones, por tanto no está presente en todos los actos	El juez sigue delegando sus funciones en los secretarios de acuerdo, su presencia es casi nula.	El juez está obligado a presenciar todas las audiencias del proceso (principio de inmediación).
Las audiencias se realizan en diferentes momentos.	Las audiencias son en momentos diferentes.	Las audiencias son únicas y continuas (principio de concentración)
El imputado, víctima y/o los ofendidos no confrontan la veracidad de las pruebas.	No hay confrontación en la veracidad de las pruebas.	Imputado, víctima y ofendidos confrontan la veracidad de las pruebas en presencia del juez (principio

		de contradicción).
El proceso tiene como finalidad imponer una pena al culpable.	El proceso busca imponer una pena de prisión al inculpado.	La finalidad en el proceso es solucionar el conflicto entre la víctima y el acusado, permitiéndose la suspensión del proceso y/o el proceso simplificado (principio de oportunidad).
Las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen mayor valor probatorio frente a las del acusado.	Siguen teniendo mayor valor probatorio las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público.	Las partes pueden presentar datos y/o medios de pruebas dándoles un valor idéntico a las del Ministerio Público. La prueba se desahoga y valora como tal en la etapa de juicio (principio de igualdad procesal).

CAPÍTULO II

LA PRUEBA

2.1. Evolución Histórica de la Prueba

La *prueba* tiene al igual que los sistemas procesales un origen y desarrollo histórico; puesto que, no es concebida súbitamente como producto únicamente del y para el conocimiento jurídico sino que tiene aplicación universal (como en la física, la biología, la historia, la química, etc.).

Tras esta afirmación se esbozan las cinco principales *fases históricas*,⁷⁶ las cuales son:

- a) **Étnica o primitiva:** la denominación más acertada para esta fase es la primitiva porque corresponde al periodo en que las sociedades se encontraban en formación, contando algunas de ellas con un sistema procesal tal vez rudimentario y presentándose en cada una de ellas características diferentes.
- b) **Religiosa o mística:** tiene influencia del antiguo Derecho Germánico y del Derecho Canónico. Respecto al primero, “la prueba tenía un valor en sí misma que determinaba la sentencia.”⁷⁷ Es decir, si cumplía cabalmente con las formalidades exigidas; ésta imponía fuerza y por lo tanto tenía que ser respetada y reconocida.

Bajo este contexto, la prueba tenía una producción con características peculiares: era física pero también intelectual y siempre estaba condicionada al formalismo; conllevándola a las reglas de producción de la prueba cuya acreditación en el juicio tenía por objetivo definir la sentencia y, por tanto el juez no podía desconocerla o desacreditarla.

Como puede observarse en el Derecho Germánico, la forma de probar conllevó al conocimiento de la verdad formal como resultado del juicio y no a la material.

⁷⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe-República Argentina, 1984, p. 25.

⁷⁷ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Ideología de la Prueba Penal*, Editorial Jurídica Ancón, Panamá, 2002, p. 21.

En tanto, el Derecho Canónico estableció que el procedimiento se llevara a cabo con un formalismo extremadamente rígido, “aceptándose como un medio ordinario de prueba la declaración de testigos y como medio subsidiario, las ordalías o Juicios de Dios.”⁷⁸

En ambos casos, la prueba se basa principalmente en la ignorancia y en el fanatismo religioso por el abuso de castigos severos en la aplicación de sistemas probatorios arbitrarios y absurdos.

Además, las personas dedicadas a realizar la apreciación de las pruebas y, consecuentemente el juzgamiento, no eran eruditas en el tema. Dicho fundamento coincide con lo sustentado por el jurista Florian, al señalar que “en los Juicios de Dios es la divinidad misma la que directamente comparece y decide, y por esto puede decirse que simbolizan decisiones sobrenaturales.”⁷⁹ Argumento totalmente absurdo porque la ignorancia conlleva a la incapacidad de las personas en la búsqueda de la verdad material así como para el descubrimiento de las causas de fenómenos de índole natural o humano.

- c) Legal o de tarifa legal:** surge con base en la evolución del pensamiento humano pues el hombre entendió el sentido de vivir en sociedad y optó por ya no invocar a la divinidad.

El desarrollo de esta fase se dio en un ambiente político de tiranía y despotismo. Su principal característica consistió en someter a la prueba a una rigurosa tarifa previa a la valoración establecida en la ley, esto es, que hubiera lógica en el tratamiento de las pruebas conllevando al abuso de la tortura a fin de que el inculpado confesara de una u otra forma el hecho delictivo. Si bien, en su época esto se consideró un “avance”, hoy en día no se justifica su aplicación.

- d) Sentimental o de íntima convicción moral:** tiene su origen en la Revolución Francesa como reacción contra la tarifa legal. Se basó en la absoluta libertad para valorar la prueba, sin sujeción a ninguna regla, pero obligando al juzgador a motivar el fallo. El único inconveniente que existió

⁷⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 22.

para este sistema fue que la prueba era valorada por jurados de conciencia quienes en su mayoría eran incultos o inexpertos en la materia .

e) **Científica:** este periodo presenta avances significativos donde las nuevas formas de pensamiento apuntaron a poner la naturaleza al servicio del hombre y al descubrimiento de sus leyes, estableciendo con ello que “el hombre es el centro y la medida de todas las cosas.”⁸⁰

Bajo este razonamiento, en el siglo XVII se adoptó el método utilizado por el físico Isaac Newton en la investigación de los fenómenos que consistía en los siguientes pasos: “observación, descripción, clasificación, comparación, exposición y comprobación”;⁸¹ así como la propuesta del filósofo René Descartes al usar la duda como principio para acceder a la verdad.

Sin embargo, no es lo único que sustenta el desarrollo científico sino son hechos que simbolizan el punto de partida para el descubrimiento de las Leyes de Kepler, los principios de Galileo, la ley de la gravitación universal de Newton y el descubrimiento del telescopio que en su conjunto contribuyen al nacimiento de la Astronomía como ciencia.

En consecuencia, se estableció que todo lo que existe material o inmaterialmente es susceptible de ser estudiado y comprobado; por tanto aquello que se refería a la magia y a la superstición, era cuestionado severamente.

De esta manera, al ser aplicado el conocimiento científico universalmente no se deja de lado al área jurídica, pues en la Ciencia del Derecho se utiliza el método experimental descubierto por Claudio Bernard en el ámbito de la Medicina, el cual se propaga igualmente a las Ciencias Jurídicas y Sociales.⁸²

Actualmente, en los códigos procesales modernos, la valoración se efectúa a través de la *sana crítica* y por jueces capacitados para ello, respetando siempre los principios de la psicología y la lógica, así como las máximas generales de la experiencia; sujetándose únicamente al cumplimiento de las

⁸⁰ PASTOR, Marialba, *op. cit.*, p. 46.

⁸¹ *Ídem.*

⁸² Cfr. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 31.

formalidades que las leyes contemplan para la existencia o validez de ciertos actos.

2.2. Noción de Prueba

La prueba en general y en sentido procesal es una palabra con significado polifacético como lo refiere el maestro Silva Melero o en palabras de Florian poliédrico, derivándose así sus múltiples acepciones que sobre ella proporcionan diversos autores nacionales y extranjeros.

Primero se citarán algunas definiciones referidas a la prueba en general para después definir en qué consiste la prueba judicial.

Etimológicamente, la voz *prueba* deriva de “*probandum*, que significa patentizar, hacer fe, criterio derivado del viejo derecho español.”⁸³

Para Benjamín Irigorri Díez, *probar* en sentido gramatical “es hacer examen y experiencia de las cualidades de personas o cosas. También puede significar justificar, manifestar y hacer patente la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos. Procesalmente significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho.”⁸⁴

En sentido amplio Bentham establece que se trata de “un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la inexistencia o existencia de otro hecho.”⁸⁵

Asimismo el argentino Gustavo Alberto Arocena, sostiene que *prueba* “es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, una afirmación o un hecho.”⁸⁶

En palabras del italiano Eugenio Florian, se entiende por *prueba* “todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual aquél termina.”⁸⁷

⁸³ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 465.

⁸⁴ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, *Curso de Pruebas Penales*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1983, p. 3.

⁸⁵ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁶ AROCENA, Gustavo Alberto *et al.*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁷ FLORIAN, Eugene, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica Universitaria, Vol. I, México, 2001, p. 165.

Cafferata Nores, define como *prueba* “todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.”⁸⁸

Antonio Dellepiane, identifica tres aspectos a considerar en la *prueba*: en primer lugar la refiere como *medio de prueba* para designar los distintos elementos de juicio producidos por las partes o reconocidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso; en segundo término la prueba consiste en la *acción de probar*, de hacer la prueba, es decir, el actor es quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables; y por último, la designa como *fenómeno psicológico* porque es el estado de espíritu producido en el juez a través de los elementos de juicio antes aludidos, los que proporcionarán convicción también llamada *certeza*, acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.⁸⁹ Por tanto, al coexistir los elementos mencionados se determinará si hay prueba o no.

Por su parte, Enrique M. Falcón afirma que *prueba* “es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso o de un fenómeno.”⁹⁰

En México, el procesalista José Ovalle Favela, manifiesta que la *prueba* en sentido estricto “es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.”⁹¹

Para el ilustre mexicano Guillermo Colín Sánchez, *prueba* “es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.”⁹²

El maestro Fernando Arilla Baz, plantea que la *prueba* en el proceso penal es “el conjunto de medios empleados por las partes para llevar al ánimo del juez la

⁸⁸ CAFFERATA NORES, José I., *Las Pruebas en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 3 y 4.

⁸⁹ Cfr. DELLEPIANE, Antonio, *La prueba en general y la indiciaria en particular*, Leyer Editorial, Bogotá D.C.-Colombia, 2008, p. 9.

⁹⁰ FALCÓN, Enrique M., *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, 2ª ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 22.

⁹¹ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.*, p. 314.

⁹² BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 466.

certeza de la existencia de un hecho. Esta certeza, es el resultado de un raciocinio.”⁹³

También el jurista mexicano Marco Antonio Díaz de León, define a la *prueba* como “un principio procesal que denota normativamente el imperativo de buscar la verdad, de que se investigue o en su caso se demuestre la veracidad de todo argumento o hecho que llegue al proceso para que adquiera validez en una sentencia justa.”⁹⁴

De igual forma, el maestro Barragán y Salvatierra afirma lo siguiente “por su acepción más genérica y lógica, *prueba* significa todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa; en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, se refiere al conjunto de motivos que suministren ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda objetiva.”⁹⁵

De esta manera, al comparar las definiciones transcritas es admisible indicar lo siguiente con relación a la prueba en general. Tanto los juristas extranjeros como nacionales coinciden en manifestar que la prueba gravita sobre la investigación de la verdad o probabilidad respecto a un hecho, con el objeto de desvirtuar la afirmación o negación de las partes, quienes buscan obtener la persuasión del juez con base en los medios aportados; y éste a su vez indaga la verdad histórica para determinar si existe o no el hecho.

Cabe señalar que el jurista Colín Sánchez es el único que destaca oportunamente en su noción la importancia que tiene no sólo la investigación de la verdad legal sino también considera imprescindible el estudio de la personalidad del delincuente y sus motivos que lo llevaron a delinquir; pues si bien, delito es considerado objetivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como “la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya consecuencia generalmente es la pena.”⁹⁶ Esta idea, se complementa con la noción subjetiva que proporciona el maestro Carlos Oronoz Santana, quien entiende como delito “la

⁹³ ORIZABA MONROY, Salvador, *La Prueba Penal y Sistemas de Valoración*, Editorial Sista, México, 2010, p. 50.

⁹⁴ ORONÓZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en Materia Penal*, 6ª ed., Editorial PAC, México, 2008, pp. 7 y 8.

⁹⁵ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 466.

⁹⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma, *op. cit.*, p. 45.

manifestación externa de las pasiones humanas”,⁹⁷ lo cual es lógico porque aquél concierne siempre y directamente al ser humano.

Aunado a lo anterior, se advierte que las pruebas no sólo acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino que además dan parámetros sobre la personalidad del delincuente cuya valoración se realiza con base en ellas.

En esta tesitura y conjugando las acepciones, estimo que la *prueba* consiste en fundamentar fehacientemente un hecho verdadero o probable, a través de los medios suministrados por las partes para demostrar su dicho en presencia de un juez; quién tiene a su vez la encomienda de la búsqueda de la verdad sobre la existencia o inexistencia de los hechos expuestos en el proceso para comprobar la veracidad o falsedad de ellos y, posteriormente dar solución al problema planteado.

Ahora bien, por lo que se refiere a las pruebas judiciales Devis Echandía señala que la *prueba judicial* (en particular) “es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.”⁹⁸

A su vez Dellepiane, dice que la *prueba judicial* es “en el sentido de acción de probar, la confrontación de la versión dada de cada parte con los elementos o medios producidos para abonarlas.”⁹⁹

Alsina la define como “la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.”¹⁰⁰

Por su parte, Kielmanovich advierte que la *prueba judicial*, “en sentido estricto, es un procedimiento para la fijación de los hechos; puntualizando que se trata de hechos de interés para la litis no admitidos expresamente o admitidos pero indisponibles, a partir de las concretas fuentes (personas o cosas) que el ordenamiento determina o autoriza en la especie, con abstracción de que el mismo hubiese alcanzado o no para formar la convicción del juez acerca de su

⁹⁷ ORONoz SANTANA, Carlos M., *op. cit.*, p. 6.

⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁹ DELLEPIANE, Antonio, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁰ KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2001, p. 25.

probable existencia o inexistencia, según las reglas de la sana crítica o libre convicción, o las reglas de la prueba legal, tasada o tarifada.”¹⁰¹

Expuesto lo anterior, sustento que la *prueba judicial* consiste en la actividad procedimental que realizan las partes al suministrar al juez conocimientos para la comprobación de un hecho delictivo o su inexistencia; asimismo, se establece como facultad exclusiva de la autoridad judicial analizar razonadamente cada una de las pruebas aportadas para obtener convicción o certeza de la hipótesis planteada, ajustándose en todo momento a las formalidades que el sistema probatorio exija, con el fin de resolver y emitir el fallo correspondiente.

2.3. Teoría General de la Prueba

Sobre este tema, algunos autores afirman la imposibilidad de una Teoría General de la Prueba aplicable a todos los procesos. Sin embargo, con base en el criterio lógico de Devis Echandía no hay obstáculo que se oponga a su existencia; en tanto que, como lo afirma el maestro Silva Melero: “existe, pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial.”¹⁰²

Acorde a lo anterior, se sustenta que la mayoría de los principios generales de la prueba tienen aplicabilidad en toda clase de procesos (civil, penal, mercantil, laboral, etc.); pues en cada uno de ellos el fin será llevar al juez la multicitada *convicción o certeza* de la existencia o inexistencia de los hechos que se pretenden probar.

Por lo tanto, el proceso tendrá por finalidad la acertada valoración de las pruebas en su conjunto, para con ello determinar la verdad o certeza de los hechos pasados que configuraron el delito.

Como se observa, es importante establecer la diferencia entre verdad y certeza porque se pensaría que son sinónimos, y desde este momento se advierte que no es así, pues existe una sutil diferencia que a continuación se explicará.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

¹⁰² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 28.

2.3.1. Diferencia entre Verdad y Certeza

San Agustín expresa que “la verdad en la cosa, es la cosa misma: *verum est id quod est*.”¹⁰³

Faguet intenta explicar en qué consiste la verdad en sus *Diez mandamientos*: “la verdad, es aquello que... cree el hombre ser lo real, cree ser lo que es, ya como hecho, ya como idea (...).”¹⁰⁴

Nicola Framarino dei Malatesta, señala que “la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza, por lo tanto, ésta es un estado subjetivo del espíritu que no puede corresponder a la verdad objetiva, pero certeza y verdad no siempre coinciden.”¹⁰⁵

Con base en lo expuesto, se deduce que la verdad en los procesos es una sola pero se divide en formal o real para investigarla; esto es, verdad en cuanto a los hechos y verdad en cuanto al derecho.

La verdad en cuanto a los hechos consiste en la concordancia que existe entre las pruebas y la realidad, argumentos que sirven de sustento al juez para imaginarse cómo sucedieron; y la verdad en cuanto al derecho también es una realidad que concuerda perfectamente con la aplicabilidad de la ley correspondiente, es decir, se da el encuadramiento del precepto legal que ha plasmado el legislador.

De aquí el fundamento de la frase creada por los romanos “*dadme los hechos y yo os daré el derecho*.”¹⁰⁶

Luego entonces, deduzco que la verdad es aquella que se basa en la realidad y en consecuencia, se demuestra su existencia objetivamente; mientras tanto, la certeza es el estado subjetivo del juez, quien analiza razonadamente la relación coexistente entre cada una de las pruebas para determinar si el hecho es verdadero o no. Por tanto, la verdad se refiere a lo objetivo y la certeza a lo subjetivo.

¹⁰³ DELLEPIANE, Antonio, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

¹⁰⁵ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰⁶ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, *op. cit.*, p. 10.

2.4. Principios generales en materia de prueba

Los principios generales que acoge el Derecho Penal Mexicano en materia probatoria son: la presunción de dolo, pertinencia y utilidad.¹⁰⁷

2.4.1. Presunción de dolo

Denominada *presunción iuris tantum del dolo*, es la que se refiere al procedimiento penal y precisamente a la prueba; conforme lo establece el artículo 9° del Código Penal Federal:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”¹⁰⁸

Cabe destacar que la presunción del dolo no se establece como tal en el Código Penal Federal, sin embargo, en el diario vivir el Ministerio Público en el procedimiento de Averiguación Previa trata al indiciado como criminal y por lo tanto, este último está obligado a demostrar su inocencia.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en diversos criterios, que nuestro sistema admite tácitamente la *presunción de inocencia* y no la del dolo como se observa en la siguiente jurisprudencia:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.

La **presunción de inocencia** es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se

¹⁰⁷ Cfr. BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 470.

¹⁰⁸ Artículo 9°. Código Penal Federal [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>, consultado el 31 de agosto de 2013, 4:27 PM.

manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la **presunción de inocencia** como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar."¹⁰⁹

En el criterio referido, se afirma que la SCJN designa a la presunción del dolo con el término "presunción de inocencia", misma que se patentiza en dos vertientes: primero como un derecho de todo gobernado involucrado en un proceso y, segundo funge como garantía de seguridad jurídica durante el enjuiciamiento penal; mismas que en su conjunto coadyuvarán a determinar la existencia del delito y la responsabilidad del sujeto, pues de lo contrario habrá lugar a la absolución de la persona.

2.4.2. Pertinencia

La prueba es pertinente cuando actúa como "vehículo apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal."¹¹⁰ Esto es, debe ser idónea y debe versar sobre los hechos que al ser comprobados influirán total o parcialmente en la resolución judicial; y que, en consecuencia se proyectarán en las conclusiones del fallo para determinar el grado de responsabilidad del imputado.

¹⁰⁹ Tesis: 1a. XCVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, abril de 2013, p. 966.

¹¹⁰ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 472.

2.4.3. Utilidad

La utilidad de la prueba se refleja al lograr lo que se pretende, en otras palabras, es útil aquella que demuestra la existencia del hecho o en su caso lo excluye.

2.5. Elementos de prueba

La prueba se rige por elementos fundamentales a los que debe someterse, pues tratándose de una disciplina jurídica son imprescindibles para el acertado pronunciamiento en las decisiones judiciales.

Autores como Gustavo Alberto Arocena y Boris Barrios González admiten que los elementos de prueba son: elemento, objeto, órgano y medio de prueba; mientras que por otro lado, los juristas Eugenio Florian, Devis Echandía, Salvador Orizaba Monroy, Sergio García Ramírez, Benjamín Iragorri Díez, Carlos Barragán, entre otros señalan la existencia de sólo tres elementos: objeto de prueba, órgano de prueba y medio de prueba. Al respecto se analizarán los cuatro elementos destacando la importancia de cada uno de ellos.

2.5.1. Elemento de prueba

Conocido también como la prueba en sí, consiste en cualquier hecho objetivo que exista en la realidad y que guarde relación directa o indirecta con el delito y sus autores o partícipes; para que incorporada legalmente al proceso sea apta para producir conocimiento en el juzgador sobre la imputación delictiva, o su negación; misma que afecta directamente al inculpado en la individualización de la pena.

Al hablar de elemento de prueba se alude al basto concepto de prueba por lo que “puede ser lo dicho o lo documentado por quien puede aportar hechos o

conocimientos en el proceso, indistintamente de la calidad del sujeto procesal, del medio de prueba, de su regulación u objeto.”¹¹¹

No obstante, el aludido elemento de prueba considera a su vez el cumplimiento de cuatro requisitos que le dan vida procesal y de los cuales se desprende su legalidad; éstos son: objetividad, legalidad, relevancia o utilidad de la prueba y pertinencia o conducencia.

- a) **Objetividad:** es aquello que se opone a lo subjetivo, razón por la que el elemento de prueba no puede ser del conocimiento privado del juez sino debe surgir del mundo externo al proceso; es decir, “del mundo extra o meta jurídico.”¹¹²
- b) **Legalidad:** se refiere al cumplimiento cabal de las formalidades constitucionales y legales para la incorporación al proceso de los elementos de prueba que conjuntamente darán validez y eficacia a las mismas. En este sentido, la legalidad se contrapone a la ilicitud.
- c) **Relevancia o utilidad de la prueba:** si bien es cierto que el propósito de la prueba es producir en la conciencia del juez certeza plena sobre los hechos que cada una de las partes pretende demostrar, también lo es que dicho elemento de prueba dará certeza sobre la existencia o inexistencia que se pretenda acreditar; porque como lo señala Leone “la relevancia es una caracterización negativa, en el sentido de excluir las pruebas totalmente superfluas, esto es, no idóneas en la forma más absoluta para contribuir a la comprobación de la verdad.”¹¹³ En este caso sólo serán pertinentes o útiles las pruebas que aporten un conocimiento atendible sobre el hecho a probar mientras que serán excluidas aquellas manifiestamente irrelevantes, ya sea por no inducir a la probabilidad o porque los hechos que se pretenden probar mediante este elemento de prueba se encuentran suficientemente demostrados.
- d) **Pertinencia o conducencia:** se refiere a la relación directa o indirecta que coexiste entre el hecho punible y los autores o partícipes del delito; misma

¹¹¹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 53.

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ AROCENA, Gustavo Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 37.

que pretende demostrarse con el elemento de prueba introducido objetivamente en el proceso.

En este contexto, la pertinencia o conducencia es divergente con la objetividad; la primera se relaciona con los hechos a probar en el proceso y, la segunda se vincula con el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su obtención e incorporación en el proceso.

2.5.2. Objeto de prueba

También denominado *thema probandum*, en lo general y abstracto se basa en todo aquello que puede o debe ser probado dentro del proceso.¹¹⁴

El objeto de prueba es la demostración de hechos (afirmativos o negativos) en relación con los aspectos objetivo y subjetivo del delito. Es decir, consiste en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso.

Ahora bien, con el fin de lograr la determinación del objeto de prueba éste debe dar respuesta a las siguientes preguntas como lo sugiere el maestro Florian: “¿Qué puede probarse en el proceso penal?, ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba?, ¿Cuál es el presupuesto fundamental de la prueba penal?”¹¹⁵ Lo anterior, para fundamentar la sentencia que pone término al proceso y con la cual el juez resuelve la aplicación de la ley al hecho en cuestión; “por lo que estos elementos constituyen el impulso y la base de la prueba.”¹¹⁶

Procesalmente, el objeto de prueba recae sobre la existencia del hecho delictuoso que involucra a la conducta o hecho, al delincuente, la víctima u ofendido, las cosas y lugares donde se ejecutó el delito; asimismo son tomadas en consideración las circunstancias que lo agraven, atenúen o justifiquen, o en su caso influyan en la punibilidad, esto es, el aspecto negativo del delito que permite excluirlo en los siguientes casos: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

¹¹⁴ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁵ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁶ *Ídem.*

En conclusión, el objeto de prueba permite demostrar el delito (incluyendo circunstancias de tiempo, modo y lugar), modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad); así como la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño causado.¹¹⁷

2.5.3. Órgano de prueba

“Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.”¹¹⁸

Bajo esta premisa es necesario aclarar varios puntos. Primero, el órgano de prueba siempre recaerá en una persona física que “siendo extraño al proceso, o sea, sin ser parte en él, se incorpora para estar al servicio de los sujetos procesales y cumplir una función específica de colaboración para la obtención de los elementos de convicción.”¹¹⁹ En este caso, son considerados extraños al juicio los testigos, peritos e intérpretes, sin embargo, también los sujetos de la relación procesal, es decir, el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante y el defensor; se ostentan como órganos de prueba a excepción del Juez y del Ministerio Público.

Con relación al Juez y al Ministerio Público nunca podrán figurar como órganos de prueba toda vez que el elemento de prueba debe ser introducido al proceso o a la investigación de que se trate a través de alguna persona física que como se ha mencionado puede ser un extraño al juicio o un sujeto procesal; por consiguiente el órgano de prueba “es un intermediario entre las partes y el tribunal, además de que su intervención es eventual y específica, porque se limita a la función de producir conocimiento en la persona de los funcionarios de instrucción y de juzgamiento, para luego relegarse al plano de información documentada en el proceso.”¹²⁰

Por lo tanto, al ser ambos receptores directos de la prueba nunca serán órganos de la misma; ni siquiera tratándose de pruebas de oficio con las que se

¹¹⁷ Cfr. BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 472.

¹¹⁸ FLORIAN, Eugene, *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 450.

¹²⁰ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 68.

aporte algún conocimiento como ocurre en la inspección (sea de carácter judicial o ministerial); en este sentido, es la ley quien los dota de facultades para ello.

2.5.4. Medio de prueba

Florián sostiene que el medio de prueba es “todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez; en suma, el medio de prueba es un medio de conocimiento.”¹²¹

Acorde a lo anterior, el medio de prueba es un acto mediante el cual un órgano de prueba aporta o suministra conocimiento al juez acerca de un objeto de prueba como por ejemplo: la declaración de testigos, periciales, documentales, etc., esto es, “la prueba debe considerarse orientada a todos los hechos objeto de la discusión, que constituyen el *thema probandi*.”¹²²

En consecuencia y como bien lo manifiesta el maestro Barragán y Salvatierra el medio de prueba “es un vehículo para alcanzar un fin.”¹²³ Lo anterior significa, que dicho vehículo funcionará de acuerdo al impulso procesal que le imprima el órgano de prueba, puntualizando que el objeto y medio de prueba una vez introducidos en el proceso quedan desvinculados de la parte que lo ha ofrecido; a pesar de que el fin sea lograr que el juez llegue a una convicción u obtenga certeza del conocimiento aportado.

En conclusión, afirmo que los cuatro elementos que conforman a la prueba son ineludibles porque aunque algunos autores mencionan la existencia de sólo tres, no puede dejarse fuera al elemento de prueba puesto que es la prueba en sí y, en conjunto con los demás elementos dan como resultado el convencimiento del juez que se hace presente al dictarse la sentencia, sea absolutoria o condenatoria.

¹²¹ *Ibidem*, p. 75.

¹²² IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, *op. cit.*, p. 10.

¹²³ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 473.

2.6. Medios de prueba en el sistema actual

A nivel constitucional la Carta Fundamental aún vigente a nivel Federal y en los Estados donde todavía no ha sido implementado el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, se plasman como garantías del inculpado y a su vez como medios probatorios, los siguientes:

El careo constitucional en el artículo 20 de la Ley Fundamental, apartado “A”, fracción IV, estableciendo lo siguiente: “Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo.”¹²⁴ Asentando de igual forma los casos en que está exceptuado el careo como a continuación se menciona en la fracción V, apartado B del mismo artículo, correspondiente a las garantías de la víctima o del ofendido “Cuando la víctima o el ofendido sean *menores de edad*, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los *delitos de violación o secuestro*. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; (...).”¹²⁵ Con base en lo anterior cabe destacar que *el careo no es un medio de prueba* como tal sino se considera un medio complementario, empero esta explicación se dará oportunamente en el subtema relativo a *la clasificación de los medios de prueba*.

Otros medios probatorios a favor del inculpado se enuncian en el citado numeral 20, apartado A, fracción V, al establecer lo siguiente: “Se le recibirán **los testigos y demás pruebas** que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso; (...).”¹²⁶

De igual forma, el artículo 16 constitucional contempla como medio de prueba **el cateo**, al tenor de lo siguiente: “En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de

¹²⁴ *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia* [en línea]. Disponible: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/66/1/images/guia%5B1%5D.pdf>, consultado el 4 de septiembre de 2013, 9:30 PM., p. 21.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 21.

inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.”¹²⁷

Es así como la Constitución garantiza a todo gobernado la inviolabilidad en el domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad judicial competente, en el que funde y motive dicho procedimiento.

Continuando con el orden jerárquico, toca ahora analizar lo que atañe a las leyes adjetivas vigentes a nivel Federal y local, referido este último al Distrito Federal.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en el Título Sexto denominado “Prueba”, artículo 206 los medios probatorios, puntualizándolo de la siguiente manera: “Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.”¹²⁸

De ahí, sigue con la enunciación por Capítulos de cada una de las pruebas que en él se contemplan en el siguiente orden: confesión, inspección, peritos, testigos, confrontación, careos, documentos y comunicaciones privadas entre particulares.

Ahora bien, en términos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF), en el Título Segundo “Diligencias de Averiguación Previa e Instrucción”, Capítulo IV “De las pruebas”, reconoce en el numeral 135 los siguientes medios de prueba:

“Artículo 135.- La Ley reconoce como medios de prueba:

I. La confesión;

II. Los documentos públicos y los privados;

¹²⁷ Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, op. cit., p. 12.

¹²⁸ Artículo 206. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 4 de septiembre de 2013, 10:08 PM.

- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y la judicial;
- V. Las declaraciones de testigos; y
- VI. Las presunciones.

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **todo aquello que se ofrezca como tal**, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

También se admitirán como prueba las **declaraciones de los servidores públicos** que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.¹²⁹

Como se observa, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es el único en enumerar los medios probatorios que reconoce la ley dividiéndolos en seis fracciones; razón por la cual se le dio énfasis al citarlo en materia local.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo de ambos códigos con el fin de vislumbrar los puntos concomitantes y divergentes de los medios de prueba.

MEDIOS PROBATORIOS	
CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL
Confesión	Confesión
Documentos	Documentos públicos y privados
Peritos	Los dictámenes de peritos
Inspección	La inspección ministerial y judicial
Testigos	Las declaraciones de testigos

¹²⁹ Artículo 135. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal [en línea]. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-9036c1b4f4fb8eb4d43425f5a7174ab4.pdf>, consultado el 4 de septiembre de 2013, 10:15 PM.

	Las presunciones
Confrontación	
Careos	
Comunicaciones privadas entre particulares	

Del cuadro comparativo se determina lo siguiente: ambos son concomitantes en las siguientes pruebas: confesión, inspección, pericial, testimonial y documentos.

A pesar de que el CPPDF no enuncie expresamente en su artículo 135 la reconstrucción de hechos, cateos y visitas domiciliarias, la confrontación y el careo, todas ellas están contempladas en otros capítulos; de igual forma el CFPP hace el mismo señalamiento sobre las pruebas referidas.

Las divergencias que existen en cada uno de ellos son: el CFPP admite como prueba las comunicaciones privadas entre particulares mientras que en el CPPDF no; asimismo el CFPP admite el cateo no como medio de prueba en específico sino que lo regula dentro del Título Primero “Reglas Generales para el Procedimiento Penal” pero no admite las visitas domiciliarias.

Por lo que respecta al CPPDF, reconoce como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, incluyendo aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia. También incluye como prueba las declaraciones de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones a fin de aportar elementos de prueba en la averiguación previa; mientras que, el CFPP no lo contempla.

2.7. Clasificación de los medios de prueba

Doctrinalmente cada jurista elabora su clasificación de los medios probatorios a partir de sus características. Esto significa que existen diversas clasificaciones, razón por la que se reseñarán las más importantes.

Una de las primeras y más vetustas clasificaciones que dominó en el mundo antiguo, fue trazada por Aristóteles y adoptada por Quintiliano, destacando la existencia de:

- **Pruebas artificiales:** son creaciones del hombre; a éstas pertenecen las deducciones, argumentaciones presunciones y semejantes.
- **Pruebas no artificiales:** también denominadas naturales son las que tienen existencia por sí, perteneciendo a ellas el *corpus criminis*, los testigos, documentos, etc. Son pruebas que además de existir por sí reflejan la realidad exterior e histórica.¹³⁰

Colín Sánchez elabora la clasificación de los medios probatorios atendiendo a diferentes aspectos: según sea el sujeto o sujetos a quien va dirigida, quién la proporciona y el resultado de la misma; denominándose:

- **Fundamentales o básicos.** Son aquéllos a través de los cuales puede lograrse el conocimiento de la verdad histórica, son informaciones de quienes, en alguna forma, adquieren experiencia sobre los hechos o sólo hacen algo relacionado con el procedimiento; lo cual se traduce en atestados referidos al pasado, cuyo conocimiento adquirieron fuera del proceso y que pueden recaer sobre conductas o hechos, personas, objetos y lugares (declaración del inculpado, de testigos o del denunciante).
- **Complementarios o accesorios.** La vida de estos medios depende de las pruebas fundamentales; tienen por objeto robustecer, clasificar, desentrañar dudas o contradicciones, cuestiones técnico-científicas de alguna rama del conocimiento u otros aspectos que aquéllas han dado lugar (careo, confrontación, inspección, reconstrucción de conducta o hecho y la peritación).
- **Mixtos.** Se caracterizan por contener elementos de los fundamentales o básicos y de los complementarios o accesorios (documentales).¹³¹

Por su parte, Benjamín Irigorri Díez ofrece la siguiente clasificación:

¹³⁰ Cfr. FLORIAN, Eugene, *op. cit.*, p. 176.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 480.

- **Reales.** Son los medios probatorios constituidos por cosas u objetos, tales como las huellas materiales del crimen, los documentos o escritos públicos y privados, el cadáver de la víctima, etc.; las cuales se obtienen por lo general mediante la inspección judicial que se realiza en el escenario de los hechos materia de la investigación.
- **Personales.** Las que tienen en la persona humana la fuente o elemento esencial de la prueba; por ejemplo: el testimonio, la confesión o declaración de parte y el dictamen del perito.
- **Históricas.** Las que sirven para comprobar el hecho con inmediata posterioridad a su ocurrencia; éstas son: la inspección judicial y el interrogatorio a testigos presenciales del delito.
- **Indirectas.** Son aquellas que no forman convicción por sí mismas, sino que necesitan de la comprobación de otro hecho que se interpone entre lo que se conoce y lo que se pretende conocer. El ejemplo más clásico corresponde al indicio, porque en su estimación deben probarse plenamente el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, para encontrar la fuerza vinculante del indicio.
- **Absolutorias y condenatorias.** Según se orienten a demostrar la inocencia del procesado o su culpabilidad. Los casos de legítima defensa así como el estado de necesidad son claro ejemplo de las absolutorias, mientras que las condenatorias concurren armónicamente a establecer la culpabilidad del procesado.
- **Simples.** Se denominan así las que por sí solas se entienden suficientes para demostrar un hecho.
- **Compuestas.** Se califican así cuando concurren varias pruebas: el dictamen pericial, que participa de la inspección de hechos y, fundado en la observación de ellos, deduce conclusiones científicas o técnicas.
- **Prueba libre.** Es la que depende de la elección del juez para acreditar el delito.
- **Pruebas perfectas.** Son aquellas que reúnen todos los requisitos legales para ser consideradas pruebas.

- **Pruebas imperfectas.** Son las que adolecen de vicios o irregularidades que impiden su valoración. También se les denomina *inválidas*, en contraposición a las válidas que han sido correctamente practicadas y en consecuencia deben valorarse en las decisiones judiciales.¹³²

Jorge Kielmanovich, ofrece la clasificación de los medios de prueba, tomando en consideración diversos aspectos:

1. Atendiendo a la relación del hecho objeto de la misma:
 - a) **Prueba directa:** el hecho percibido coincide con el hecho objeto o fuente de la prueba. En otras palabras, se trataría de la percepción inmediata del hecho principal de la pretensión o la defensa, sin ningún otro hecho (cosa o persona) que “intermedie” o se interponga para su representación en el proceso.
 - b) **Prueba indirecta:** el hecho percibido, *latu sensu*, no coincide con el hecho objeto de la prueba; el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho objeto de la prueba.
2. Según su función, los medios de prueba pueden clasificarse en pruebas históricas y críticas.
 - a) **Prueba histórica:** se produce la representación del hecho pasado objeto de la prueba mediante su reconstrucción.
 - b) **Prueba crítica:** el juez debe formular un juicio crítico o dialéctico para deducir tal hecho, y por lo tanto, predomina el raciocinio.
3. Sobre la base de su estructura, los medios de prueba pueden clasificarse en reales y personales.
 - a) **Pruebas reales:** están constituidas por una cosa.
 - b) **Pruebas personales:** recaen en una persona.
4. Según sus relaciones con otras pruebas, éstas pueden ser simples y compuestas o complejas.
 - a) **Pruebas simples:** son aquellas que pueden por sí solas llevar al juez la convicción sobre el hecho a demostrar, atendiendo al sistema de valoración que el ordenamiento en concreto establezca.

¹³² Cfr. IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, *op. cit.*, pp. 26-28.

- b) Pruebas complejas o compuestas:** requieren de su complementación por otras pruebas simples también “imperfectas”, no susceptibles de por sí para tener por acreditados los hechos en forma aislada, pero que reunidas llevan la certidumbre al ánimo del juzgador.
5. La prueba por su fin, se clasifica en:
- a) Prueba plena:** es la que basta por sí misma para decidir y tener por cierto el hecho afirmado.
- b) Prueba semiplena:** no alcanza por sí sola producir tal resultado.
6. Por el tiempo de su formación:
- a) Prueba preconstituida:** es la que antecede al proceso.
- b) Prueba circunstancial o casual:** se constituye en o durante el curso del proceso.¹³³

A su vez, Gustavo Alberto Arocena ofrece la siguiente clasificación sobre la prueba:

- a)** Atendiendo a su estructura son:
- **Pruebas personales.**
 - **Pruebas reales.**
- b)** Según que el elemento de convicción tienda a acreditar la acusación o a favorecer la defensa, la prueba es:
- **De cargo:** aquella que denota la existencia del delito.
 - **De descargo:** es la que demuestra la inocencia del acusado.
- c)** Teniendo en cuenta su idoneidad para demostrar la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado, o su inexistencia, se clasifica en:
- **Positiva.**
 - **Negativa.**
- d)** También se distingue:
- **Prueba sobre el hecho de fondo:** los elementos de convicción tienen por objeto el hecho contenido en la acusación y sus circunstancias.

¹³³ Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L., *op. cit.*, pp. 30-33.

- **Prueba sobre el hecho incidental:** el material de comprobación se refiere a hechos que fundamentan un incidente o un artículo del proceso.

e) Por último; corresponde a la autoría de Bentham la siguiente clasificación:

- **Prueba directa:** es la que exhibe el hecho mismo en que consiste el delito o un elemento de él.
- **Prueba indirecta:** aquella cuando el dato consiste en algo distinto al hecho mismo, pero que hace posible inferirlo con auxilio del raciocinio.¹³⁴

Finalmente, el maestro Pedro Hernández Silva establece la clasificación de las pruebas en dos grandes grupos:

- **Pruebas originarias:** son la confesional, la documental y la testimonial, incluyendo dentro de esta última a la confrontación y al careo.
- **Pruebas perfeccionadoras:** son la prueba pericial y la inspección (donde también se considera la reconstrucción de hechos).¹³⁵

Concerniente a lo anterior se constata lo siguiente: doctrinalmente no hay unificación en la clasificación de la prueba pues está de más afirmar que los criterios de los juristas son diversos y por tanto, cada uno de ellos aporta ideas diferentes. Sin embargo, es evidente que cualquier clasificación que se adopte, en la actualidad predomina la división más general, esto es, la que divide a los medios probatorios atendiendo a la base de su estructura en pruebas personales (testigos, peritos y las partes litigantes) y pruebas reales (todos los demás recursos probatorios).¹³⁶

Además como concluye Döhring la principal razón que existe entre las diferentes clasificaciones de la prueba es que “inclusive en la división de pruebas personales y reales existen transiciones y puntos de confluencia que no hacen tan nítido o radical el deslinde de una y otra especie.”¹³⁷ Motivo por el que se infiere que las pruebas personales no son perfectas pues son las más susceptibles de

¹³⁴ Cfr. AROCENA, Gustavo Alberto, *et al.*, *op. cit.*, pp. 23-25.

¹³⁵ Cfr. ORIZABA MONROY, Salvador, *op. cit.*, pp. 56-76.

¹³⁶ Cfr. IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, *op. cit.*, pp. 28.

¹³⁷ *Idem.*

ser objetables y en las que concurren vicios que la afectan, tales como la coacción física o moral , el error, la obligación de guardar el secreto profesional, entre otros.

2.8. Medios de prueba en particular

Como se reseñó con anterioridad, los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal reconocen como medios de prueba: la confesional, la testimonial, la pericial, la documental, la inspección (ministerial o judicial) y la presuncional; asimismo considera también como pruebas la reconstrucción de hechos, los careos, visitas domiciliarias, la interpretación y la confrontación.

En este contexto, se describirá sucintamente en qué consiste cada una de ellas así como su valor jurídico.

2.8.1. Prueba Confesional

Derivada del latín *confessio* “significa etimológicamente declaración que uno hace de lo que sabe, bien sea espontáneamente o a pregunta de otro; o reconocimiento que hace una persona, contra ella misma, de la verdad de un hecho.”¹³⁸

El artículo 207 del CFPP establece que la confesión “es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”¹³⁹

¹³⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 467.

¹³⁹ Artículo 207. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 9 de septiembre de 2013, 8:27 AM.

En términos generales, la confesión es aquella declaración del imputado rendida frente a la autoridad ministerial o jurisdiccional, en la que acepta su participación y responsabilidad en la comisión del hecho ilícito.

2.8.1.1. Clasificación de la confesión

La confesión se clasifica de acuerdo con la autoridad ante quien se emite, por lo que será *ministerial* o *extrajudicial* cuando se rinda ante el Ministerio Público en la etapa de investigación; y será *judicial* cuando se formule ante el órgano jurisdiccional (juez).

Además del criterio anterior, existe otro que la divide en *confesión lisa o llana* y *confesión calificada*. En la primera el imputado hace el reconocimiento de su culpabilidad; y en la confesión calificada acepta su participación en el hecho delictivo pero al mismo tiempo arguye alguna causa de exclusión del delito o intenta aminorar la pena.

La confesión calificada a su vez se divide en *divisible* e *indivisible*. La divisible es “cuando el confesante no logra comprobar los hechos que lo eximen de la responsabilidad o disminuyen su pena.”¹⁴⁰ En la indivisible “el acusado acredita plenamente las excluyentes y atenuantes que ha referido.”¹⁴¹ Por lo tanto, la confesión calificada indivisible debe tomarse en su integridad y no podrá fraccionarse.

2.8.1.2. Confesión ficta

Este tipo de confesión es propia del proceso civil, no obstante en el proceso penal no es reconocida porque proviene de la frase “el que calla otorga”, lo que conlleva a una confesión lisa y llana en la aceptación de los hechos. A su vez, la confesión ficta viola el principio de inocencia reconocido universalmente, mismo que garantiza el reconocimiento de inocencia del imputado hasta en tanto, no se compruebe su culpabilidad.

¹⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, IURE editores, México, 2003, p. 151.

¹⁴¹ *Ídem*.

2.8.1.3. Requisitos

Para que la confesión tenga validez, debe ser realizada por un sujeto cien por ciento imputable y sin que medie ningún tipo de presión, coacción, violencia (física, moral o psicológica); quien la efectúa debe hacerlo con el conocimiento que implica el procedimiento, declarando directamente en su contra y aceptando las consecuencias jurídicas.

2.8.1.4. Valoración

El artículo 287 del CFPP, solo enlista los requisitos a seguir para calificar el valor, obligando solamente a la autoridad a fundar y motivar su valoración.

También señala expresamente que el Ministerio Público está impedido para ejercer acción penal cuando tenga como única prueba la confesión; de igual forma, determina que la Policía Judicial tiene facultades para rendir informes pero nunca para obtener confesiones.

Esta probanza se sitúa en el sistema probatorio mixto, pues por un lado le da libertad al juez para valorarla, y por el otro lo tasa al señalarle el valor de indicio.

2.8.1.5. Retracción

Significa el desconocimiento de la declaración o confesión hecha con anterioridad. Aquí se toman en consideración los motivos que llevaron al sujeto a retractarse y la relación coexistente entre ésta y el proceso en general; pues es posible promover nuevas diligencias.

2.8.2. Prueba Testimonial

En su acepción etimológica, testimonio deriva del latín *testimonialis* que significa “aseveración o atestación de una cosa.”¹⁴² Mientras que testigo proviene de *testiguar* “persona que da testimonio de una cosa, o lo atestigua; persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa.”¹⁴³

Testigo “es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza.”¹⁴⁴ El testigo se caracteriza porque siempre recae en una persona física; ya que las personas morales pueden emitir informes pero nunca testificar. Igualmente el testigo es considerado un tercero obligado a informar a la autoridad jurisdiccional la probable comisión de un delito que ha percibido con sus sentidos.

Así, la prueba testimonial consiste en la declaración que realizan los testigos convocados ya sea por el inculpado, el Ministerio Público o por el Juez a fin de contribuir al esclarecimiento de la verdad histórica; probanza que debe versar sobre los hechos acontecidos durante el delito.

Para fungir como testigo el CFPP en su artículo 289 señala como requisitos: edad, capacidad e instrucción y criterio necesario para juzgar el acto; probidad, independencia de su posición e imparcialidad; que el hecho conocido sea susceptible de conocerse por sus sentidos y no por inducciones ni referencias de otros; que la declaración sea clara y precisa; y que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo.

De esta forma, se vislumbra que el llamado *testigo de oídas* queda completamente vedado de la legislación mexicana, en virtud de que el testigo se caracteriza por percibir los hechos con sus propios sentidos. Al respecto la Suprema Corte define en la siguiente jurisprudencia al testigo de oídas y lo diferencia del testigo presencial:

“TESTIGO DE OIDAS. Por testigo de oídas debe entenderse a aquel que no conoce por sí mismo los hechos sobre los que depone,

¹⁴² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 478.

¹⁴³ *Ídem.*

¹⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *op. cit.*, p. 1042.

sino que es informado de ellos por una tercera persona, en cambio testigo presencial es aquel que declara respecto de hechos que percibió, habiendo sido su fuente de información directa y personal.”¹⁴⁵

Por tanto, el testigo de oídas nunca conocerá los hechos relativos al delito por sus propios sentidos sino a través de un tercero, mientras que el testigo presencial declarará acerca de lo que observó; en consecuencia, la declaración del mal llamado “testigo de oídas” que técnicamente la SCJN lo denomina “declarante por referencia de terceros” no tiene valor jurídico al incumplir uno de los requisitos esenciales de los testigos.

2.8.2.1. Clasificación de testigos

Los testigos se clasifican en:

- *Directos*. Son aquellos que han presenciado por sí mismos los hechos.
- *Indirectos*. Adquieren el conocimiento a través de terceros o por otros medios.
- *Judiciales y extrajudiciales*. Atienden al momento procesal en que rinden su declaración, ya sea fuera o dentro del proceso.
- *De cargo o descargo*. Los primeros son aquellos que declaran en contra del inculpado; mientras que los segundos a su favor.¹⁴⁶

2.8.2.2. Obligatoriedad de los testigos

Toda persona que ha presenciado la comisión de un hecho delictivo está obligada a informarlo mediante declaración ante el órgano jurisdiccional sin importar edad, sexo, condición social o antecedentes.

Para ello, la autoridad judicial debe dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el CFPP, Título Sexto, Capítulo V “Testigos”, que a grandes rasgos son:

¹⁴⁵ Tesis: VI.2o. J/69, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, octubre de 1996, p. 478.

¹⁴⁶ Cfr. BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 511.

- a) Se deberá informar a los testigos de las penas que acarrea la falsedad de declaraciones, o negarse a declarar.
- b) Se les tomará protesta de decir verdad y se les preguntarán sus generales y si mantienen algún vínculo con alguna de las partes, de cualquier naturaleza.
- c) Los testigos deberán declarar de viva voz.
- d) El Juez, el Ministerio Público, el inculpado, el defensor, la víctima o los ofendidos podrán interrogar al testigo.
- e) El Juez tiene la potestad de desechar algunas preguntas que considere impertinentes o inconducentes, ya sea por su propia estimación o a petición de alguna de las partes.
- f) Las declaraciones deben redactarse con claridad, transcribiendo lo más fielmente posible lo dicho por el testigo, quien podrá dictar o escribir su declaración (aunque en la práctica casi siempre se hace de viva voz).
- g) Al finalizar el testigo leerá su declaración para que la ratifique o la enmiende y después la firmará.
- h) Los casos especiales que se presentan es cuando se examina a altos funcionarios de la Federación; en este caso la diligencia se realizará en su domicilio u oficina; o el testimonio podrá rendirse por medio de oficio. Otro caso especial es cuando el testigo es ciego, sordo, mudo o ignore el idioma castellano.¹⁴⁷

2.8.2.3. Valoración

Acorde al artículo 289 del CFPP, el juez debe considerar:

- I.- Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;
- II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

¹⁴⁷ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 155 y 156.

III.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.”¹⁴⁸

Al igual que en la prueba confesional la ley procesal no asigna al testimonio el valor de prueba plena y sólo la considera un indicio, puesto que en el testigo pueden influir cuestiones subjetivas como la exageración, el error, el olvido e incluso la falsedad de declaración (muy a pesar de la toma de protesta de “decir verdad”), entre otras.

La SCJN ha establecido jurisprudencialmente lo siguiente:

“PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL CUANDO LOS HECHOS SE CONOCEN POR REFERENCIA DE TERCEROS. SU VALORACIÓN. El artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que para apreciar la prueba testimonial, el juzgador debe considerar que el testigo: a) tenga el criterio necesario para juzgar el acto; b) tenga completa imparcialidad; c) atestigüe respecto a un hecho susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro sujeto; d) efectúe la declaración de forma clara y precisa, sin dudas ni reticencias sobre la sustancia del hecho ni sobre las circunstancias esenciales; y, e) no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en una declaración testimonial se aportan datos relevantes para el proceso penal, unos que son conocidos directa o

¹⁴⁸ Artículo 289. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 14 de septiembre de 2013, 7:52 AM.

sensorialmente por el deponente y otros por referencia de terceros -y que, en consecuencia, no le constan-, el relato de los primeros, en caso de cumplir con los demás requisitos legalmente establecidos, tendrá **valor indiciario**, y podrá constituir prueba plena derivado de la valoración del juzgador, cuando se encuentren reforzados con otros medios de convicción, mientras que la declaración de los segundos carecerá de eficacia probatoria, por no satisfacer el requisito referente al conocimiento directo que prevé el citado numeral.”¹⁴⁹

Por ende, se ratifica que el testimonio es un indicio y podrá ser prueba plena cuando el juzgador lo valore como tal o en su caso, adquiera fuerza probatoria mediante la concatenación de otros medios de prueba. En tanto, el “testigo de oídas” carece de valor probatorio por no ajustarse a los requisitos previamente establecidos en la ley.

2.8.2.4. Diferencias con la confesión

La confesión se refiere a hechos propios del confesante, debe rendirse voluntariamente y sólo puede realizarlo una persona mayor de edad. La confesión carece de protesta legal para conducirse con verdad y a efecto de ser válida es necesaria la presencia del defensor.

En cambio, el testimonio contiene hechos ajenos al testigo y por lo tanto existe la obligación legal de declarar; a diferencia de la confesión el testigo puede ser menor de edad quienes son exhortados para conducirse con verdad.

En este supuesto, no es requisito fundamental que el testigo sea asistido por el defensor.

¹⁴⁹ Tesis: 1a./J. 81/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 356.

2.8.3. Careo

El careo “es la colocación cara a cara de dos sujetos que intervienen en el proceso con fines probatorios.”¹⁵⁰

En este contexto, el careo es una garantía constitucional que no se constituye como medio de prueba sino es un medio complementario “debido a que es necesaria la existencia de una declaración de cargo en contra del inculpado”,¹⁵¹ puesto que, existiendo ésta el acto procesal es susceptible de realizarse a cargo del juez y los sujetos procesales (con excepción del Ministerio Público y peritos, quienes no pueden ser careados).

Con base en lo anterior, cabe precisar que para darse el careo se necesitan al menos dos declaraciones contradictorias, pues su finalidad reside en poner cara a cara a los deponentes.

2.8.3.1. Clases

Existen tres tipos de careos: el constitucional, el procesal y el supletorio.

- *Constitucional*: es una garantía del inculpado porque así lo establece el artículo 20 constitucional, quien podrá carearse en presencia del juez con quien deponga en su contra, salvo los casos en que se trate de menores de edad o cuando el delito sea violación o secuestro.
- *Procesal*: se lleva a cabo cuando hay contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, sin que sea necesaria la participación del inculpado.
- *Supletorio*: aún vigente en el artículo 268 del CFPP, es el que se realiza en ausencia de alguno de los careados, es decir, se careará al presente físicamente con la declaración escrita del ausente, enfatizando los puntos conflictivos.

¹⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *op. cit.*, p. 1096.

¹⁵¹ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 524.

2.8.4. Prueba Pericial

Perito deriva del latín *peritia* que “se refiere a pericia (habilidad, sabiduría).”¹⁵²

Perito se define como “un sujeto necesario de la relación procesal, que por medio de sus conocimientos especializados, suministra a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia, la forma y medios de interpretar y apreciar los hechos que son sometidos a su pericia.”¹⁵³

Entonces el perito es un tercero, erudito en materias científicas, técnicas o artísticas, quien debe contar con título oficial en la ciencia o arte; y tratándose de cuestiones prácticas el perito será práctico. Son ellos quienes tienen la encomienda suministrar conocimiento al juez acerca de lo que aprecian y examinan a través de las conclusiones que plasman en el documento oficial denominado peritaje.

2.8.4.1. Clases de peritos

La ley adjetiva reconoce tres clases de peritos:

- 1) *Oficial*: son personas designadas por la autoridad ministerial o por el órgano jurisdiccional, que desempeñan ese empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo; o bien, son personas que prestan sus servicios en dependencias del Gobierno Federal, en Universidades del país, o que pertenecen a Asociaciones de Profesionistas reconocidas en la República.
- 2) *Particular*: es el propuesto por las partes (inculcado u ofendido). El órgano jurisdiccional lo aceptará siempre y cuando cumpla cabalmente con los requisitos establecidos en el código procesal.
- 3) *Tercero en discordia*: Cuando las opiniones de los peritos discordaren, el funcionario que practique las diligencias los citará a junta en la que se discutirán los puntos de diferencia, haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión. En este sentido, el perito en discordia podrá emitir

¹⁵²LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 162.

¹⁵³HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, op. cit., p. 501.

con toda libertad un dictamen, sin que esté obligado en coincidir o verificar alguno de ellos.

2.8.4.2. Valoración

La legislación deja plena libertad al juez para valorar esta prueba, pues más que un medio probatorio es un medio subsidiario para la valoración de una prueba o para la respuesta a una duda.

La Corte establece sobre el valor de la prueba pericial lo siguiente:

“PERITOS. VALOR DE SUS DICTÁMENES. El juzgador disfruta de las más amplias facultades para valorar los dictámenes, incluso de los de carácter científico, y si bien es verdad que las partes tienen derecho a designar el suyo, cuando no lo hacen y no objetan durante el proceso el dictamen del perito oficial, tácitamente se han conformado con él.”¹⁵⁴

En esta tesitura, la libertad del juez para valorar los dictámenes se limita por cualquiera de las partes, toda vez que ellas tienen derecho a designar un perito particular o a impugnar el dictamen oficial; y en caso de no hacerlo se entiende formalmente aceptada la prueba.

2.8.5. Intérprete y Traductor

Interpretar “es traer al lenguaje castellano algo que se encuentra expresado de otra manera.”¹⁵⁵

Intérprete “es el sujeto procesal auxiliar (intérpretes) capacitado para entender y traducir ya sea idiomas o mímicas especiales.”¹⁵⁶

Esta “prueba”, se da cuando el denunciante, víctima, ofendido, procesado o los testigos (de cargo o de descargo) son extranjeros o pertenecen a algún grupo étnico indígena y consecuentemente no conocen el idioma castellano; o en su

¹⁵⁴ Tesis: VI.2o. J/3, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. I, mayo de 1995, p. 272.

¹⁵⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 499.

¹⁵⁶ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 541.

caso, se trata de personas con alguna deficiencia física (sordos, mudos, ciegos, etc.). También se utiliza para traducir un documento en idioma diferente al castellano.

Aunque el CFPP no regula la interpretación en el capítulo de las pruebas sí lo hace dentro del capítulo de las reglas generales para el procedimiento penal (artículos 28 a 32).

En el diario vivir, la función de los intérpretes se asemeja a la de los peritos sin embargo, es erróneo porque la tarea del intérprete es traducir lo que el sujeto dice verbal o mímicamente y, el perito aporta conocimientos técnicos especializados en alguna ciencia, arte u oficio a través del dictamen que incluye conclusiones. En consecuencia, el intérprete y/o traductor no se consolidan como prueba sino como medios auxiliares para entender lo expresado en otro idioma, por mímicas o el contenido de un documento.

2.8.6. Inspección

La inspección o reconocimiento judicial consiste “en el examen y la descripción que hace el juez personalmente de cualquier cosa física relacionada con el ilícito.”¹⁵⁷

Así, la inspección no solo concierne a cosas físicas, también están involucradas personas, cosas, lugares, huellas y otros efectos materiales del delito, tomando en cuenta que la ley autoriza expresamente a inspeccionar todo aquello que pueda apreciarse por la autoridad que conozca del asunto.

2.8.6.1. Clasificación

Procesalmente existen dos tipos de inspección:

- Extrajudicial o ministerial: como su nombre lo indica es la que realiza el Ministerio Público durante la investigación; y
- Judicial: la lleva a cabo el órgano jurisdiccional durante el proceso.

¹⁵⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 170.

2.8.6.2. Valoración

Cuando la inspección se efectúa con estricto apego a la ley tiene un valor probatorio pleno.

2.8.7. Cateo

La CPEUM en su artículo 16 garantiza la inviolabilidad del domicilio, sin embargo el cateo puede ejecutarse cuando exista mandamiento escrito de la autoridad competente en el que funde y motive la causa legal del procedimiento; siendo ésta la única forma de ingresar al domicilio de cualquier ciudadano. Este mandamiento alude específicamente a la orden de cateo.

De este modo, el cateo es “la orden escrita emanada de una autoridad judicial, para penetrar a un lugar cerrado, con alguna de estas finalidades: aprehender a una o varias personas, buscar un objeto o inspeccionar un lugar.”¹⁵⁸

El cateo es considerado una forma de inspección pero el Ministerio Público carece de facultad para realizarlo, únicamente la autoridad jurisdiccional tendrá la facultad de obsequiar órdenes de cateo, en las que detalle el lugar a catear, la o las personas que se aprehenderán y los objetos que se buscan.

2.8.7.1. Valoración

Al igual que la inspección, el cateo hará prueba plena siempre que se cumplan las formalidades de los preceptos legales.

2.8.8. Confrontación

“Del latín *cum*, con y *frons*, la frente, quiere decir cotejar, comparar, contrastar para identificar a una persona.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 511.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 496.

La confrontación o reconocimiento de personas es un medio de prueba auxiliar del testimonio, consiste en la declaración que realiza un testigo sobre el inculpado sin poder dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero manifestando la capacidad de poder hacerlo si se lo presentaren; o bien, cuando el declarante asegure conocer a la persona o hubieren motivos para sospechar que no la conoce.

En el argot jurídico se conoce como *rueda de presos*, es el acto procedimental que se realiza en diligencia especial donde se presentan a diversos indiciados y el denunciante, víctima u ofendido y/o testigos identifican al procesado, con el fin de despejar dudas o imprecisiones de la declaración.

2.8.9. Reconstrucción de Hechos

La reconstrucción de hechos “es la reproducción artificial del delito, de alguna fase o circunstancia de importancia del mismo, realizada por orden del juez, en su presencia y la de las partes, por una persona elegida por él o por el mismo procesado, a fin de darse cuenta de la verosimilitud o inverosimilitud de algunos extremos narrados, por los testigos o el inculpado o simplemente conjeturados.”¹⁶⁰

En este contexto, el objeto de la reconstrucción es la reproducción del hecho ilícito, atendiendo a las narraciones de los testigos, conclusiones de los peritajes y demás pruebas que tenga el juez a su alcance; practicándose a la hora y lugar preciso en que se cometió el delito.

2.8.10. Prueba Documental

Etimológicamente documento “proviene del vocablo latín *docere*, enseñar, y *documentum*, título o prueba escrita.”¹⁶¹ En otras palabras el documento es la materialización de cualquier pensamiento o hecho humano.

¹⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *op. cit.*, p. 960.

¹⁶¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 181.

Desde el punto de vista procesal es el escrito donde se plasma un acto, una disposición o un convenio que a su vez puede tener consecuencias jurídicas. Debido a los avances científicos no solo se considera como documento al papel sino también a las películas, videograbaciones, cintas magnéticas, discos compactos o cualquier otro dispositivo.

2.8.10.1. Clasificación de los documentos

Aunque el CFPP no establece la clasificación de los documentos en públicos y privados, si describe en el artículo 281 como documentos públicos a los que señala el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) o cualquier otra ley de carácter federal.

De este modo, el CFPC describe en el artículo 129 qué documentos se reputan de públicos:

“Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes.”¹⁶²

Con base en lo anterior, el documento público hará prueba plena siempre que cumpla los requisitos establecidos en la ley; de igual modo no hay necesidad de legalizar documentos expedidos por autoridades de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal y Territorios o de los Municipios, como lo expresa el numeral 130 del CFPC ya que satisfacen el requerimiento de ser expedidos por funcionarios públicos investidos de fe pública.

¹⁶² Artículo 129. Código Federal de Procedimientos Civiles [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>, consultado el 20 de septiembre de 2013, 9:54 PM.

En cambio, son documentos privados los que no reúnen las características referidas con anterioridad; tal como lo expresa el artículo 133 de la ley adjetiva mencionada.

2.8.10.2. Valoración

En el ámbito federal, el artículo 280 del CFPP otorga el carácter de prueba plena a los documentos públicos; y tratándose de documentos privados, no establece valor alguno. Sin embargo, el CPPDF señala en el artículo 251 que las documentales privadas harán prueba plena siempre que su autor las reconozca o cuando no hubieren sido objetados por alguna de las partes. Asimismo, el artículo 252 del CPPDF establece que los documentos privados reconocidos por testigos serán considerados testimoniales.

Aunque en la ley se manifieste valor pleno a la documental privada, por lo general siempre se les considera únicamente indicios.

2.8.11. Correspondencia Particular del Procesado

Este tipo de correspondencia sólo podrá recogerse cuando el Ministerio Público considere que en ella puede encontrarse prueba del delito, solicitando al juez su recolección.

El juez tendrá a su cargo la lectura de la correspondencia y la devolverá al acusado cuando considere que no hay relación con el hecho delictivo, en caso contrario, se anexará al expediente.¹⁶³

2.8.12. Prueba Presuncional

También llamada *prueba indiciaria o circunstancial*, es la que se integra con un conjunto de indicios o circunstancias concatenadas entre sí; y que constituyen

¹⁶³ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 185.

una relación-causal materia de un juicio lógico o basado en el raciocinio, accediendo de la verdad conocida a la que en realidad se busca.

Con relación a la prueba presuncional, la SCJN emite la siguiente tesis aislada en materia penal:

“PRUEBA PRESUNCIONAL. SU EXISTENCIA DEPENDE DE DATOS OBJETIVOS APORTADOS AL PROCESO (INDICIOS), CON LOS CUALES LA APLICACIÓN LÓGICA DE LAS LEYES DE LA RAZÓN PUEDA TENER SENTIDO. Las leyes de la razón no pueden sino entenderse conforme a los postulados de la lógica elemental. En ese sentido, *la presunción será la interpretación lógica de los hechos conocidos que únicamente admite la aplicación de las leyes de la razón*, lo cual conlleva a la obtención de un resultado razonado y razonable desde el punto de vista del pensamiento lógico, es decir, un significado o esencia que, según la razón, corresponde o deriva de los hechos conocidos. Por consiguiente, la presunción no existe por sí, sino que depende de la existencia de datos objetivos aportados al proceso (indicios), con los cuales la aplicación lógica de las leyes de la razón pueda tener sentido.”¹⁶⁴

Aunque no se trata de una jurisprudencia, el criterio es susceptible de tomarse como referencia, en virtud de establecer que la existencia de la presunción depende al cien por ciento del conjunto de datos objetivos que han sido aportados legalmente al proceso, para darles el tratamiento lógico que merecen los hechos conocidos.

2.9. Sistemas de determinación de los medios de prueba

Procesalmente existen dos sistemas para la determinación de los medios probatorios, los cuales se refieren a la libertad o no de los medios de prueba; denominándose sistema taxativo o de *numerus clausus* y sistema libre o de *numerus apertus*.

¹⁶⁴ Tesis: II.2o.P.210 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 1517.

Es necesario evitar la confusión que se da entre los sistemas de determinación de la prueba y los sistemas probatorios (tasado, libre apreciación y mixto), toda vez que los primeros aluden a la libertad de elección de los medios de prueba; mientras que los sistemas probatorios están vinculados con la estimación o apreciación de la prueba, más concretamente con su valoración.

2.9.1. Sistema taxativo o de *numerus clausus*

Consiste en que es la propia norma procesal la que señala expresamente cuáles son los medios de prueba, caracterizándose “por su forma permanente, inalterable e invariable y cuyo valor está previamente establecido.”¹⁶⁵

La justificación a dicho sistema se basa en la certidumbre que ofrecen los medios y que han sido previamente establecidos por el legislador, por lo que no es viable la utilización de otros medios de prueba.

2.9.2. Sistema libre o de *numerus apertus*

El sistema *numerus apertus* también enumera los elementos de prueba que deben considerarse como tal pero a diferencia del anterior lo hace enunciativamente, sin excluir algún otro medio que no esté mencionado expresamente.

Así, el juzgador “tiene la facultad de admitir un elemento probatorio que considere necesario para la consecución del fin del proceso.”¹⁶⁶

Bajo este contexto, el sistema penal mexicano antes y después de la reforma constitucional de 2008 contempla el sistema *numerus apertus*, con base en lo que enuncia el artículo 20 “se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca (...).”¹⁶⁷

¹⁶⁵ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶⁶ *Ídem*.

¹⁶⁷ *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia* [en línea]. Disponible: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/66/1/images/guia%5B1%5D.pdf>, consultado el 28 de septiembre de 2013, 11:18 AM., p. 21.

2.10. Sistemas probatorios

El maestro Julio Hernández Pliego señala que un sistema probatorio “es el conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el enjuiciamiento y su forma de evaluarlas.”¹⁶⁸ Lo cual significa que es el sistema probatorio vigente el que dará la pauta para saber qué medios de prueba pueden ser admitidos dentro del proceso y cuál será el valor demostrativo que representen en su conjunto.

La legislación mexicana distingue tres sistemas probatorios: el tasado, libre y mixto.

2.10.1. Tasado

El sistema tasado o sistema de la prueba legal deviene del Derecho Canónico y Germánico. Consiste en que el legislador determina los medios de prueba válidos para el proceso y asimismo le imprime valor a cada uno de ellos.

De este modo, la actividad probatoria se basa en la recolección que realiza el juez instructor de las pruebas durante el proceso vinculando al procesado con el hecho delictivo a través de la indagatoria, pues este último es quien debe aclarar los hechos imputados; por tanto la carga de la prueba recae en su persona.

Otra característica del sistema legal, es su utilización “en Estados con un régimen de gobierno dictatorial”¹⁶⁹ donde impera la desconfianza judicial y con ello el abuso de métodos inhumanos como el tormento y la tortura.

Su principal justificación reside en sustentar la verdad formal y “evitar la ignorancia y los errores en que pueden incurrir los jueces.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 452.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 453.

¹⁷⁰ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, [en línea]. Disponible: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf, consultado el 30 de septiembre de 2013, 8:15 PM, p. 102.

2.10.2. Libre

Denominado de libre valoración o libre convicción, surge como reacción al sistema legal.

Se fundamentó en la búsqueda de la verdad material y se caracterizó por admitir cualquier medio de prueba ofrecido por las partes. Con relación a la estimación de la prueba, el Tribunal valoraba en el momento procesal oportuno “conforme a los dictados de su conciencia”,¹⁷¹ sin sujeción a ninguna regla y sin estar obligado a explicar las razones de su decisión. Este sistema estaba encabezado por el Jurado Popular y es propio del sistema acusatorio que existió en el mundo antiguo.

2.10.3. Mixto, intermedio o ecléctico

Se identifica por ser una combinación de los anteriores, es decir, la ley adjetiva especifica las pruebas junto con su valor, no obstante el juzgador puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba si a su juicio se constituye como tal atendiendo siempre a la pertinencia, utilidad y legalidad. Por lo que se refiere a su valoración, en algunos medios existen reglas para fijar el valor en la ley, mientras que en otros hay libertad para ello.

Concatenado a lo anterior, coincido con el maestro Barragán al aseverar que “en México, el sistema probatorio es mixto con tendencias al sistema libre en cada reforma a las leyes adjetivas.”¹⁷² Puesto que los Códigos de Procedimientos Penales (artículos 279 y 290 del CFPP y 246 y subsiguientes del CPPDF); establecen la valoración de la prueba con base en la sana crítica.

La **sana crítica** se basa en la posibilidad de acreditar la verdad o falsedad del hecho delictivo a través de cualquier medio de prueba útil, gozando el juez de absoluta libertad para otorgarles valor pero obligándolo simultáneamente a sustentar las razones que lo llevaron a valorarlas o a desecharlas.

¹⁷¹ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 475.

¹⁷² *Ídem.*

Es decir, la sana crítica se cimenta en el principio de libertad de prueba o principio de prueba libre, el cual exige acatar los siguientes requisitos: legalidad en los medios de prueba así como el cumplimiento de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y la psicología.

De esta manera, el juzgador no realizará una apreciación arbitraria sino por el contrario obtendrá una decisión en la que se cumplan los principios antes mencionados; toda vez que el juez motivará el procedimiento intelectual sobre la valoración de las probanzas; exteriorizando las razones en las que fundamentó su fallo.

De lo anterior, se estima que el sistema libre referido concretamente a la *Sana Crítica* es el sistema probatorio ideal, propio del Sistema Acusatorio donde se exige como requisito *sine qua non* el cumplimiento de la oralidad y como también lo señala Florián “porque es el único que puede adaptarse a la inmensa variedad de los hechos humanos, que excluye el juicio apriorístico.”¹⁷³

2.11. Valoración de las pruebas

En el sistema procesal mexicano la valoración de las pruebas se da cuando llega el fin del proceso, periodo en que cada parte ha ofrecido su diversidad de pruebas y en el que convergen dos verdades diferentes y antagónicas, pues por un lado la víctima u ofendido exteriorizan su verdad acerca de la existencia del delito, exigiendo simultáneamente la reparación del daño y, por otro lado el imputado junto con su defensor intentan demostrar la inexistencia del hecho delictivo.

Sin importar la existencia de dos verdades o más, el juez es quien determina con arreglo a los hechos comprobados cuál es su eficacia dentro del proceso, ya que como se ha afirmado la verdad es solo una.

En este orden de ideas, el maestro Silva dice que “la valoración o apreciación de la prueba es el proceso intelectual que consiste en una

¹⁷³ FLORIAN, Eugene, *op. cit.*, p. 180.

interpretación individual e integral de los resultados, que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas.”¹⁷⁴

Por otro lado, Colín Sánchez afirma que “es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación (relación de unas cosas con otras), para obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda), y a la personalidad del delincuente (certeza).”¹⁷⁵

Con base en lo anterior, es evidente que ambos autores coinciden en establecer que la valoración de las pruebas se realiza en forma conjunta y nunca individualmente, ya que es la pluralidad de pruebas la que permite crear certeza jurídica y esclarecer los hechos. Además la multiplicidad de pruebas son las que proporcionan la unidad del *thema probandi*.

Por esta razón, se dice que la labor del juez se asemeja a la del historiador.

2.11.1. Sujetos procesales que valoran la prueba

En nuestro sistema penal la prueba es valorada por los órganos jurisdiccionales, específicamente compete a los jueces de primera y segunda instancia; efectuándose en diversas etapas procedimentales (orden de aprehensión o presentación, incidentes, auto de plazo constitucional, etc., pero fundamentalmente en la sentencia).

En lo que se refiere a la etapa de investigación, es la autoridad ministerial quien realiza la valoración de las pruebas, pues con ellas da sustento al ejercicio o no ejercicio de la acción penal. Asimismo valora pruebas en el juicio al rendir sus conclusiones (acusatorias la mayoría de las veces) ante el juez.

También la defensa y el procesado, valoran pruebas al presentar sus conclusiones o agravios.

Empero, la valoración trascendental es la que realiza el juzgador pues en él recae la decisión del fallo.

¹⁷⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Oxford, México, 1995, p. 556.

¹⁷⁵ BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto, *op. cit.*, p. 476.

2.11.2. Resultado de la valoración

La valoración de la prueba es susceptible de conducir a los siguientes resultados:

Certeza: es cuando existe una firme convicción de haber reconstruido conceptualmente y acreditado la verdad, ya en los aspectos positivos o negativos del delito; en los primeros el resultado sería la pena y en los segundos la absolución del procesado. Por lo tanto se excluye de toda duda razonable.

Duda: “se da cuando concurren, con igual fuerza probatoria, motivos afirmativos y motivos negativos para creer que algo existió.”¹⁷⁶ Es decir, se homologan de igual forma tanto la existencia como la inexistencia del delito y por tanto se da un *estado de oscilación*,¹⁷⁷ en el que el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no. En este caso impera el principio *in dubio pro reo*, porque si la pluralidad de pruebas provoca incertidumbre el juzgador de igual forma está obligado a resolver y bajo esta circunstancia debe absolver.

¹⁷⁶ AROCENA, Gustavo Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁷ *Ídem*.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

3.1. Principios rectores del Proceso Penal Acusatorio y Oral

Derivado de la reforma constitucional de 2008, el artículo 20 de la Carta Magna establece en su proemio las reglas esenciales del nuevo proceso penal **acusatorio y oral**; proclamando cinco principios rectores constitutivos del modelo mexicano: *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*.

De igual modo, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) publicado el pasado cinco de marzo del año en curso (a casi seis años de la reforma);¹⁷⁸ contempla en el artículo 4° los principios mencionados, adhiriendo aquellos previstos en Tratados y demás leyes.

De lo previsto en los ordenamientos anteriores, es imprescindible enfatizar que los aludidos principios rectores constituyen la base del debido proceso y a su vez están regulados en Tratados Internacionales de los que México forma parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

Con base en lo anterior, se explicarán los principios de proceso penal acusatorio y oral.

3.1.1. Oralidad

Este principio se fundamenta en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IV que a la letra indica:

“IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos

¹⁷⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 05 de marzo de 2014, 11:45 AM.

probatorios se desarrollará de manera **pública, contradictoria y oral.**¹⁷⁹

La esencia del proceso penal acusatorio es la *oralidad*, por ser el instrumento que explota efectiva y eficazmente la comunicación y contención entre las partes procesales, a través de la constante confrontación y el examen cruzado.

La importancia de la oralidad se basa en el desarrollo del lenguaje como el primer modo de comunicación entre los seres humanos desde la historia de la humanidad, destacándose por ser la forma de expresión más natural y práctica. Asimismo, la oralidad abre paso a la creación de un segundo lenguaje denominado *escritura*.

De ahí que el principio de oralidad “se constituye como un método efectivo para ofrecer, presentar, practicar, controvertir y valorar los medios de prueba”¹⁸⁰ en un escenario dialéctico donde las partes expresen de viva voz sus argumentos y garantizando al mismo tiempo que las decisiones del juez sean ágiles e inmediatas a efecto de evitar la burocratización.

Por ende, la oralidad obliga a las partes y sobre todo, al órgano jurisdiccional al estudio serio de cada causa y consecuentemente a proposiciones académicas y doctrinarias.

En conclusión, la oralidad en el ámbito constitucional juega un doble papel, por un lado es una formalidad del nuevo sistema establecida así en el proemio del artículo 20 constitucional y por el otro se desempeña también como un principio rector con base a lo señalado en el apartado A, fracción IV del mismo ordenamiento.

3.1.2. Publicidad

La publicidad también encuentra fundamento en el citado artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IV; y en el artículo 5° de la ley adjetiva que a continuación se cita:

¹⁷⁹ Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 05 de marzo de 2014, 01:43 PM.

¹⁸⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Aspectos Básicos Sobre la Prueba en el Juicio Oral*, Raúl Juárez Carro Editorial, colección Juicio Oral, México, 2011, p. 81.

“Artículo 5o. Principio de publicidad

Las audiencias serán **públicas**, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.”¹⁸¹

La publicidad implica la comunicación y conocimiento directo de las actuaciones procesales entre las partes, el público en general y los medios de comunicación que asisten a las audiencias; a efecto de inhibir cualquier práctica secreta y ocultista.

En congruencia con lo afirmado por Jeremías Bentham sobre la publicidad “cualquier miembro de la sociedad tendrá derecho a ir a comprobar con sus propios ojos cómo funcionan las escuelas, hospitales, las fábricas, las prisiones”¹⁸² y también la actividad jurisdiccional en los tribunales, en miras de garantizar que la administración de justicia cumpla con todas las funciones que la sociedad le encomienda y recuperar la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.

Por regla general todos los juicios serán públicos, sin embargo, existen excepciones reguladas en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción V:

“V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. *La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.*”¹⁸³

¹⁸¹ Artículo 5°. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 05 de marzo de 2014, 05:43 PM.

¹⁸² GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *El Juicio en el Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D. C.-Colombia, 2011, p. 124.

¹⁸³ Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

En este caso la Constitución limita la publicidad en dos aspectos fundamentales: primero salvaguarda la integridad de víctimas, testigos y menores de edad; prevaleciendo en el último rubro el interés superior del menor. El segundo aspecto garantiza la protección de los datos personales en relación con el artículo 6° de la CPEUM.

Por su parte el artículo 55 del CNPP, establece las siguientes excepciones:

“Artículo 55. Restricciones de acceso a las audiencias

El Órgano jurisdiccional podrá, por razones de orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia, prohibir el ingreso a:

- I. Personas armadas, salvo que cumplan funciones de vigilancia o custodia;
- II. Personas que porten distintivos gremiales o partidarios;
- III. Personas que porten objetos peligrosos o prohibidos o que no observen las disposiciones que se establezcan, o
- IV. Cualquier otra que el Órgano jurisdiccional considere como inapropiada para el orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia.

El Órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables.

*Los periodistas, o los medios de comunicación acreditados, deberán informar de su presencia al Órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia.”*¹⁸⁴

No hay duda que la publicidad brinda a la sociedad, seguridad jurídica en las resoluciones dictadas por el juez; empero, con respecto al acceso de periodistas o medios de comunicación el orden social se torna en un ambiente peligroso, porque en su “afán de informar” los medios emiten previamente sus propias conclusiones en los asuntos, convirtiéndose en jueces, magistrados y concedores “de la verdad absoluta” lo que es perjudicial para el imputado, quien

¹⁸⁴ Artículo 55. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

es juzgado por la ciudadanía antes de existir sentencia firme; vulnerándose gravemente el principio de *presunción de inocencia*.

3.1.3. Contradicción

Establecido en el aludido artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IV y 6° del Código Nacional; el principio de contradicción fundamenta lo siguiente:

“Artículo 6o. Principio de contradicción

Las partes podrán conocer, **controvertir** o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.”¹⁸⁵

Este principio se enfoca primordialmente en la producción de la prueba durante el juicio oral (a excepción de la prueba anticipada), aclarando que su función no se limita a esta etapa sino a todo el proceso; es decir, desde la fase de investigación en la que se controvierten datos de prueba en grado de probabilidad hasta el punto álgido del juicio oral en el que se produce la prueba mediante el interrogatorio, conainterrogatorio, objeciones, aclaraciones, etc., y una vez desahogadas dan sustento a la sentencia que resuelve el fondo del asunto en grado de certeza.

Doctrinalmente, el principio de contradicción consagra la fórmula “*nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio*”¹⁸⁶ como garantía al derecho de defensa, donde el imputado tiene la oportunidad de ser oído, de hacer valer sus razones y argumentos, de controvertir y objetar pruebas de cargo; y de solicitar la práctica y desahogo de pruebas de descargo a su favor.

En este sentido, la contradicción probatoria comprende los siguientes aspectos:

- a) “Derecho a conocer e imponerse de los elementos de prueba;
- b) Derecho de intervención en el ofrecimiento, depuración y desahogo de la prueba; y

¹⁸⁵ Artículo 6°. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

¹⁸⁶ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, WITKER, Jorge y NATARÉN, Carlos (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, colección Juicios Orales, México, 2013, p. 18.

c) Derecho a controvertir las pruebas.”¹⁸⁷

Por lo tanto, la contradicción es un eje de igualdad entre las partes para demostrar que les asiste la razón

3.1.4. Concentración

La concentración se regula en el artículo 8° del CNPP de la siguiente manera:

“Artículo 8o. Principio de concentración

Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento.

Asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos en aquellos supuestos previstos en este Código.”¹⁸⁸

La concentración impide la dispersión temporal de las audiencias, exige que el proceso se desarrolle en una sola (preferentemente), es decir, que el debate, desahogo de pruebas y el pronunciamiento de la resolución sea ininterrumpido, sin embargo, excepcionalmente habrá lugar a la suspensión en los casos permitidos por la ley.

De igual forma, la concentración tiene por objeto que las partes concurren al mismo tiempo y evita que las pruebas se fragmenten y vicien por el olvido, “ya que la idea que el juez se hizo del proceso, sus impresiones han quedado en el pasado y, por lo tanto tiende a confundirse con otras percepciones.”¹⁸⁹

3.1.5. Continuidad

Contemplado en el artículo 7° del CNPP, establece:

“Artículo 7o. Principio de continuidad

¹⁸⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁸ Artículo 8°. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 10 de marzo de 2014, 8:25 AM.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *El Juicio en el Sistema Penal Acusatorio*, *op. cit.*, p. 100.

Las audiencias se llevarán a cabo de forma **continua, sucesiva y secuencial**, salvo los casos excepcionales previstos en este Código.”¹⁹⁰

La continuidad alude a la programación, desarrollo y excepcionalmente a la suspensión de las audiencias; en este contexto, la dialéctica de todos los actos procesales debe realizarse en un solo momento, es decir, *continua, sucesiva y secuencialmente* “pudiéndose desarrollar en sesiones sucesivas hasta su conclusión.”¹⁹¹ Para evitar la dilación en los procedimientos.

3.1.6. Inmediación

El principio de inmediación lo regula la Constitución en el artículo 20, apartado A, fracción II:

II. Toda audiencia se desarrollará en **presencia del juez**, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.”¹⁹²

Asimismo el artículo 9° de la ley adjetiva establece:

“Artículo 9o. Principio de inmediación

Toda audiencia se desarrollará íntegramente **en presencia del Órgano jurisdiccional**, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.”¹⁹³

La inmediación consiste en la presencia física e ininterrumpida del juez durante todo el procedimiento y con mayor razón en la admisión, desahogo, valoración y pronunciación de la sentencia; quedando estrictamente prohibido delegar su función. En consecuencia su participación no será la de un simple

¹⁹⁰ Artículo 7°. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

¹⁹¹ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹² Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 11 de marzo de 2014, 5:32 PM.

¹⁹³ Artículo 9°. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

espectador, sino por el contrario debe ser activa durante la percepción directa de las pruebas, la comunicación personal y oral entre los sujetos procesales.

Es importante señalar, que la inmediación no es sinónimo de inmediatez; esta última es entendida en el vetusto sistema mixto como el criterio que otorga mayor jerarquía a las diligencias realizadas durante los primeros instantes por su cercanía con el hecho delictivo. Mientras que la inmediación “es el contacto e intervención directo e inmediato respecto de la actividad probatoria.”¹⁹⁴ Lo que significa el conocimiento directo del juez en la causa.

3.2. Principios generales de la prueba

La prueba en el proceso penal acusatorio y oral acoge principios fundamentales como la inmediación, publicidad, contradicción, concentración y oralidad; los cuales son pilares en el desarrollo técnico de la actividad probatoria, no obstante existen otros principios de carácter general que concurren e influyen en el dinamismo de la prueba. A continuación se explicarán los principios generales más relevantes en materia probatoria:

3.2.1. Libertad probatoria

Denominado así en el artículo 356 del código procesal, indica:

“Artículo 356. Libertad probatoria

Todos los hechos y circunstancias aportados para la adecuada solución del caso sometido a juicio, podrán ser probados por *cualquier medio* pertinente producido e incorporado de conformidad con este Código.”¹⁹⁵

El precepto en cita, contempla dos aspectos: libertad de medios de prueba y libertad en el objeto.

El primero de ellos, significa que los hechos constitutivos de delito podrán ser demostrados por los medios de prueba contemplados en la ley y por cualquier

¹⁹⁴ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁵ Artículo 356. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

clase de prueba; siempre y cuando sea lícita, no vulnere derechos fundamentales y sea introducida al proceso legalmente.

La libertad en el objeto consiste en la posibilidad que tienen las partes de probar sus pretensiones y “que de algún modo influya en el pronunciamiento de mérito.”¹⁹⁶

La libertad probatoria no es facultativa sólo para las partes sino también es “la potestad que posee el juez para adjudicarlos”¹⁹⁷ en el juicio.

3.2.2. Unidad de la prueba

La prueba en los juicios orales, está compuesta por una pluralidad de elementos probatorios introducidos en diferentes momentos; sin embargo, son constitutivos de un todo en el proceso.

En consecuencia, el principio de unidad de la prueba requiere que todas sean valoradas “como integrantes de una *unidad indivisible*.”¹⁹⁸

3.2.3. Comunidad de la prueba

Este principio es consecuencia del anterior, pues una vez que ha lugar a la recepción del elemento de prueba, se desvincula totalmente de la parte que lo ofreció, es decir, sin importar quién suministró la prueba pasa a ser del conocimiento común de los sujetos procesales, por tanto “es inadmisibles pretender que sólo beneficie a quien la allega al proceso.”¹⁹⁹

3.2.4. Necesidad de la prueba

El principio de necesidad de la prueba se relaciona directamente con la decisión judicial, esto es, la resolución deberá estar fundada en las pruebas

¹⁹⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C.- Colombia, 2011, p. 67.

¹⁹⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁸ AROCENA, Gustavo Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, *op. cit.*, p. 63.

incorporadas y desahogadas en el proceso para determinar la existencia o inexistencia del hecho delictivo; por ende, las pruebas “constituyen los elementos utilizados por el órgano jurisdiccional para arribar a ese resultado.”²⁰⁰

3.2.5. Principio más favorable al acusado

Conocido doctrinalmente por *in dubio pro reo*, tiene lugar después de la valoración de la prueba, momento en que los jueces están en aptitud de tomar una decisión sobre la culpabilidad o absolución del imputado.

Este principio, garantiza que la decisión de la autoridad jurisdiccional sobre la responsabilidad penal del imputado esté cimentada en la certidumbre plena que ha alcanzado a través del desahogo de pruebas y en caso de duda “el juez deberá optar por lo que más favorezca al acusado”,²⁰¹ esto es la absolución y con mayor ahínco cuando esté privado de su libertad, procederá la libertad inmediata.

El artículo 20 constitucional, apartado A, fracción VIII, salvaguarda el *in dubio pro reo*, al mencionar:

“VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.”²⁰²

En consecuencia, se excluye toda duda razonable.

3.2.6. Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba

Su función se encamina a no deformar la realidad ni tampoco a engañar o inducir al error, sino por el contrario debe contribuir “para que el juez emita una resolución racional.”²⁰³

²⁰⁰ *Ídem.*

²⁰¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 94.

²⁰² Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 15 de marzo de 2014, 03:45 PM.

²⁰³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 95.

3.2.7. Inmaculación de la prueba

La naturaleza de la inmaculación, radica en oponerse a “todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión que toda prueba que lo infrinja debe ser considerada ilícita y, por ende, sin valor jurídico.”²⁰⁴ Con base en lo anterior, el juez está obligado a verificar la pureza de las fuentes de convicción, cómo se descubrieron e incorporaron al proceso.

3.2.8. Irrenunciabilidad de la prueba

Este principio establece que ninguna de las partes tiene derecho a resolver si una prueba debe ser aducida o no al proceso, siendo facultad exclusiva del juez. En otras palabras, una vez que se ha solicitado el desahogo de la prueba por alguna de ellas, carecen de potestad para renunciar a su producción.

3.2.9. Formalidad y legitimidad de la prueba

La formalidad de la prueba se refiere al cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos.²⁰⁵ Los primeros atienden a circunstancias de tiempo, modo y lugar; en tanto que los intrínsecos se relacionan a la ausencia de vicios como el dolo, error, violencia y aquellos en contra de la moral.

En relación a la legitimidad de la prueba, ésta debe provenir de aquél que esté legitimado para ofrecer pruebas (el juez o las partes); en tanto que, la autoridad que las recibe debe estar revestida de jurisdicción y competencia.

3.2.10. Principio de eficacia de la prueba

La eficacia probatoria se orienta al resultado de la valoración, es decir, no todo lo que se incorporó al juicio sirve para fundamentar la resolución. Por ende, el

²⁰⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, op. cit., p. 67.

²⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

objeto de las pruebas está encaminado a producir en el juez convicción sobre los hechos vertidos en el proceso más allá de toda duda razonable.²⁰⁶

3.3. Actos de Investigación y Actos de Prueba

Los actos de investigación “son actividades que se realizan en la etapa de investigación cuyo objetivo es obtener datos de prueba que sustenten o desvirtúen la acusación respecto a la existencia de un delito y la participación que (sic) del presunto responsable en el mismo.”²⁰⁷

Asimismo los actos de investigación “tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento.”²⁰⁸

Es decir, los actos de investigación son actividades o diligencias cuyo objeto es indagar, recaudar y obtener evidencias de material probatorio, a fin de ser utilizados en la fase de juicio y para verificar la existencia o inexistencia de un hecho que la ley señale como delito. De igual forma, los actos de investigación sirven para fundamentar con grado de probabilidad las decisiones del Juez de Control en las etapas preliminares.

Otra característica de los actos de investigación, consiste en que la realización de los mismos tiene lugar en la etapa de investigación que comprende dos etapas la inicial y la complementaria como lo señala el artículo 211 del CNPP.

En este sentido, es menester señalar que los actos de investigación no sólo los efectúa la autoridad ministerial sino por el contrario, hay participación activa de la policía, la defensa o el imputado mismo.

De igual forma, los actos de investigación tienen una dualidad en su finalidad: por un lado, avalan la actividad de investigación por parte del Ministerio Público para ejercer acción penal en contra del imputado y, posteriormente dan

²⁰⁶ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁷ DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *Terminología en los Juicios Orales en Materia Penal Semblanza de la doctrina mexicana, el Pacto Federal y los tratados Internacionales*, Editorial Flores, México, 2013, p. 6.

²⁰⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *op. cit.*, p. 36.

sustento a la formulación de la acusación. Por otro lado, son utilizados por el Juez de Control de Garantías para dar fundamento al control de legalidad de la detención, formulación de la imputación, oportunidad de declarar al imputado, vinculación a proceso y medidas cautelares así como definir el plazo para el cierre de la investigación, con fundamento en el artículo 307 del CNPP.

Ahora bien, los actos de prueba “son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el Juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.”²⁰⁹

También los actos de prueba “son actuaciones realizadas durante el juicio oral cuyo objetivo es apoyar las pretensiones que tienen las partes y cimentar las decisiones tomadas por el órgano jurisdiccional que conoce la causa.”²¹⁰

De lo anterior, se desprende que los actos de prueba tienen como fin acreditar las pretensiones manifestadas por las partes a través de proposiciones afirmativas.

Conjuntamente, los actos de prueba sólo se realizan en la etapa intermedia y durante el juicio oral; con excepción de la prueba anticipada.

Los actos de prueba se caracterizan por ser efectuados únicamente por las partes, esto es, el imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor; y “los terceros ajenos al proceso solo intervendrán en los actos de prueba a petición de alguna de las partes.”²¹¹

Igualmente, los actos de prueba son utilizados para demostrar frente al órgano jurisdiccional las pretensiones de las partes; es decir, con ellos se demuestra la teoría del caso ante el Juez o Tribunal de Juicio Oral, quién deberá resolver el fondo del asunto condenando o absolviendo.

En suma, los actos de prueba son actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento (sea de Control de Garantías o de Juicio Oral) y tienen por objeto incorporar actos de investigación al proceso a partir del ofrecimiento, la depuración y la admisión (etapa intermedia) hasta la realización de la prueba

²⁰⁹ *Ídem.*

²¹⁰ DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *op. cit.*, p. 6.

²¹¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 101.

(juicio oral) misma que se enfocará a obtener la verdad de lo sucedido y verificar proposiciones de hecho; por lo tanto, estarán sujetas al principio de contradicción como garantía de igualdad entre las partes.

Finalmente, se establece que tanto los actos de investigación como los actos de prueba se aprecian en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica.²¹²

3.3.1. Diferencias

Las principales diferencias entre actos de investigación y de prueba son:

- a) Los actos de investigación forman parte de la investigación e incluso de la etapa preliminar, sin embargo, sólo sirve a sus funciones; mientras que el acto de prueba surge a partir de la etapa intermedia hasta la de juicio oral, proliferando su función en esta última.
- b) Los actos de investigación son llevados a cabo en su mayoría por el Ministerio Público sin embargo, esta facultad no es exclusiva de él ya que hay casos en los que requiere autorización del Juez de Control para ejecutarlos. En cambio, los actos de prueba siempre se practican en presencia del Juez de Control o de Juicio Oral.
- c) Los actos de investigación tienen como resultado dictar resoluciones sobre el auto de vinculación a proceso, medidas cautelares, peticiones, etc., las cuales justifican de manera probable las decisiones del Juez; en cambio, los actos de prueba se caracterizan por demostrar la teoría del caso ante el órgano jurisdiccional y resolver el fondo del asunto.
- d) En virtud de que la investigación tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba que den sustento al ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño; los actos de investigación en ningún momento están sujetos al principio de contradicción de las partes. Mientras que, los actos de prueba exigen

²¹² Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, op. cit., p. 39.

garantizar el principio de contradicción empero no sólo este principio sino todos los que conforman el debido proceso.

- e) Finalmente, los actos de investigación buscan la persuasión del órgano jurisdiccional en grado de probabilidad ya que en ningún caso deciden sobre el fondo del asunto. Por otro lado, los actos de prueba que acreditan plenamente las proposiciones ante el tribunal resuelven el fondo del asunto a través de la sentencia absolutoria o condenatoria; en este caso la persuasión será en grado de certeza.

3.4.El Proceso Penal Acusatorio y Oral

A continuación se explicarán las fases del procedimiento ordinario con el objeto de ubicar y analizar los diferentes períodos de la prueba en el nuevo sistema; ya que ésta no se consolida como tal desde su obtención sino que primero es dato de prueba, luego medio de prueba y finalmente prueba.

De este modo, el procedimiento penal ordinario consta de tres etapas:²¹³

1. Investigación.
2. Intermedia o de preparación a juicio; y
3. Juicio

3.4.1. Investigación

La investigación está a cargo del Ministerio Público y de la Policía que actuará bajo la conducción y mando de aquél. Esta etapa se divide a su vez en investigación inicial e investigación complementaria; la primera inicia con la presentación de la denuncia o querrela; o en su caso, cualquier requisito de procedibilidad y finaliza cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para formular la imputación. La investigación complementaria comprende

²¹³ Cfr. Artículo 211. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 22 de marzo de 2014, 12:16 PM.

desde la formulación de la imputación y concluye una vez que se ha cumplido el plazo de cierre de la investigación.

Esta etapa tiene por objeto reunir **datos de prueba** que den sustento al ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.

Doctrinalmente, Hidalgo Murillo señala que los *datos de prueba* “son la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado en él.”²¹⁴

Procesalmente, el artículo 261 del CNPP señala:

“El **dato de prueba** es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.”²¹⁵

Con base en lo anterior, se establece que el dato de prueba es todo acto de investigación precedente a la etapa intermedia y de juicio, y su práctica se realiza durante la investigación; por otro lado, los datos de prueba no constituyen actividad probatoria toda vez que carecen de valor probatorio en la fundamentación de la sentencia, en consecuencia, sirven para dar sustento a la existencia de un hecho delictivo, la probable participación del imputado así como en la imposición de medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, se hará referencia al dato de prueba durante toda la fase de investigación, es decir, desde que la autoridad ministerial o policial tenga conocimiento del hecho delictivo hasta el cierre de la misma.

Aunado a ello, tanto el imputado y su defensor así como la víctima u ofendido, podrán solicitar a la autoridad ministerial todos los actos de investigación

²¹⁴ DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *op. cit.*, p. 66.

²¹⁵ Artículo 261. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 24 de marzo de 2014, 9:10 AM.

que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; por lo que el Ministerio Público y la Policía están obligados a realizar la investigación con estricto apego a derecho y, a dejar registro de todas las actuaciones que realicen durante la misma en la carpeta de investigación.

La legislación adjetiva establece reglas estrictas en la investigación que no atenten contra los derechos y garantías consagrados en la Constitución; por ejemplo el derecho al respeto y dignidad de las personas, el derecho a la integridad física, etc.²¹⁶ Sin embargo, la autoridad ministerial está facultada para realizar actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de Control; las cuales están reguladas en el artículo 251 del CNPP:

“Artículo 251. Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control

No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación:

- I. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo;
- II. La inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo;
- III. La inspección de personas;
- IV. La revisión corporal;
- V. La inspección de vehículos;
- VI. El levantamiento e identificación de cadáver;
- VII. La aportación de comunicaciones entre particulares;
- VIII. El reconocimiento de personas;
- IX. La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador;
- X. La entrevista a testigos, y
- XI. Las demás en las que expresamente no se prevea control judicial.

En los casos de la fracción IX, dichas actuaciones deberán ser autorizadas por el Procurador o por el servidor público en quien éste delegue dicha facultad.

²¹⁶ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal, op. cit.*, p. 93.

Para los efectos de la fracción X de este artículo, cuando un testigo se niegue a ser entrevistado, será citado por el Ministerio Público o en su caso por el Juez de control en los términos que prevé el presente Código.”²¹⁷

No obstante, la ley limita la facultad del Ministerio Público en la realización de actos de investigación, refiriendo en el artículo 252 del Código, las excepciones en las que requiere de autorización previa del Juez de Control.

“Artículo 252. Actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de control

Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del Juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución, así como los siguientes:

- I. La exhumación de cadáveres;
- II. Las órdenes de cateo;
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;
- V. El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada, y
- VI. Las demás que señalen las leyes aplicables.”

El imputado y su defensor tendrán acceso a los actos de investigación cuando se encuentre detenido o sea citado para comparecer como imputado y se pretenda recibir su entrevista.

Citados a la audiencia inicial, el imputado y su defensor tendrán derecho a consultar los registros de la investigación y a obtener copia de los mismos; a efecto de preparar oportunamente la defensa. En esta audiencia se informarán al

²¹⁷ Artículo 251-252. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 26 de marzo de 2014, 12:53 PM.

imputado sus derechos constitucionales y legales, se realizará el control de la legalidad de la detención, se formulará la imputación, se dará al imputado la oportunidad de declarar si es su deseo, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares; y se definirá el plazo del cierre de la investigación complementaria.

Excepcionalmente, la etapa de investigación contempla las siguientes formas de terminación: abstenerse de investigar, el archivo temporal, no ejercicio de la acción penal y los casos en que operan los criterios de oportunidad.

La primera de ellas consiste en la abstención de investigar por parte del Ministerio Público, cuando los hechos narrados en la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito, o cuando los datos suministrados permitan establecer la extinción de la acción penal o responsabilidad penal del imputado; fundando y motivando esta situación.

El archivo temporal en la investigación tendrá lugar cuando el Ministerio Público no encuentre antecedentes, datos suficientes o elementos que puedan establecer líneas de investigación tendientes a esclarecer los hechos que dieron origen a aquélla. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar acción penal.

Por lo que respecta al no ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público antes de la audiencia inicial podrá decretarlo cuando de los antecedentes se concluya que se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento.

Finalmente, el Ministerio Público ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de los criterios de oportunidad siempre y cuando se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido o ésta manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación. La aplicación de los criterios será procedente en los supuestos que refiere el artículo 256 del CNPP.

La aplicación de los criterios podrá ordenarse en cualquier momento y hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio oral; consecuentemente el efecto jurídico será la extinción de la acción penal respecto al autor o partícipe.

3.4.2. Intermedia o de preparación a juicio

La fase intermedia o de preparación a juicio tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los **medios de prueba** así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio; también se resuelven cuestiones incidentales y se examina la procedencia de dichos medios; con el objeto de preparar adecuadamente el juicio.

Doctrinalmente el jurista José Daniel Hidalgo Murillo²¹⁸ define a los medios de prueba exactamente igual que el Código Nacional en el segundo párrafo del artículo 260:

“Los *medios o elementos de prueba* son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.”²¹⁹

Adhiriendo Murillo que entre los medios de prueba se encuentran la documental, la pericial, la evidencia física, la inspección y la reconstrucción de hechos. Por consiguiente, en esta fase los datos de prueba dejan de serlo y se consolidan como medios o elementos de prueba.

La etapa intermedia se compone de dos fases, una escrita y una oral. La primera iniciará con el escrito de acusación formulado por el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

La audiencia intermedia será conducida por el Juez de Control y se desarrollará oralmente. Durante la misma, el Ministerio Público realizará una exposición sintetizada de su acusación, seguida de los argumentos de la víctima u ofendido y del acusado o su defensor; estando en posibilidad de promover incidentes que procedan conforme lo establece la ley.

Asimismo, habrá lugar a acuerdos reparatorios celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos hechos o sus circunstancias.

²¹⁸ Cfr. DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *op. cit.*, p. 189.

²¹⁹ Artículo 261. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op.cit.*

También en la misma audiencia, el Juez de control examinará los medios de prueba ofrecidos y los admitirá; o en su caso ordenará fundadamente que se excluyan aquellos medios que no se refieran directa o indirectamente al objeto de investigación, o en su caso sean de procedencia ilícita, con base a lo señalado en el artículo 346 del CNPP:

“Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

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

- I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:
 - a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
 - b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o
 - c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;
- II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;
- III. Por haber sido declaradas nulas, o
- IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.²²⁰

Constitucionalmente el artículo 20, apartado A, fracción III establece por regla que sólo serán pruebas las que hayan sido desahogadas en audiencia de juicio, sin embargo, también considera el desahogo previo de la prueba anticipada como excepción; y procesalmente contempla otra excepción a la regla denominada peritaje irreproducible como medio de prueba.

3.4.2.1. Prueba anticipada

La regla general en la prueba establece que sólo será prueba aquella desahogada durante el juicio oral con la finalidad de garantizar los principios de igualdad procesal, inmediación, publicidad y contradicción.²²¹

La excepción a la regla precedente se denomina prueba anticipada y su fundamento es el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción III, que a la letra indica:

“III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la **prueba anticipada**, que por su naturaleza requiera desahogo previo.”²²²

Esta figura probatoria es introducida por primera vez en el proceso penal mexicano; su función consiste en ofrecerla y desahogarla antes de la audiencia de juicio oral, es decir, durante la etapa intermedia garantizando siempre los

²²⁰ Artículo 346. Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

²²¹ Cfr. ORONÓZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, Editorial PAC, México, 2013, p. 179.

²²² Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2014, 06:07 PM.

principios de legalidad y seguridad jurídica; y en cumplimiento a los requisitos señalados en el artículo 304 de la ley adjetiva:

- Que sea practicada ante el Juez de control;
- Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciera temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;
- Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y
- Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Ahora bien, el procedimiento de la prueba anticipada está previsto en los artículos 305 y 306 del CNPP, en los cuales se establece que la prueba anticipada podrá solicitarse desde la presentación de la denuncia o querrela y hasta antes de iniciar la celebración de la audiencia de juicio oral. Una vez solicitada su práctica, el juez convocará a todas aquellas personas que les asista el derecho de intervenir en la audiencia de juicio y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda desahogarse en la última etapa; avalando la inexistencia del grave riesgo de pérdida por la demora; en su caso, el Juez de Control admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en el juicio.

Si el imputado estuviese detenido será trasladado a la sala de audiencias para imponerse personalmente, por teleconferencia o por cualquier medio de comunicación, sobre la práctica de la audiencia.

Por lo que respecta al registro y conservación de la prueba anticipada, ésta deberá registrarse en su totalidad y concluido el desahogo se entregará el registro

correspondiente a las partes. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con las medidas dispuestas por el Juez de Control.²²³

3.4.2.2. Peritaje irreproducible

Existen casos en que la autoridad investigadora realiza exámenes sobre evidencias que se consumen en su totalidad y de los cuales los peritos están obligados a rendir el dictamen correspondiente; por lo que en este supuesto el CNPP reglamenta la práctica del peritaje irreproducible en el numeral 274.²²⁴

El peritaje irreproducible, se realiza sobre objetos que se consumen total o parcialmente al ser analizados; en tanto que, no se permitirá la verificación del primer análisis sino sobre la cantidad estrictamente necesaria, a no ser que su existencia sea escasa y los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro que impida la práctica de un peritaje posterior, deberá notificarlo el Ministerio Público al defensor del imputado; para que si éste lo estima necesario, los peritos de ambas partes practiquen conjuntamente el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a realizar la práctica.

En conclusión, el peritaje irreproducible deberá ser admitido como medio de prueba cuando se haya realizado con todas las formalidades aunque el perito de la defensa no compareciere o haya omitido designar uno para tal efecto.

3.4.3. Juicio

Es la etapa de decisión sobre cuestiones esenciales del proceso. El juicio se realiza con base en la acusación asegurando la efectividad de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

Durante el juicio ingresan los medios de prueba, una vez desahogados se consolidan como la prueba en sí que dará sustento a la sentencia. El párrafo

²²³ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, op. cit., p. 971.

²²⁴ Cfr. OROÑOZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, op. cit., pp. 180 y 181.

tercero del artículo 261 de la ley adjetiva establece el siguiente concepto de prueba:

“Se denomina **prueba** a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.”²²⁵

En este sentido, la ley contempla que la prueba ingresará como medio de prueba y su desahogo se realizará en audiencia de juicio oral, respetando los principios del debido proceso; desahogada servirá de fundamento a la conclusión del órgano jurisdiccional sobre los hechos que dieron origen a la acusación.

La audiencia de juicio oral se celebrará en el día y hora fijada por el Juez o Tribunal de Juicio Oral, quien verificará la presencia de las partes, testigos, peritos o intérpretes que deban participar en el debate y de los elementos de prueba que deban exhibirse en él para declararla abierta.

Los incidentes promovidos en esta etapa se resolverán inmediatamente por el órgano jurisdiccional, salvo que por su naturaleza se haga necesario suspender la audiencia.

Abierto el debate, el Juez concederá la palabra en primer lugar al Ministerio Público para que exponga concreta y oralmente la acusación y a su vez realice una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. Continuando con el orden, se dará la voz al asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere para los mismos efectos. Posteriormente se ofrecerá la palabra al defensor, quien expresará lo que al interés del imputado convenga concreta y oralmente.

Es facultad de cada parte determinar el orden de desahogo de sus pruebas. Sin embargo, el orden de recepción de aquéllas es el siguiente: en primer lugar se admitirán los medios ofrecidos por el Ministerio Público, ulteriormente los de la víctima u ofendido y finalmente los de la defensa.

²²⁵ Artículo 261. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 1° de abril de 2014, 09:24 AM.

El desarrollo de la audiencia será oral en todo momento, incluyendo las decisiones determinadas por el Juez.

El Ministerio Público podrá reclasificar el delito invocado en su escrito de acusación, durante el alegato de apertura como en el de clausura. Tratándose de este supuesto, el juzgador dará al imputado y su defensor la oportunidad de expresarse al respecto y les informará su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención.

Concluido el desahogo de pruebas, el juez dará la palabra en el siguiente orden al Ministerio Público, al asesor jurídico de la víctima y ofendido y al defensor; a efecto de que expongan sus alegatos de clausura. Siguiendo el orden cronológico, se otorgará al Ministerio Público y al defensor la posibilidad de replicar y duplicar.

La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el defensor en su alegato de clausura y la dúplica a lo manifestado por el Ministerio Público o la víctima u ofendido en la réplica. Finalmente, se otorgará la palabra por último al acusado y se declarará cerrado el debate.

Concluido el debate, el juez ordenará un receso para deliberar en forma privada, continua y aislada la emisión del fallo correspondiente.

Transcurrido el receso, el juez y las partes concurrirán a conocer la resolución del mismo.

3.5. Valoración de la prueba

Uno de los aspectos fundamentales en el juicio oral consiste en dar solución al conflicto planteado por las partes; por ende, el juez después de presenciar el desahogo de las pruebas realiza la valoración de cada una de ellas para arribar al momento culminante del proceso penal, es decir, cuando aquél dicta sentencia.

En este sentido, el juez antes de pronunciar el fallo valora todas las probanzas vertidas durante el juicio, realizando “la operación de índole intelectual

a efecto de otorgarle a cada una, un valor o eficacia, de tal suerte que le permita razonar y fundamentar su resolución final.”²²⁶

Asimismo, Bassatt Torres define la valoración de la prueba como “la operación mental mediante la cual el juzgador evalúa el poder de convencimiento del contenido de los elementos probatorios que han sido admitidos en el proceso y que le son necesarios para elaborar la decisión que adjudicará la controversia, ejercicio que realiza con cada pieza probatoria y luego sobre todas ellas, es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.”²²⁷

En conclusión, la valoración es una actividad procesal única y exclusiva del juez que consiste en una operación intelectual y razonada a través de la cual analizará el contenido de las pruebas que producen convicción en él, en virtud de establecer el por qué le da cierto peso a determinada prueba y por qué otras no son admisibles; por tanto la resolución final se fundamentará a sazón de aquellas admitidas y desahogadas en juicio.

3.5.1. Fundamento legal en la valoración

La valoración de la prueba encuentra fundamento en el vigente artículo 20 constitucional, apartado A, fracción II:

“II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y **la valoración** de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera **libre y lógica**.”²²⁸

Como se observa, la Constitución enuncia escuetamente que la valoración será libre y lógica; sin precisar a qué tipo de lógica se refiere (clásica, natural, científica, formal, material, tradicional, dialéctica, etc.). Sin embargo, precisa que el sistema de valoración a aplicar es el libre, es decir, el juzgador gozará de plena libertad en la apreciación de las pruebas, limitado únicamente a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

²²⁶ ORONoz SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, op. cit., p. 319.

²²⁷ GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *La Valoración de la Prueba en los Juicios Orales*, Flores Editor y Distribuidor, colección Serie Argumentación y Juicios Orales, México, 2010, p. 24.

²²⁸ Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 05 de abril de 2014, 06:00 PM.

Procesalmente, el CNPP establece en el artículo 265 que:

“El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.”²²⁹

Nuevamente, la ley adjetiva reafirma el sistema de valoración libre, puntualizando que la valoración deberá justificar el valor otorgado a cada una de las pruebas, en forma conjunta, integral y armónica; por lo que no habrá lugar a una sentencia condenatoria basada en la convicción de una sola prueba.

3.6. Criterios para la valoración de la prueba: la sana crítica

La reforma constitucional de 2008 amén de dejar atrás el sistema mixto en la valoración de las pruebas y adopta el sistema de libre valoración.

Denominada sana crítica, apreciación razonada o libre apreciación razonada, alude a la libertad del órgano jurisdiccional para justipreciar las pruebas con base en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, que según su criterio sean aplicables al caso en concreto.

En efecto, el sistema de libre valoración de las pruebas es propio del sistema adversarial ya que le confiere al juez discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, no obstante, ésta es reglada por las aludidas reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos y la motivación; paradigmas que el juez está obligado a respetar, con los cuales valorará las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes durante el juicio y que fundamentarán su decisión.

²²⁹ Artículo 265. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 05 de abril de 2014, 06:33 PM.

3.6.1. Máximas de la experiencia

Friedrich Stein, conceptualiza en su obra *El conocimiento privado del Juez* (1893) que *las máximas de la experiencia* “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.”²³⁰

Por su parte, el jurista Eduardo Couture precisa que *las máximas de la experiencia* “son el conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y susceptibles de adquirir validez general para justipreciar las pruebas producidas en el proceso.”²³¹

De las anteriores definiciones, se deduce que las máximas de la experiencia son generalizaciones procedentes de la experiencia de los jueces al emitir sus sentencias, éstas deben ser reconocidas y aceptadas por la comunidad jurídica para posteriormente ser utilizadas en casos ulteriores al valorar las pruebas.

Al respecto, es importante destacar que las máximas de la experiencia no deben confundirse con el sentido común, aun cuando ambos comparten características como la variabilidad, la incoherencia y la indeterminación.

Por *sentido común* se entiende “un conjunto de conocimientos y de criterios de juicio, de razonamiento y de interpretación que se presumen ser generalmente o prevalentemente compartidos en un ambiente social determinado en un cierto momento histórico.”²³²

Así, la diferencia radica en que las características que convergen en ambos se presentan con mayor intensidad en el sentido común, pues nadie podría precisar con exactitud qué pertenece y qué no a este último, porque en general se refiere al sentido común de la gente (una variable e inmensa gama de conocimientos).

²³⁰ FIERRO-MENDEZ, Heliodoro, *La Prueba en el Derecho Penal Sistema Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C.- Colombia, 2006, p. 336.

²³¹ ORONÓZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, op. cit., p. 326.

²³² GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, op. cit., p. 41.

Las máximas de la experiencia presentan las siguientes características:

1. *Generalidad*: no se refieren a un caso particular, sino que están referidos a todos aquellos que tengan cierta afinidad y que a la vez son aceptados por la comunidad jurídica.
2. *Vaguedad*: es un concepto indeterminado que cada juez debe precisar y explicar su contenido, ya que no se sabe a la experiencia de quién pertenecen, o por qué son máximas.
3. *De experiencia común*: es el conocimiento adquirido por el común de la gente lo que garantiza su aceptabilidad pero también la dificulta por ser difícil de concretizar.
4. *De eficacia variable*: no todas las máximas de la experiencia poseen la misma fuerza o eficacia explicativa, así mientras algunas gozan de alto grado de elaboración y reconocimiento, otras serán fruto de un reducido número de datos empíricos, incluso habrá necesidad de probarlas.
5. *Oficiosas*: no requieren que las partes las invoquen, ya que es al momento de valorar las pruebas cuando el juzgador a su criterio seleccionará aquellas que considere le permiten evaluar las pruebas con mayor justeza.²³³

Asimismo, existen clases de las máximas de la experiencia entre las que se encuentran:

- **Científica**: se refiere a la experiencia de la ciencia especializada y que es utilizada por los expertos al rendir sus peritajes durante el proceso; estas máximas tienen dificultad para ser incorporadas al ámbito judicial, en tanto que los científicos tardan en llegar a un consenso para luego ser compartidos con la comunidad científica.
- **Jurídica**: derivan de la experiencia del juez sin referirse a un asunto en particular, sino a la experiencia judicial generalizada que es compartida, aceptada y admitida por la comunidad jurídica, es decir, son prácticas reiteradas que sirven como criterios para valorar los medios de prueba.

²³³ Cfr. ORONoz SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, op. cit., pp. 327 y 328.

- **Común:** derivan de la experiencia cotidiana de las personas, caracterizándose por ser abstractas y generales.²³⁴

Por lo tanto, el uso de las máximas de la experiencia debe ceñirse a que éstas sean aceptadas en el ambiente socio-cultural en donde se desenvuelve el juez, asimismo no deben haber sido falseadas por conocimientos científicos, no debe existir contradicción entre ellas y finalmente tienen que derivar del conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez durante su trayectoria; de este modo esa experiencia proporcionará al juez parámetros de racionalidad que le permitan al juzgador estimar con mayor precisión las pruebas planteadas por las partes.

3.6.2. Reglas de la lógica

Al igual que las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica también constituyen un límite al sistema de libre valoración. De este modo, el juez tiene la obligación de respetar las leyes del pensamiento al efectuar su valoración porque de lo contrario su resolución podrá atacarse a través de los medios de impugnación y que por lo común invalidan la motivación del *a quo* en el momento de analizar nuevamente las pruebas por el *ad quem*.

Como se refirió con anterioridad, el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción II, sólo hace referencia a la lógica en forma generalizada, sin precisar a cuál de su amplia gama de clasificación alude.

Al inspirarse en el pensamiento aristotélico la lógica se desprende como rama de la filosofía y se fundamenta en principios supremos, denominados de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; mismos que conforman los ejes de la lógica formal por su relación con la realidad. De esta manera, se afirma que los juzgadores están constreñidos a la aplicación de la lógica formal porque “se utiliza cuando se desea *congelar* la realidad y analizar un

²³⁴ Cfr. *Ídem*. y GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

objeto en un tiempo y lugar determinados, como si aquél no sufriera modificaciones o éstas no fueran significativas.”²³⁵

Enseguida, se explicará en qué consiste cada uno de los principios mencionados:

- **Principio de identidad:** se postula bajo la premisa “todo objeto de conocimiento es idéntico a sí mismo.”²³⁶ Es decir, con la fórmula $A=A$.

De este modo, el principio de identidad exige que tanto el concepto como el juicio deban ser idénticos porque de lo contrario se estaría en un error lógico.

- **Principio de contradicción:** también denominado de no contradicción por Novack.²³⁷ Señala que un objeto no puede ser igual a su contrario, identificándose con la fórmula $A \neq A$.

Acorde con lo anterior, en dos juicios en el que uno afirma y otro niega lo que a su derecho corresponde, en igualdad de circunstancias, se estaría ante la presencia de juicios contradictorios; toda vez que es imposible la verosimilitud de ambos.

- **Principio de tercero excluido:** enuncia que un término o es verdadero o es falso, sin admitir alguna situación intermedia.
- **Principio de razón suficiente:** se constituye como “todo juicio para ser verdadero, ha de menester de una razón suficiente.”²³⁸ En otras palabras, la razón suficiente subsiste cuando basta por sí sola para servir de fundamento a lo enunciado; por lo tanto no se requiere de otro argumento para que el juicio sea plenamente verdadero.

Ahora bien, los principios explicados con anterioridad no son los únicos aplicables en la valoración de la prueba ya que la lógica informal ofrece otros parámetros que permiten verificar la argumentación del juez cuando realiza esta actividad.

²³⁵ LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología Jurídica*, IURE editores, México, 2002, p. 54.

²³⁶ GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *op. cit.*, p. 59.

²³⁷ LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *op. cit.*, p. 56.

²³⁸ GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *op. cit.*, p. 62.

Por tanto, la aplicación de la lógica en el nuevo sistema de valoración de la prueba exige que los aplicadores del Derecho tengan suficiente preparación tanto en esta disciplina como en argumentación jurídica para hacer de ellas una actividad cotidiana y los resultados se vean reflejados en resoluciones con modelos lógicos y argumentativos.

3.6.3. Conocimientos científicos

Son aquellos que se oponen al conocimiento vulgar o empírico, porque éste se obtiene a través del método científico.

El método científico presenta las siguientes características:

- “Es objetivo.
- Es racional.
- Es sistemático, ordenado.
- Es formal, porque sigue un resultado de investigación.
- Es sustantivo y no acumulativo, porque en la medida que la ciencia avanza los ulteriores conocimientos son desplazados por otros nuevos; sin embargo, en la ciencia jurídica el conocimiento es acumulativo.”²³⁹

En consecuencia, el conocimiento científico en la valoración de la prueba al igual que las máximas de la experiencia y la lógica; sirven como directrices al juzgador en la apreciación de las pruebas para concederles un determinado valor. Por ende, algunos criterios que pueden ser de utilidad al juez son los siguientes:

- ✓ “Que la conclusión científica tenga fundamento fáctico;
- ✓ Que se hayan utilizado principios y metodología fiables;
- ✓ Que la conclusión sea aplicable a lo sucedido de manera verificablemente correcta;
- ✓ Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional;

²³⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, op. cit., p. 291.

- ✓ Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes.”²⁴⁰

3.6.4. Motivación

La motivación en materia de hechos forma parte de los pilares fundamentales en la sana crítica.

Julio Maier, define que la motivación en materia de hechos “es la explicación de la racional valoración de la prueba pertinente y útil recibida en el proceso, de acuerdo con las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, que justifica con la conclusión de hecho afirmada o negada en la resolución.”²⁴¹

Por su parte, Taruffo afirma que “motivar los hechos significa explicar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado.”²⁴²

De las definiciones anteriores, resulta con mayor adecuación la proporcionada por Taruffo, en virtud de referirse a la motivación como un acto de justificación concatenado a la eficacia que los medios de prueba proporcionan acorde a las hipótesis planteadas por las partes.

Es decir, el juzgador tendrá a su cargo la motivación de todas las pruebas producidas e incluso de aquellas que hubiese desestimado; indicando las razones de su determinación. Asimismo la motivación será un eje primordial en la reproducción del razonamiento utilizado por el juez en las conclusiones a las que llegó y las cuales serán plasmadas en la sentencia. Por lo tanto el juzgador solo condenará al acusado si llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable; porque en caso de existir procederá la absolución, con fundamento en el artículo 359 del CNPP.

²⁴⁰ GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

²⁴¹ MAIER, Julio B.J., *El Proceso Penal Contemporáneo*, Antología, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 23.

²⁴² GALINDO SÍFUENTES, Ernesto, *op. cit.*, p. 75.

CAPÍTULO IV

LA PRUEBA ILÍCITA

4.1. Diversas denominaciones

La prueba ilícita es uno de los temas más complejos y polémicos en la doctrina procesalista, no sólo de índole penal sino involucrándose también en materia constitucional referido a la protección de derechos fundamentales; no obstante, su estudio está presente en otras materias como la civil, contencioso-administrativo o laboral. Por lo anterior, aquella tendrá naturaleza y contenido constitucional principalmente, sin soslayar su existencia en la ley adjetiva o en la jurisprudencia.

En este contexto, es menester señalar que tanto la doctrina y la jurisprudencia utilizan diversas denominaciones para referirse a la prueba ilícita; identificándola como prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, prueba ilegítimamente obtenida, prueba nula, prueba irregular, prueba viciada, o incluso prueba clandestina.²⁴³

Países europeos como Alemania y España la denominan prohibiciones probatorias, mientras que en Estados Unidos de América la nombran prueba inconstitucional, ilegal o impropiamente obtenida.²⁴⁴ La mayoría de la doctrina se ha inclinado por llamarla prueba ilícita, pues de acuerdo con lo expresado por López Barja de Quiroga cuando estamos en presencia de ella se estará haciendo referencia a normas jurídicas que limitan la prueba en el proceso penal, “por lo que es preferible usar el nombre general de pruebas ilícitas para referirnos a dichas limitaciones de la prueba (...).”²⁴⁵ Empero, a su variabilidad, todos los conceptos concuerdan en negar el ingreso de pruebas que afecten derechos fundamentales.

Como se observa, las nociones mencionadas son utilizados indistintamente, sin embargo, la doctrina ha concluido la existencia de dos conceptos cuyo significado y alcance se torna diferente, estos son: prueba ilícita y prueba irregular.

²⁴³ Cfr. ARENAS ECHEVERRI, Nicolás Álvaro *et al.*, *La Prueba Ilícita y la Regla de Exclusión*, Leyer Editorial, Bogotá, D.C.- Colombia, 2008, p. 19.

²⁴⁴ Cfr. REYES LOAEZA, Jahaziel, *op. cit.*, p. 21.

²⁴⁵ ORONÓZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, *op. cit.*, p. 162.

4.2. Concepto de prueba ilícita y de prueba irregular o ilegal

La prueba ilícita al igual que la prueba en general, deriva de una multiplicidad de definiciones acorde a distintas concepciones ideológicas de los juristas y también de la jurisprudencia.

Genéricamente Miranda Estrampes y Montón Redondo consideran que la prueba ilícita “es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.”²⁴⁶

Por su parte, Devis Echandía señala que las pruebas ilícitas “están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales, los mismos que la Constitución y la ley amparan.”²⁴⁷

Desde esta perspectiva, se deduce que la prueba ilícita se caracteriza por obtenerse a través de medios ilícitos, con violación a garantías constitucionales y por consiguiente, su efecto negativo será la nulidad constitucional de la prueba, es decir, habrá nulidad de pleno derecho.

En este orden de ideas, la prueba ilícita “es la que se obtiene con vulneración de garantías constituciones o lesionando derechos constitucionales o a través de medios que la Constitución prohíbe.”²⁴⁸

En conclusión, la prueba ilícita se circunscribe en un primer plano como prueba inconstitucional por lesionar derechos constitucionales, por ejemplo: el derecho a la integridad física y moral, el derecho del detenido a ser informado de sus garantías y a no declarar, el derecho a una defensa técnica, la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Pese a lo anterior, también la ilicitud probatoria es susceptible de existir durante el desarrollo del juicio oral; esto sucede cuando por ejemplo el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razón del parentesco.

²⁴⁶ ARENAS ECHEVERRI, Nicolás Álvaro *et al.*, *op. cit.*, p. 21. Y ORONOZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, *op. cit.*, p. 162.

²⁴⁷ ORONOZ SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, *op. cit.*, p. 163.

²⁴⁸ DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, *op. cit.*, p. 249.

Como se puntualizó anteriormente, la prueba ilícita e ilegal tienen connotaciones diferentes; a pesar de que ambas se utilicen indistintamente, pues sus efectos procesales así lo demuestran.

La prueba ilegal o irregular “es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. Se puede decir que es una modalidad de la prueba ilícita.”²⁴⁹

Asimismo, la prueba ilegal “es la prueba afectada por la inobservancia del protocolo o de la formalidad procesal.”²⁵⁰

Luis Delgado, expresa que por prueba irregular “se entiende aquella prueba obtenida, propuesta o practicada con infracción a la legislación ordinaria, particularmente de las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, pero sin vulnerar, sin afectar directamente a los derechos fundamentales.”²⁵¹

Entonces, la prueba irregular o ilegal es aquella cuya obtención y/o práctica se realiza con inobservancia al procedimiento previamente establecido en la ley, sin vulnerar derechos fundamentales. En este sentido, el efecto negativo en la consecución de este tipo de prueba es la nulidad de los actos procesales, que en determinados casos, son susceptibles de subsanarse o convalidarse.

Por tanto, la principal diferencia entre la prueba ilícita y la prueba ilegal gravita en que la primera vulnera garantías constitucionales y en consecuencia será suprimida del proceso, es decir, nula de pleno derecho; mientras que la prueba ilegal está afectada por la inobservancia de la ley procesal, sin embargo no infringe garantías sino actos procedimentales, mismos que son susceptibles de subsanarse en algunas circunstancias.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁰ ARENAS ECHEVERRI, Nicolás Álvaro *et al.*, *op. cit.*, p. 23.

²⁵¹ DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*, Universidad de Burgos, España, [en línea]. Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf, consultado el 16 de abril de 2014, 11:58 AM., p. 1.

4.3. Origen de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) es originaria de Estados Unidos de América, se identifica porque no tiene reconocimiento expreso en la Constitución sino ha sido creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo “vinculándose a las IV y V Enmiendas de la Constitución norteamericana, en las que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse: *Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886) y *Weeks vs. United States*, 232 US 383 (1914).”²⁵²

De esta manera, se asienta la doctrina que establece que todas aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos constitucionales reconocidos en alguna de las Enmiendas mencionadas carecerán de eficacia y por ende, no serán valoradas por el juez durante el proceso penal para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron quebrantados.

Cabe destacar, que la regla de exclusión de la prueba ilícita tuvo alcance jurisprudencial en otras Enmiendas como la VI o XIV que aluden al derecho de la asistencia letrada o al proceso debido.

En países como Portugal, Brasil y México, la regla de exclusión tiene un origen eminentemente constitucional al estar relacionada con el reconocimiento del Estado de Derecho, pues su fundamento radica en garantizar y proteger los derechos y libertades de los individuos sometidos a proceso.

4.4. Fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita es introducida a nivel constitucional hasta la reforma de 2008 en la que se implementa el nuevo proceso penal acusatorio y oral, así el artículo 20, apartado A, fracción IX, establece:

“IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y”²⁵³

²⁵² DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *op. cit.*, p. 3.

²⁵³ Artículo 20. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 20 de abril de 2014, 12:30 PM.

Por su parte, el artículo 16 constitucional también refiere la regla de exclusión probatoria al regular el derecho al secreto de las comunicaciones, como lo señala el párrafo décimo quinto:

“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.”²⁵⁴

Ahora bien, durante la vigencia del proceso penal mixto, se estimó que la regla de exclusión de la prueba ilícita se encontraba implícita en el artículo 206 del actual Código Federal de Procedimientos Penales al establecer:

“Artículo 206.- Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y *no vaya contra el derecho*, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.”²⁵⁵

El artículo anterior no menciona textualmente la regla de exclusión, simplemente alude a la admisibilidad de pruebas que no vayan contra el derecho; aunado a ello, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien ha establecido jurisprudencialmente que en el artículo 206 del CFPP se encuentra implícita esta regla, pero aquella será citada y explicada más adelante.

Efectivamente, la multicitada reforma de 2008 en materia de seguridad y justicia aporta un gran avance en el replanteamiento del derecho procesal penal; sin embargo, existen otros acontecimientos que la complementan. El primero de ellos es la armonización de la reforma al artículo 1° de la Ley Fundamental, del diez de junio de dos mil once en la que se eleva a rango constitucional el reconocimiento de los Derechos Humanos en el Capítulo I, denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

La reforma del artículo 1° constitucional del año 2011, introduce el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución y en Tratados

²⁵⁴ Artículo 16. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultado el 20 de abril de 2014, 12:52 PM.

²⁵⁵ Artículo 206. Código Federal de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>, consultado el 20 de abril de 2014, 12:17 PM.

Internacionales, de los cuales gozarán todas las personas; así como de las garantías para su protección, mismas que se interpretarán de conformidad con esos instrumentos legales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; dándose la obligación por parte del Estado para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Consecuentemente, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Un segundo suceso, tiene lugar en el decreto publicado el seis de junio de dos mil once en el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al juicio de amparo como instrumento adjetivo fundamental en el que se tutelan derechos fundamentales, particularmente el debido proceso a través del imperante sistema acusatorio. La fracción primera del artículo 103 constitucional regula que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia suscitada por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen Derechos Humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.²⁵⁶

Un tercer acontecimiento, se da en la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación a partir del cuatro de octubre de dos mil once; decretada por el Acuerdo General número 9/2011 de fecha veintinueve de agosto del mismo año, con fundamento en la reforma constitucional en materia de amparo que implica una modificación al Poder Judicial de la Federación, así como la competencia de los órganos que lo integran.²⁵⁷

El objeto de la armonización de las reformas constitucionales así como la iniciación de la Décima Época en la jurisprudencia, constituyen nuevos

²⁵⁶ Cfr. DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011, consultado el 22 de abril de 2014, 2:45 PM.

²⁵⁷ Cfr. Acuerdo General número 9/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en línea]. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5208843&fecha=12/09/2011, consultado el 22 de abril de 2014, 3:02 PM.

instrumentos de interpretación para el juzgador “en sus vertientes filosóficas (ideológicas), sociológicas y científicas”²⁵⁸ a partir de las cuales desentrañarán el sentido verdadero de las reformas; por ello se busca que los nuevos aplicadores del derecho tengan una visión renovada en el ámbito de aplicación del régimen de protección de los Derechos Humanos así como en el derecho procesal penal.

Continuando con el orden cronológico, el Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado el cinco de marzo de dos mil catorce), introduce la prueba ilícita en el artículo 264:

“Artículo 264. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.”²⁵⁹

Al consolidarse México como un Estado de Derecho y adoptar el modelo de un proceso acusatorio y oral con tendencia adversarial, fundado en el debido proceso; es evidente y razonable que los individuos sometidos a proceso penal no pueden ser condenados por pruebas obtenidas ilícitamente aun cuando aquellas aporten la verdad de los hechos.

Sin embargo, una razón preponderante de la reforma en materia de seguridad y justicia busca recuperar la confianza de la sociedad en sus órganos de justicia porque:

- ☞ “Para la mayoría de los mexicanos, el problema más importante del país es la seguridad pública.
- ☞ La gran mayoría no confía en las policías municipales, estatales ni federales.

²⁵⁸ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, [en línea]. Disponible: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf, consultado el 25 de abril de 2014, 12:23 PM, p. 66.

²⁵⁹ Artículo 264. Código Nacional de Procedimientos Penales [en línea]. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014, consultado el 25 de abril de 2014, 1:07 PM.

- ☞ La delincuencia organizada actúa todos los días en todos los estados en sus diversas modalidades: narcotráfico, secuestro, tráfico de personas, robo de automóviles, prostitución.
- ☞ La delincuencia organizada tiene una gran capacidad para amedrentar y corromper autoridades, policías y jueces.
- ☞ La mayoría de los mexicanos no confía en los agentes del Ministerio Público locales ni federales.
- ☞ Tampoco confía en los jueces estatales ni federales.”²⁶⁰

En este contexto, la reforma procesal penal implica una dualidad, por un lado establece un sistema acusatorio y oral aplicable a la delincuencia común; y por otro, contempla un tratamiento diferente para la Delincuencia Organizada, es decir, admite un derecho de excepción denominado por el jurista alemán Günther Jakobs “El derecho penal del enemigo”.

De este modo, los reformados artículos 16, 18, 19, 20 y 22 de la Carta Magna, destacan en cuestión de Delincuencia Organizada lo siguiente:

- ✓ El arraigo, es una figura que opera tratándose de delitos de delincuencia organizada, pudiéndose decretar con las modalidades de lugar y tiempo que señale la ley, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público así lo justifique, por lo que la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días. (Artículo 16 párrafo octavo).
- ✓ Noción de delincuencia organizada, entendida como una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. (Artículo 16 párrafo noveno).

²⁶⁰ *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia* [en línea]. Disponible: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/66/1/images/guia%5B1%5D.pdf>, consultado el 26 de abril de 2014, 7:29 PM., p. 8.

- ✓ La retención ante autoridad ministerial podrá duplicarse hasta por noventa y seis horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o poner a disposición de la autoridad judicial. (Artículo 16 párrafo décimo).
- ✓ No hay aplicabilidad de compurgar su pena en centros penitenciarios más cercanos a su domicilio. (Artículo 18 párrafo octavo).
- ✓ Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. (Artículo 18 párrafo noveno).
- ✓ Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros salvo el acceso a su defensor e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en esos establecimientos. (Artículo 18 párrafo noveno).
- ✓ Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal. (Artículo 19 párrafo sexto).
- ✓ Hay acotamiento en la garantía de defensa, toda vez que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y los datos del acusador. (Artículo 20, apartado B, fracción III).
- ✓ La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en esta materia, figura conocida como *Testigos Protegidos*. (Artículo 20, apartado B, fracción III, párrafo segundo).
- ✓ Referente a las pruebas, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra. (Artículo 20, apartado B, fracción V, párrafo segundo).

✓ No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en términos del artículo 109, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. Este procedimiento será jurisdiccional y autónomo del de materia penal, respecto de los siguientes bienes:

- a) Instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
- b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
- c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ellos y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
- d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

(Artículo 22, párrafo segundo, fracciones I y II, incisos a, b, c y d).

Con base en lo anterior, resulta inminente combatir a la delincuencia organizada e incluso a autoridades corruptas, mediante *actos ilícitos* realizados por el propio Estado en los que establezca métodos que permitan la lucha sin quebrantar las garantías de los gobernados.

Esto significa, que el Estado utilice todos los medios a su alcance en el combate de la delincuencia organizada, estableciendo normas que permitan identificar cuándo estamos en presencia de un delincuente común y cuándo ante el crimen organizado. En esta tesitura, no puede ser tratado con las mismas

normas que el delincuente común porque es considerado un *enemigo público de la sociedad*, en virtud de que el daño propagado es mayúsculo.²⁶¹

Por consiguiente, se afirma que la regla de exclusión de la prueba ilícita está regulada genéricamente tanto en la Constitución como en ley adjetiva; y ella no se refiere a la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” por lo que es trascendental abordar los límites de su aplicación con el fin de dar respuesta a la interrogante ¿por qué es importante reconocer la eficacia de la prueba refleja o derivada de la prueba ilícita y sus excepciones?

4.4.1. Evolución de la prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana

Fundamentalmente, la regla de exclusión de la prueba ilícita ha sido creada por la jurisprudencia, sin embargo, no se descarta su presencia en la Constitución o en la ley adjetiva.

Relativo a la evolución histórica de la prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana, el primer antecedente surgió en el ámbito administrativo y no en el penal. La tesis a la que se hace referencia, corresponde a la Séptima Época intitulada:

“CONSTITUCION, VIOLACIONES A LA. NO SON CONVALIDABLES BAJO NINGUN SUPUESTO.

El artículo 16 constitucional ordena que todos los actos dictados por las autoridades del país, se emitan dentro de los catálogos de atribuciones o facultades expresamente establecidos por la Constitución y las leyes. Es bien sabido que las autoridades solamente pueden hacer lo que expresamente les está permitido por la Constitución y demás ordenamientos, por lo que si actúan fuera de sus atribuciones, estarán realizando *actos viciados de incompetencia y violatorios del artículo 16 constitucional*. Por otra parte, la Constitución Federal y especialmente las garantías individuales del gobernado son preceptos de orden público por excelencia, que

²⁶¹ Cfr. ORONoz SANTANA, Carlos M., *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, op. cit., p. 160.

constituyen la cima del sistema jurídico mexicano, razón por la cual, *los derechos consignados a favor de los gobernados son irrenunciables, y los actos de autoridad que se dicten en contravención a tales garantías no son convalidables bajo ningún supuesto.* Si un acto administrativo fue dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, está viciado de incompetencia y es violatorio del artículo 16 constitucional; por lo tanto, si contra dicho acto se promueve un medio de impugnación argumentándose además precisamente el citado vicio, la autoridad que conozca del mismo está obligada a estudiar la violación y de ser fundada, a hacer la declaratoria respectiva, dejando sin efecto el citado acto. No es posible que el vicio de incompetencia se subsane o convalide por el simple hecho de que la autoridad que resuelve el medio de defensa, sea también la competente para emitir el acto impugnado, puesto que lo técnico y jurídicamente correcto en ese caso, es que la autoridad resolutora declare fundado el agravio hecho valer por la incompetencia de quien emitió el acto impugnado, dejándolo sin efecto, sin embargo debe hacerse notar, que la autoridad en el primer caso actuará como la sustanciadora y resolutora del medio de defensa de que se trata, y en el segundo, como la emisora de un acto administrativo en perjuicio del particular, en ambos supuestos dentro de sus atribuciones, pero utilizando facultades distintas según la hipótesis jurídica que se presente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.”²⁶²

Este criterio surge en el año de 1983, periodo en que Tribunales Colegiados de Circuito con rango intermedio gozaban de facultades para pronunciarse respecto a la vulneración de derechos fundamentales. Aunque en ese tiempo su aplicación en la *praxis* era nula, sí se estableció una regla clara de invalidez de los actos realizados con infracción de derechos fundamentales, toda vez que los actos

²⁶² Tesis Aislada Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 175-180, Sexta Parte, 9 de agosto de 1983, p. 55.

de autoridad dictados en contravención a ellos no podrían ser convalidados en ningún supuesto.²⁶³ Por tanto, la tesis impone que si un acto administrativo fue dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, está viciado de incompetencia e inevitablemente será violatorio del artículo 16 constitucional.

La SCJN reconoce la regla de exclusión de la prueba ilícita hasta el año 2011 después de la reforma en materia de seguridad y justicia y del inicio de la Décima Época con el siguiente criterio jurisprudencial:

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de

²⁶³ Cfr. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *op. cit.*, p. 63.

Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.”²⁶⁴

De lo anterior se afirma que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien da la pauta para sostener que la prueba ilícita está albergada en el bloque constitucional del artículo 20 ya reformado; relativo al debido proceso que el derecho anglosajón nombra *due process of law*; noción que lleva implícita la garantía de protección a derechos fundamentales, es decir, rechaza totalmente las pruebas logradas por actos que menoscaben las garantías que el mismo ordenamiento salvaguarda. Asimismo, el máximo tribunal refuerza el contenido del vigente artículo 206 del CFPP al determinar que la regla de exclusión está implícita en aquél.

Un segundo criterio jurisprudencial por reiteración alude al reconocimiento de la prueba ilícita bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, como a continuación se cita:

“PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INculpADO.

Un derecho fundamental que asiste al inculpado durante todo el proceso es la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, alegando como fundamento el derecho a un debido proceso (artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), a que los Jueces se conduzcan con imparcialidad (artículo 17 constitucional) y a una defensa adecuada (artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional); por ende, bajo el criterio de esta prerrogativa, tanto su declaración ministerial asistido por persona de confianza y no por licenciado en derecho, carece de valor probatorio alguno, así como sus posteriores declaraciones, ministeriales o judiciales, si sólo se

²⁶⁴ Tesis: 1a./J. 139/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.

constrañen a su ratificación, sin que se estimen convalidadas, no obstante que sean rendidas en presencia de su defensor, licenciado en derecho y del Juez de la causa; lo anterior, según este principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, pues la nulidad de dichas actuaciones no se supedita a actos posteriores que puedan interpretarse como su consentimiento o superación contraria a derecho, la cual dejó en estado de indefensión al inculpado. Sin embargo, bajo la óptica de la *teoría del vínculo o nexo causal atenuado*, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita. En consecuencia, es legal que el Juez de la causa o el tribunal de apelación, lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la

máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada.”²⁶⁵

Este último criterio, de reciente creación (2014) se encuentra armonizado con las reformas penal y constitucional; ya que en él se analiza el supuesto en que la prueba ilícita puede ser valorada bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado.

Por regla general la jurisprudencia en cita, establece que el derecho fundamental que asiste al inculpado durante todo el proceso es la exclusión de la prueba ilícita; en función del debido proceso regulado en el artículo 14 de la Constitución, en la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales (artículo 17) y en la defensa técnica del inculpado establecida en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VIII; por lo que toda declaración ministerial asistida por persona de confianza carece de valor probatorio así como sus posteriores declaraciones.

No obstante a lo anterior, contempla la intromisión de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita; cuando en sede judicial el inculpado de manera libre, voluntaria y espontánea declare en relación a los hechos que se le imputan en presencia del Juez, Ministerio Público, su defensor (quien necesariamente deberá ser Licenciado en Derecho) y del secretario fedatario. En este contexto y al cumplir con las garantías del debido proceso, se advierte que la conexión entre la prueba ilícita y la derivada es tan tenue que puede darse por rota o inexistente jurídicamente, en razón de que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita.

²⁶⁵ Tesis: I.9o.P. J/12 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, t. III, Febrero de 2014, p. 2065.

Por tanto, los jueces de primera instancia así como los de apelación están facultados para justipreciar lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, a efecto de determinar su posible inexistencia.

4.5. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita alude a la obtención de pruebas a partir de actos que lesionan derechos fundamentales, es decir, excluye “la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio, o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones.”²⁶⁶ Además ella tiene un efecto reflejo: son ilícitas también las pruebas obtenidas indirectamente a partir de la transgresión de algún derecho fundamental, es decir, al originarse espuria, contaminada o envenenada; afecta todo lo que derive de ella, o como se expresa en el derecho romano “lo secundario sigue la suerte de lo principal.”²⁶⁷

Se trata de la manifestación que la doctrina norteamericana ha denominado la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), la cual consiste en la contaminación que tiene la prueba ilícita produciendo un efecto reflejo o efecto dominó (término empleado también en España) en todo lo que derive de ella, por lo que “es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales.”²⁶⁸

Aunado a lo expuesto, existen excepciones a la regla de exclusión cuando hay buena fe (*good faith exception*), fuente independiente (*independent source doctrine*), descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) y vínculo o conexión atenuada (*attenuated connection doctrine o purged taint*).

²⁶⁶ FERRER, Jordi *et al.*, *Estudios sobre la Prueba*, colección dirigida por: José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez, Editorial Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 72.

²⁶⁷ ARENAS ECHEVERRI, Nicolás Álvaro *et al.*, *op. cit.*, p. 29.

²⁶⁸ FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 73.

4.5.1. Excepción de la buena fe (*Good faith exception*)

Esta excepción surge en el año de 1984 y es creada por la jurisprudencia norteamericana que resuelve el caso *Leon vs United States*. Se planteó el supuesto en que la policía realizó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero con posterioridad un Tribunal superior había concluido la violación a la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable.²⁶⁹

A pesar de lo argumentado, la Corte norteamericana permitió la presentación de las pruebas obtenidas en el allanamiento al estimar que la policía había actuado de buena fe con una autorización inválida; afirmando así la improcedencia de la *exclusionary rule*.

Indudablemente, cuando el actuar de la policía es de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y por lo tanto, no hay violación de algún derecho fundamental; la exclusión de la prueba carece de justificación, toda vez que con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrent effect*).

El efecto disuasorio (*deterrent effect*) consiste en evitar prácticas abusivas por parte de los investigadores policíacos, empero, este argumento no se refiere directamente a la *exclusionary rule* sino que su objetivo se encamina a desalentar los “abusos funcionales” en la investigación de los delitos.

Este mecanismo opera de la siguiente manera “si el investigador sabe que si obtiene una prueba violando una garantía constitucional, la misma no podrá ser aprovechada en el proceso penal, para el futuro, tanto él como sus colegas, observarán la ley en su labor de recopilar la prueba, respetando las garantías constitucionales, a fin de que su tarea tenga valor en el procedimiento penal.”²⁷⁰

²⁶⁹ Cfr. MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel, *La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, enero-junio, Barcelona, 2010, p. 140. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>, consultado el 06 de mayo de 2014, 4:03 PM.

²⁷⁰ EDWARDS, Carlos E., *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal*, Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-República Argentina, 2000, p. 59.

Bajo este razonamiento, si la principal consecuencia de la prueba ilícita que viola alguna garantía constitucional es su exclusión, no tiene caso obtener pruebas por medios ilícitos, ya que serán desechadas y tampoco tendrán eficacia jurídica.

La excepción de la buena fe, se complementó con el caso *Illinois vs. Krull*, en el supuesto que la policía realice el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional.²⁷¹

Posteriormente en 1995 en la sentencia de *Arizona vs. Evans*, se hace extensiva la excepción “a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del Poder Judicial.”²⁷²

En conclusión, la excepción de la buena fe no se equipara de ninguna forma al efecto disuasorio, debido a que la actuación policiaca se desarrolla en el convencimiento de que está cumpliendo con las formalidades que la ley le exige.

4.5.2. Excepción de la fuente o prueba independiente (*Independent source doctrine*)

La doctrina de la fuente o prueba independiente no se considera en rigor una excepción a la regla de exclusión porque plantea la inexistencia de la conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, es decir, la prueba derivada está totalmente desvinculada de la ilícita. En este contexto, se sostiene que “la prueba no procede un árbol envenenado, sino de una árbol perfectamente sano.”²⁷³

Por tanto, se trata de una fuente autónoma en la cual subsisten otras vías de investigación lícitas que permiten la obtención de pruebas que acrediten el hecho delictivo.

Esta doctrina fue creada por el Tribunal Supremo norteamericano, aplicándose al caso *Segura vs. United States* (1984). El supuesto estaba relacionado con el curso de la investigación de un delito de tráfico de drogas, en el que la policía entra en un domicilio sin mandamiento judicial, detiene a los

²⁷¹ Cfr. FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 98.

²⁷² *Ídem*.

²⁷³ *Ibidem*, p. 89.

ocupantes y permanece en el lugar durante varias horas hasta que llega el preceptivo mandamiento judicial. La autorización es obtenida en virtud de datos indiciarios existentes antes de proceder al registro ilegal.

Durante el proceso fueron excluidos como fuente de prueba los elementos que se habían encontrado en el inmueble con la entrada inicial; sin embargo, fueron admitidos los que se descubrieron después de haberse ejecutado el mandamiento de entrada válido.²⁷⁴

En el caso *Bynum vs. United States* (1969) también se aplicó esta doctrina en el supuesto donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso procedente de una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. La prueba pericial fue tomada en el momento de la detención comprobando oportunamente que dichas huellas correspondían con las que se habían tomado en otro lugar donde se había perpetrado un robo.

Sin embargo, la toma de huellas dactilares fue declarada ilícita por derivar directamente de la primera prueba, esto es, de la detención ilegal que se había practicado sin tener causa razonable. Posteriormente, la policía presentó una nueva prueba dactilar que coincidía con las huellas dactilares encontradas en el lugar del robo pero aquellas no guardaban conexión con las recogidas durante la detención ilegal, pues su procedencia derivaba de unas huellas antiguas del detenido que se encontraban en los archivos del FBI.²⁷⁵

El pronunciamiento del Tribunal Supremo fundamentó la aceptación de esta nueva prueba pericial al considerarla independiente respecto de la prueba obtenida en la detención ilegal.

En este segundo supuesto, un sector de la doctrina afirma que difícilmente pueda admitirse la existencia de una prueba independiente, ya que existe una evidente relación causal entre ambos tipos de prueba; toda vez que, en algunas ocasiones existirán dificultades notorias para calificar una prueba independiente que esté vinculada directamente con una inicial actividad probatoria ilícita.

²⁷⁴ Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*, Universidad de Burgos, España, [en línea]. Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf, consultado el 09 de mayo de 2014, 11:04 AM., p. 14.

²⁷⁵ Cfr. MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel, *La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, enero-junio, Barcelona, 2010, p. 140. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>, consultado el 09 de mayo de 2014, 11:29 AM.

Como se vislumbra, el inconveniente de esta doctrina radica en que la mayoría de las veces se aplica donde efectivamente hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba derivada; por ende acaba operando como una fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión a través de la desmesurada ambigüedad en el concepto de “prueba independiente”.

De este modo, se advierte que en la práctica la independencia opera no sólo en los casos en que exista una verdadera desconexión causal sino también en los supuestos donde hay una relación causal (causa-efecto) entre ambas; por lo que, la prueba ilícita puede calificarse de “prueba jurídicamente independiente”²⁷⁶.

4.5.3. Excepción del descubrimiento inevitable (*Inevitable discovery*)

El descubrimiento inevitable es una creación de la jurisprudencia norteamericana, en algunas ocasiones también se le denomina “la doctrina de la fuente independiente hipotética (*hypothetical independent source doctrine*)”.²⁷⁷ Esta doctrina guarda relación con la anterior, incluso ha sido considerada una modalidad de la otra, aunque más perfeccionada.

Esta excepción, se basa en el caso *Nix vs. Williams* (1984), en el que durante el desarrollo de un interrogatorio ilegal el acusado se declaró culpable de un homicidio y condujo a la policía donde se había enterrado el cadáver. Al respecto, el Tribunal Supremo excluyó la confesión ilegal del acusado, pero no el cadáver de la víctima como resultado del interrogatorio ilegal, toda vez que éste se habría descubierto inevitablemente pocas horas después del mismo porque la policía estaba buscando el cuerpo en la misma zona donde finalmente se halló.²⁷⁸

Doctrinalmente, esta excepción ha sido merecedora de múltiples críticas porque se basa en juicios meramente hipotéticos o conjeturales bajo la premisa de “lo que pudo haber pasado y no pasó.”²⁷⁹

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 144.

²⁷⁷ FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁸ Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*, Universidad de Burgos, España, [en línea]. Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf, consultado el 12 de mayo de 2014, 1:10 PM., p. 15.

²⁷⁹ FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 96.

Así, resulta difícilmente admisible desde la óptica de la presunción de inocencia ya que sólo puede ser desvirtuada a partir de datos plenamente acreditados y obtenidos lícitamente; en tanto que el descubrimiento inevitable autoriza la utilización de material probatorio obtenido con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero en realidad su alcance estuvo contaminado de ilicitud.

En definitiva, para lograr el éxito en la aplicación del descubrimiento inevitable se requiere que el Estado acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiere sido descubierta a través de medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original, tal como lo sugiere Salas Calero.²⁸⁰

4.5.4. Excepción del vínculo o conexión atenuada (*Attenuated connection doctrine o Purged taint*)

Procedente también de la jurisprudencia norteamericana, establece que “en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente.”²⁸¹

Esta excepción tuvo su origen en el caso *Wong Sun vs. United States* (1963) en el que se planteó la entrada ilegal a un domicilio en el que se detiene a una persona (A), quien en su declaración acusa a otra de haberle vendido droga incautada, procediéndose también a la detención del segundo individuo y a la ocupación de una determinada cantidad de droga. En la declaración del segundo detenido (B), implica a un tercero (C) que también es detenido.

Días después, tras obtener su libertad bajo fianza C acude voluntariamente a las dependencias policiales y efectúa una confesión, siendo informado oportunamente de sus derechos ante los agentes policíacos que le interrogaron.

²⁸⁰ Cfr. MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel, *La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, enero-junio, Barcelona, 2010, p. 144 y 145. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>, consultado el 14 de mayo de 2014, 09:37 AM.

²⁸¹ FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 90.

Al respecto, el Tribunal Supremo norteamericano excluyó todas las pruebas; excepto la última relativa a la confesión voluntaria tomando en consideración que la voluntariedad de la confesión y la información previa de sus derechos, introducían un acto independiente que interrumpía su conexión causal con los altos ilícitos precedentes.

De este modo, se manifiesta que la confesión posee un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión al derecho fundamental, por tanto no se justifica excluirla del proceso.

Como se observa, esta doctrina admite la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba derivada; no obstante, aquél está tan debilitado o atenuado que autoriza la utilización de esa prueba en el proceso.

A continuación se citan algunos criterios empleados para determinar cuándo se puede atenuar suficientemente la conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada, para hacer esta última eficaz:

- a) “El tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la adquisición de la prueba lícita derivada. Cuanto mayor sea el periodo de tiempo transcurrido más posibilidades existen de que los tribunales atenúen la prueba derivada.
- b) Los acontecimientos que hayan ocurrido entre la obtención de ambas pruebas. Cuantos más acontecimientos y actuaciones hayan existido, más posibilidades habrá de que no se contamine la prueba derivada.
- c) La gravedad de la violación originaria. Cuanto más grave sea, mayores dificultades habrá para la aceptación de la prueba derivada.
- d) La naturaleza de la prueba derivada. En concreto, si se está ante una prueba personal basada en la voluntariedad, como la confesión del sospechoso practicada con todas las garantías, existirán mayores probabilidades de que sea admitida que si se hubiera tratado de una prueba material.”²⁸²

²⁸² DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*, Universidad de Burgos, España, [en línea]. Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf, consultado el 16 de mayo de 2014, 2:25 AM., p. 17.

4.6. Tesis española de la conexión de la antijuridicidad

Surge en el Tribunal Constitucional español, a través de la cual trata de explicarse cuándo deben de excluirse del proceso y cuándo no las pruebas obtenidas a raíz de la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis parte del presupuesto que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y por tanto excluirla.²⁸³

En este sentido, sólo en determinadas circunstancias la prueba será considerada ilícita; mismas que son explicadas por la doctrina de la conexión de la antijuridicidad. Dicha tesis, pretende justificar excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en un contexto de presión social ante la criminalidad; forjándose sobre el denominado efecto reflejo de la regla mencionada, esto es, se refiere al ámbito de las pruebas ilícitas indirectas; a contrario sensu, trasladar esta tesis al ámbito de las pruebas ilícitas directas conllevaría a la anulación de la regla de exclusión y con ello a desproteger los derechos fundamentales en uno de los campos más proclives a su vulneración.

Así, la conexión de la antijuridicidad se proyecta por primera vez en la STC 81/1998 y se sintetiza de la siguiente manera: “Cuando se ha lesionado un derecho fundamental y como consecuencia se han obtenido pruebas, éstas no son inadmisibles en todo caso, sino sólo cuando exista, además de la relación de causalidad, una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Es decir, la conexión de antijuridicidad es lo que justifica la aplicación de la regla de exclusión. Cuando, por el contrario, no haya conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, ésta podrá ser incorporada al proceso. Es decir, la ausencia de conexión de antijuridicidad es lo que justifica no aplicar (o excepcionar) la regla de exclusión.”²⁸⁴

Bajo este supuesto, la doctrina de la conexión de antijuridicidad propone que cuando sea inexistente el vínculo, la prueba será proclive a su utilización

²⁸³ Cfr. FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 82.

²⁸⁴ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, [en línea]. Disponible: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf, consultado el 16 de mayo de 2014, 3:23 AM, p. 66.

cuando concurren en dos supuestos que el Tribunal Constitucional denomina *perspectiva interna y perspectiva externa*.

La *perspectiva interna*, establece la necesidad de que la prueba refleja o derivada sea jurídicamente independiente a la vulneración del derecho, esto es, se busca determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de la ilícita. Ahora bien, en *la perspectiva externa* se requiere que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud.²⁸⁵

En este contexto, el Tribunal Constitucional señala “estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.”²⁸⁶

En conclusión la conexión de antijuridicidad determina paradigmas en la admisión de pruebas ilícitas indirectas, los que se sintetizan de la siguiente manera:

- Debe existir independencia jurídica entre la lesión del derecho y la prueba derivada.
- Inexistencia de necesidades importantes en la tutela del derecho lesionado, es decir, en la hipótesis de haber independencia jurídica, primero hay que examinar la lesión del derecho fundamental en concreto para determinar si la excepcional admisión de esa prueba ilícita no afectará demasiado en el futuro su contenido esencial y su necesidad de tutela.²⁸⁷

²⁸⁵ Cfr. FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 84.

²⁸⁶ MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel, *La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 22, enero-junio, Barcelona, 2010, p. 149. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>, consultado el 16 de mayo de 2014, 1:10 PM.

²⁸⁷ Cfr. FERRER, Jordi *et al.*, *op. cit.*, p. 85.

4.7. Principio de la proporcionalidad

El criterio de proporcionalidad o *Verhältnismässigkeitsprinzip* deriva del derecho alemán y consiste “en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas.”²⁸⁸

Dicho criterio se ilustra en los siguientes ejemplos: “cuando existe el peligro de explosión de una bomba, y los investigadores obtienen la confesión del lugar donde se colocó el explosivo mediante tormentos, o en un secuestro extorsivo en el cual corre peligro la vida de la víctima, y se obtiene el lugar donde se encuentra la misma, a través de la intervención ilegal de una comunicación telefónica.”²⁸⁹

Como se observa, el criterio de proporcionalidad opera en casos excepcionales y extremadamente graves; en los que además de admitir pruebas ilícitas se busca el equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos, es decir, se produce una antinomia.

Acorde con lo argumentado por la jurista Minvielle, este principio se contrapone con otros valores o intereses cuya garantía también resulta afectada, no obstante, proporciona pautas con el objeto de evitar un uso distorsionado en la admisibilidad de pruebas ilícitas, que serán analizadas en el caso en concreto y nunca en abstracto; estas son:

- ✓ “El valor que contraste con la regla de exclusión, debe reconocer la categoría constitucional, pues sólo con él pueden ser parangonados los que resulten protegidos por la inadmisibilidad...”
- ✓ El ‘criterio de proporción’ no supone contraponer en abstracto los valores o intereses involucrados, sino analizar para cada caso, en la situación de hecho planteada, los beneficios de la realización del derecho y los perjuicios de su no realización...

²⁸⁸ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, [en línea]. Disponible: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf, consultado el 19 de mayo de 2014, 1:26 PM, p. 71.

²⁸⁹ EDWARDS, Carlos E., *op. cit.*, p.131.

- ✓ Al calificar en concreto la conducta ilícita, han de valorarse las distintas circunstancias concurrentes...
- ✓ Por su propio carácter excepcional, la admisibilidad sólo puede tener lugar en la medida de lo estrictamente necesario para precaver el daño, pero nunca podrían utilizar como prueba en contra del imputado.”²⁹⁰

En contraposición al argumento anterior, el autor Edwards sostiene que el criterio de proporcionalidad se torna en un ambiente peligroso ya que involucra una verdadera desnaturalización de la prueba ilícita, con base en el fundamento ético: “no puede avalarse de ningún modo la persecución penal a cualquier costo, ya que ello significa aceptar que el fin justifica cualquier medio.”²⁹¹

Concluyendo, se determina que el criterio de proporcionalidad no es propicio en la admisión de pruebas ilícitas porque se basa fundamentalmente en el subjetivismo y discrecionalidad que lleva implícito, por lo que al aplicarse la balanza estaría desvencijada más de un lado que del otro.

4.8. Propuesta: adhesión del artículo 264 BIS del Código Nacional de Procedimientos Penales

Procedente de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad y justicia (en la que se deja atrás el aún vigente sistema mixto en el proceso penal federal) tiene inicio la implementación del nuevo sistema penal acusatorio y oral, establecido así en el proemio del artículo 20 de la Ley Fundamental. El sistema acusatorio se funda en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Ahora bien, el reformado artículo 20, se divide en tres apartados: A, B y C. El apartado A contiene los principios generales del debido proceso; el B corresponde a los derechos de toda persona imputada y el C señala los derechos de la víctima u ofendido.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

²⁹¹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La Prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, [en línea]. Disponible: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf, consultado el 20 de mayo de 2014, 11:13 AM, p. 72.

Aunado a lo anterior, se suman las reformas del 2011 al artículo 1° constitucional y del decreto donde se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 del mismo ordenamiento; sin soslayar el inicio de la Décima Época en la jurisprudencia, sucesos que en su conjunto fueron armonizados para dar lugar al reconocimiento de los denominados Derechos Humanos tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales en los que México sea parte.

En esta tesitura, el proceso penal acusatorio y oral reconoce principios generales que conforman el debido proceso; involucrándose en ellos, la salvaguarda de los derechos fundamentales del inculpado durante el proceso penal.

La regla de exclusión de la prueba ilícita surge en el ámbito jurisprudencial norteamericano, sin embargo, no se descarta su inclusión en la Constitución o en leyes adjetivas.

Por lo que respecta a la presente investigación la valoración de la prueba ilícita en el nuevo sistema penal acusatorio, está prohibida genéricamente en el apartado A, fracción IX del artículo 20 constitucional al señalar que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. De igual forma, el artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales instauro la exclusión o nulidad de las pruebas ilícitas (sean datos o pruebas).

En este sentido, es menester enfatizar que por regla general el sistema acusatorio al ser garantista vela principalmente por los derechos del inculpado, entre los cuales están: la presunción de inocencia; a no declarar; a ser informado de los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten (a excepción de la delincuencia organizada); a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca; a ser juzgado en audiencia pública; derecho de acceso a los registros de la investigación; a ser juzgado antes de cuatro meses en delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excede de ese tiempo; y el derecho a una defensa adecuada (entendiéndose la participación de aquél que acredite ser Licenciado en Derecho), entre otras.

La regla de exclusión de la prueba ilícita alude a la obtención de pruebas a través de medios que lesionan derechos fundamentales, refiriéndose en la mayoría de los casos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones; por lo que en ella se da un efecto reflejo o dominó, es decir, se contaminan de ilicitud las pruebas derivadas de aquella. A esto la doctrina norteamericana lo ha llamado la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*); no obstante, existen excepciones a esta regla cuando hay buena fe (*good faith excepcion*), existe una fuente independiente (*independent source doctrine*), se da un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*); o subsiste un vínculo o conexión atenuada (*attenuated connection doctrine o purged paint*).

La jurisprudencia mexicana aborda el tema de la prueba ilícita solamente en dos criterios: en uno de ellos se ciñe a reconocer la nulidad de la prueba ilícita como garantía del inculpado durante el proceso penal y en el mismo sentido reconoce que se encuentra implícita en el orden constitucional, reforzando igualmente el contenido del artículo 206 del CFPP. La otra jurisprudencia alude a la posibilidad de valorar la prueba ilícita bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado en la declaración del inculpado.

Con base en lo expuesto, nace la idea de proponer la adhesión del *artículo 264 BIS del Código Nacional de Procedimientos Penales* con la denominación *Excepciones a la nulidad de la prueba ilícita*, en el que se establezcan los requisitos para determinar cuándo no serán considerados violatorios de Derechos Humanos los datos o pruebas ofrecidos por las partes; bajo la óptica de las excepciones que brinda la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*).

CONCLUSIONES

PRIMERA. El papel del Estado consiste en implementar un sistema de enjuiciamiento criminal que acorde a su ideología o filosofía permita dar solución a los conflictos suscitados entre el imputado y la víctima u ofendido; o entre el imputado y la sociedad con el objeto de dirimir pacíficamente el problema a través de un juicio. Doctrinalmente, se ha desarrollado el estudio de tres sistemas: acusatorio, inquisitivo y mixto; empero ninguno de ellos existe en el realidad como puros sino que operan como mixtos.

SEGUNDA. El proceso penal federal vigente se rige por el sistema mixto al contener rasgos del inquisitivo y acusatorio. Se desarrolla inquisitivamente durante la investigación a cargo del Ministerio Público como representante de la ley y de la sociedad, imperando la escritura y el secreto; sin embargo, al imputado se le reconocen garantías y derechos individuales a su favor (se erradica la tortura pero prevalece la prisión preventiva como regla general) a partir de que es puesto a disposición del órgano jurisdiccional por lo que el juicio se realiza en audiencia pública bajo los principios de oralidad, publicidad y contradicción, que corresponden al sistema acusatorio; pero esta combinación no concierne al modelo de un Estado de Derecho.

TERCERA. El sistema acusatorio adversarial surge del procedimiento penal anglosajón y se identifica por ser un procedimiento de partes donde la participación es activa y en igualdad de armas. A partir de la década de los 80's inicia la reforma de justicia penal en Latinoamérica con el objeto de plasmar los derechos fundamentales en el máximo ordenamiento "la Constitución" en armonía con las garantías establecidas en diversos Tratados Internacionales que en su conjunto forman el debido proceso.

En consecuencia, el reconocimiento a los derechos humanos forma parte de la modernización y humanización de la justicia penal por lo que el sistema acusatorio se asienta sobre el principio de la presunción de inocencia.

CUARTA. México inicia la transición a un sistema acusatorio y oral con tendencia adversarial por el evidente atraso e ineficacia en el sistema de justicia existente, adhiriéndose la desconfianza total en el aparato de justicia porque las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia organizada, los procesos y juicio son burocráticos y lentos, prevalece la escritura en expedientes interminables, las cárceles son inseguras, no garantizan la reinserción social y se catalogan como las “Universidades del Crimen”. Por tanto, el crimen organizado se ha convertido en una inminente amenaza para el Estado, provocando inestabilidad en la sociedad. En consecuencia, el 18 de junio de 2008 se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de Seguridad y Justicia, en la que se reformaron diez artículos: siete en materia penal, uno sobre facultades del Congreso, uno sobre desarrollo municipal y uno en material laboral. En esta reforma se establece el nuevo sistema penal acusatorio y oral; señalando en el artículo segundo transitorio un plazo máximo de ocho años para su implementación.

QUINTA. La prueba en general es una palabra con significado polifacético o poliédrico, por lo que doctrinalmente existe una amplia gama de definiciones elaborada por juristas nacionales y extranjeros. No obstante, el ilustre mexicano Guillermo Colín Sánchez es quien dota el significado de prueba con dos elementos imprescindibles al manifestar que su importancia no sólo radica en la investigación de la verdad legal sino también considera necesario el estudio de la personalidad del delincuente y los motivos que lo llevaron a delinquir.

La prueba judicial consiste en una actividad de tipo procedimental realizada por las partes dentro de un juicio, en el que suministran al juez conocimiento para la comprobación de un hecho delictivo o su existencia. Por otro lado, será facultad exclusiva del juez analizar razonadamente todas las pruebas con el fin de obtener convicción o certeza de la hipótesis planteada; ajustándose siempre a las formalidades que el sistema probatorio exija a efecto de resolver y emitir la resolución correspondiente.

SEXTA. La prueba está conformada por elementos fundamentales a los que debe someterse y ellos resultan indispensables para el acertado pronunciamiento en las decisiones judiciales. Doctrinalmente algunos autores sólo abordan el estudio de tres elementos: objeto, órgano y medio de prueba; mientras que otros estudian los mismos adhiriendo un cuarto elemento denominado “elemento de prueba”.

El medio de prueba y el elemento de prueba son diferentes entre sí, ya que el primero se constituye como un vehículo para alcanzar un fin de acuerdo al impulso procesal que imprima el órgano de prueba; a diferencia de éste el elemento de prueba se constituye como la prueba en sí, misma que dará fundamento al fallo jurisdiccional. Por tanto, son ineludibles los cuatro elementos de prueba.

SÉPTIMA. En la actualidad son reconocidos a nivel federal como medios de prueba constitucional el careo y el cateo; procesalmente en diversos capítulos se contemplan la confesión, inspección, peritos, testigos, confrontación, careos, documentos y comunicaciones privadas entre particulares.

En materia local, el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal enumera en seis fracciones los medios probatorios que reconoce; convirtiéndose en la única legislación a nivel local y federal que hace esta segmentación.

OCTAVA. El sistema penal mixto admite como sistema de determinación de los medios de prueba el sistema libre o de *numerus apertus*, pues además de los enunciados por los ordenamientos hay cabida para otros medios que no estén mencionados expresamente.

La valoración de la prueba se rige por el sistema mixto con tendencia al modelo libre, pero en la mayoría de los medios de prueba el valor es tasado.

NOVENA. El nuevo proceso penal acusatorio y oral, así denominado en el proemio del artículo 20 constitucional, se sienta sobre la base de cinco principios rectores: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. El

artículo 4° del Código Nacional de Procedimientos Penales también los contempla; convirtiéndose en pilares del desarrollo técnico durante la actividad probatoria.

La esencia del sistema acusatorio es la oralidad porque se convierte en el método más efectivo para ofrecer, presentar, practicar, controvertir y valorar los medios de prueba en un escenario dialéctico donde las partes expresen de viva voz sus argumentos.

DÉCIMA. El sistema acusatorio se compone de tres etapas: investigación, intermedia o de preparación a juicio y la de juicio propiamente dicha. El nuevo modelo contempla a su vez tres fases de la prueba: primero es dato de prueba durante la investigación; su función se limita a dar sustento a la existencia del hecho delictivo, la probable participación del imputado y la imposición de medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales por lo que no constituyen actividad probatoria en tanto que carecen valor jurídico.

Durante la etapa intermedia los datos de prueba se convierten en medios de prueba, los cuales al ofrecerse pueden ser admitidos o desechados.

En la etapa de juicio ingresan los medios de prueba y una vez desahogados bajo los principios de inmediación y contradicción se consolidan como la prueba en sí, misma con la que se fundamentará la sentencia.

DÉCIMA PRIMERA. Excepcionalmente se introduce por primera vez la figura de la prueba anticipada, su función se enfoca a ofrecerla y desahogarla durante la audiencia intermedia, garantizando el cumplimiento de los principios rectores. Esta prueba generalmente se ofrece cuando se estima probable que algún testigo no pueda concurrir a la audiencia de juicio por vivir en el extranjero, por algún motivo que prevea su muerte o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidan declarar, asimismo por existir motivos fundados y de extrema necesidad para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

DÉCIMA SEGUNDA. El sistema de libre valoración en la prueba es propio del modelo acusatorio y oral con tendencia adversarial porque le confiere al juez

discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, limitada únicamente por las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos; directrices con las que el juzgador fundamentará su resolución.

El juez está obligado a motivar las pruebas producidas e incluso las que hayan sido desestimadas indicando las razones de su determinación; a efecto de condenar al acusado si llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable pues en caso contrario procederá su absolución imperando el principio del *in dubio pro reo*.

DÉCIMA TERCERA. La prueba ilícita es identificada en la doctrina y la jurisprudencia con diversas denominaciones; pese a ello, todas concuerdan en negar el ingreso a pruebas ilícitas que afecten derechos fundamentales.

Los términos de prueba ilícita y prueba irregular se utilizan indistintamente pero cada una tiene significado y alcance diferente; en consecuencia la prueba ilícita siempre viola garantías constitucionales y su nulidad es de pleno derecho; en tanto que la prueba irregular infringe actos procedimentales, mismos que son susceptibles de ser subsanados y/o convalidados.

DÉCIMA CUARTA. La regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) surge en Estados Unidos de América y es una creación jurisprudencial. En México es adoptada a nivel constitucional con base en el modelo americano, en la fracción IX del artículo 20 al relacionarse con el reconocimiento del Estado de Derecho en el que se garantiza y protegen los derechos y libertades de los individuos sometidos a proceso.

DÉCIMA QUINTA. A pesar de que la prueba ilícita es regulada en la Constitución, la jurisprudencia mexicana da el primer antecedente en el ámbito administrativo y no en el penal durante la Séptima Época, estableciendo una regla clara de invalidez de los actos realizados con infracción de derechos fundamentales.

Tras las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia (2008), el reconocimiento expreso de los Derechos Humanos en el artículo 1° (2011), en

amparo y del inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación en 2011 se reconoce jurisprudencialmente la regla de exclusión de la prueba ilícita concluyéndose que está albergada en el bloque constitucional.

DÉCIMA SEXTA. La teoría de los frutos del árbol envenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*) aborda la contaminación que tiene la prueba ilícita al producir un efecto dominó o reflejo en todo lo que derive de ella, por lo que establece que toda prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula.

Aunque ésta se constituye como una regla general, admite excepciones en los supuestos en que hay buena fe, existe una fuente independiente, se da un descubrimiento inevitable o se presenta un vínculo o conexión atenuada, por lo que a través de ellas se justifica la admisión de pruebas lícitas obtenidas a partir de ilícitas.

PROPUESTA

Derivado de la modernización en el sistema procesal mexicano a través de la transición de un modelo mixto al sistema acusatorio y oral (con tendencia al adversarial), así impuesto en el proemio del artículo 20 constitucional:

“Artículo 20. El proceso penal será **acusatorio y oral**. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.”

Se ha incorporado la regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*), en virtud de la cual son nulas las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX:

“IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será **nula**, y”

En este sentido, al ser obtenida y/o practicada con afectación a los derechos fundamentales su efecto será la nulidad de pleno derecho, es decir, prohíbe su admisión y valoración por el órgano jurisdiccional. Como se advirtió en la presente investigación, la prueba ilícita difiere de la prueba irregular tanto en su connotación como en su alcance jurídico, porque en el segundo caso no vulnera derechos fundamentales sino procedimentales; siendo susceptible de subsanarse y/o convalidarse.

En el vetusto sistema inquisitivo como en el mixto, la búsqueda de la verdad material de la prueba justificaba y amparaba cualquier medio para su obtención sin importar su licitud o ilicitud; en tanto que, el sistema acusatorio se pronuncia en indagar la verdad ya no a cualquier precio sino sobre la base del principio de presunción de inocencia.

La admisión y valoración de la prueba está en manos del órgano jurisdiccional, por lo que tocará al juez de garantías controlar que los datos de prueba ofrecidos por el Ministerio Público en su acusación son lícitos, y que ellas no fueron obtenidas a través de conductas ilícitas. El objeto de la licitud probatoria

gravita en que el juez de juicio oral no entre en contacto con pruebas ilícitas para evitar severas consecuencias de los efectos psicológicos que ellas estimulan.

Sin embargo, el hecho de que las pruebas pasen todos los filtros para llegar al momento culminante del juicio en el que los medios de prueba están listos para producirse y consolidarse como pruebas propiamente dichas, no implican una limitante para denunciar que aquélla está viciada de ilicitud por alguna de las partes o incluso sea el mismo juzgador quien lo determine pues está capacitado para pronunciarse al respecto y por tanto prohibir su valoración.

Concatenado a lo expuesto, se expondrán los principales argumentos que dan contenido a las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el que son admitidas y valoradas pruebas lícitas derivadas de pruebas ilícitas; que la doctrina denomina eficacia de la prueba refleja o derivada y a través de ellos dar respuesta a la interrogante ¿Por qué es importante reconocer la eficacia de la prueba refleja derivada de la prueba ilícita y sus excepciones?

En efecto, la prueba ilícita concebida como tal debe ser excluida, extirpada y nula de plena derecho como lo advierte la teoría del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous doctrine*), sin embargo la eficacia de la prueba refleja o derivada versa sobre aquellos frutos buenos del árbol ponzoñoso, fundamentándose en cuatro excepciones donde la prueba derivada de una ilícita puede ser admitida como lícita condicionada a que:

- a) Se trate de una fuente independiente: cuando la prueba se ha adicionado por una fuente totalmente ajena a la contaminada por la ilicitud. O de igual forma, cuando la prueba derivada se allegó de una fuente desvinculada de la prueba ilícita.
- b) Exista un vínculo o conexión atenuada: cuando entre la prueba ilícita principal y la derivada no es directo sino que en él está tan debilitado el vínculo que puede considerarse inexistente y en consecuencia es admisible.
- c) Cuando el descubrimiento de la verdad es inevitable: en este supuesto el material probatorio es descubierto por vías distintas a las que anuncia la

prueba ilícita. Por lo que, es inevitable su descubrimiento pues de una u otra forma sale a flote la verdad de manera irresistible.

- d) Haya buena fe, reconociéndose legítima la aptitud probatoria a las pruebas obtenidas ilícitamente cuando se demuestre que los funcionarios policiales actuaron de buena fe, es decir, creyendo que su conducta se ajustaba a la ley. Esta última excepción es bastante subjetiva porque está sujeta al arbitrio judicial pero la jurisprudencia norteamericana ha fijado pautas para establecer cuándo es aplicable o no esta excepción.

Como se afirmó en el Capítulo IV de la presente investigación la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene un origen inminentemente jurisprudencial por lo que no se descarta su inclusión en la Constitución o en la ley adjetiva, por tanto al estar enunciada genéricamente en el ordenamiento fundamental, ella ha sido desarrollada jurisprudencialmente durante la reciente iniciación de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación en el año 2011, tomando en consideración la valoración de la prueba ilícita desde la perspectiva de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, en la jurisprudencia intitulada “PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO.”

Asimismo el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 264 también consagra la regla de exclusión de la prueba ilícita al señalar:

“Artículo 264. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.”

Empero, no se pronuncia sobre la posible valoración de aquella bajo la óptica de la doctrina de los frutos buenos del árbol con ponzoña o envenados.

Con base en lo expuesto, se propone **la adhesión del artículo 264 BIS del Código Nacional de Procedimientos Penales**, en el que además de considerarse la excepción del vínculo o nexo causal atenuado se incluyan igualmente las excepciones de la fuente o prueba independiente y la del descubrimiento inevitable para quedar como sigue:

“Artículo 264 BIS. Excepciones a la nulidad de la prueba ilícita

La regla de exclusión de la prueba ilícita tendrá eficacia y no será violatoria de derechos fundamentales cuando los datos o elementos de prueba cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- I. Deriven de una fuente independiente;***
- II. Exista un vínculo o nexo causal atenuado; o***
- III. Su descubrimiento sea inevitable.***

En los casos previstos, se entenderá por:

Fuente independiente: los datos o pruebas derivados de un nexo causal diferente al ilícito.

Vínculo o nexo causal atenuado: cuando la relación entre la prueba ilícita y la derivada sea tan débil que pueda considerarse inexistente.

Descubrimiento inevitable: cuando el dato o prueba sea hallado de una u otra forma.”

La adhesión del presente artículo prescinde de la excepción de la buena fe, ya que doctrinalmente se considera la más peligrosa en la regla de exclusión y por consiguiente en la protección de los derechos fundamentales. Su peligrosidad radica en el riesgo de contagio que mayoritariamente también penetra en la prueba derivada; es decir, esta excepción permitiría determinar innumerables excepciones a la exclusión de las pruebas ilícitas y el resultado sería el regreso al conocimiento de la verdad material a cualquier precio; destacando que el sistema acusatorio y oral no justifica estos medios.

En conclusión, el siguiente cuadro comparativo demuestra el texto vigente del artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales así como el texto propuesto por el que se adhiere el **artículo 264 BIS del mismo ordenamiento**.

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p style="text-align: center;">LIBRO SEGUNDO DEL PROCEDIMIENTO TÍTULO IV DE LOS DATOS DE PRUEBA, MEDIOS DE PRUEBA Y PRUEBAS. CAPÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES COMUNES</p> <p>Artículo 264. Nulidad de la prueba Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.</p>	<p style="text-align: center;">LIBRO SEGUNDO DEL PROCEDIMIENTO TÍTULO IV DE LOS DATOS DE PRUEBA, MEDIOS DE PRUEBA Y PRUEBAS. CAPÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES COMUNES</p> <p>Artículo 264. Nulidad de la prueba Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.</p> <p><i>“Artículo 264 BIS. Excepciones a la nulidad de la prueba ilícita La regla de exclusión de la prueba ilícita tendrá eficacia y no será violatoria de derechos fundamentales cuando los datos o elementos de prueba cumplan alguno de los siguientes requisitos: I. Deriven de una fuente independiente;</i></p>

II. Exista un vínculo o nexo causal atenuado; o

III. Su descubrimiento sea inevitable.

En los casos previstos, se entenderá por:

Fuente independiente: los datos o pruebas derivados de un nexo causal diferente al ilícito.

Vínculo o nexo causal atenuado: cuando la relación entre la prueba ilícita y la derivada sea tan débil que pueda considerarse inexistente.

Descubrimiento inevitable: cuando el dato o prueba sea hallado de una u otra forma.”

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVARADO GARIBALDI, Salvador. *Apuntes para el análisis del Estado*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2008.
2. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. *Derecho Penal*, 3ª ed., Oxford, México, 2005.
3. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda y VILLASANA DÍAZ, Ignacio. *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Oxford, México, 2006.
4. ARENAS ECHEVERRI, Nicolás Álvaro *et al.* *La Prueba Ilícita y la Regla de Exclusión*, Leyer Editorial, Bogotá, D.C.-Colombia, 2008.
5. AROCENA, Gustavo Alberto, *et. al.* *Prueba en materia penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.
6. BARDALES LAZCANO, Erika. *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, 3ª ed., MaGister, México, 2010.
7. BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos Ernesto. *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Mc Graw Hill, México, 2009.
8. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *Ideología de la Prueba Penal*, Editorial Jurídica Ancón, Panamá, 2002.
9. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Guía para el estudiante del Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Flores Editor, México, 2011.
10. CAFFERATA NORES, José I. *Las Pruebas en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
11. DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola. *Terminología en los Juicios Orales en Materia Penal Semblanza de la doctrina mexicana, el Pacto Federal y los tratados Internacionales*, Editorial Flores, México, 2013.
12. DELLEPIANE, Antonio. *La prueba en general y la indiciaria en particular*, Leyer Editorial, Bogotá D.C.-Colombia, 2008.
13. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*, Rubinzal-Culzoni S.C.C. Editores, Santa Fe-República Argentina, 1984.
14. DUCE J. Mauricio y RIEGO R. Cristián. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago-Chile, 2009.

15. EDWARDS, Carlos E. *La Prueba Ilegal en el Proceso Penal*, Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-República Argentina, 2000.
16. FALCÓN, Enrique M. *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, 2ª ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
17. FERRER, Jordi *et al. Estudios sobre la Prueba*, colección dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez, Editorial Distribuciones Fontamara, México, 2008.
18. FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *La Prueba en el Derecho Penal Sistema Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C.-Colombia, 2006.
19. FLORIAN, Eugene. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica Universitaria, Vol. I, México, 2001.
20. GALINDO SÍFUENTES, Ernesto. *La Valoración de la Prueba en los Juicios Orales*, Flores Editor y Distribuidor, colección Serie Argumentación y Juicios Orales, México, 2010.
21. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Tomo I, 11ª ed., Porrúa, México, 2004.
22. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C.-Colombia, 2011.
23. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *El Juicio en el Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Leyer, Bogotá, D.C.-Colombia, 2011.
24. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*, 3ª ed., Porrúa, México, 2011.
25. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Sistema Acusatorio y Garantías del Proceso Penal*, Porrúa Universidad Panamericana, México, 2009.
26. IRAGORRI DÍEZ, Benjamín. *Curso de Pruebas Penales*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1983.
27. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Aspectos Básicos Sobre la Prueba en el Juicio Oral*, Raúl Juárez Carro Editorial, colección Juicio Oral, México, 2011.
28. KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2001.

29. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*, IURE editores, México, 2003.
30. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Juicios orales en materia penal*, IURE editores, México, 2011.
31. LÓPEZ DURÁN, Rosalío. *Metodología Jurídica*, IURE editores, México, 2002.
32. MAIER, Julio B.J., *El Proceso Penal Contemporáneo*, Antología, Palestra Editores, Lima, 2008.
33. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, WITKER, Jorge y NATARÉN, Carlos (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, colección Juicios Orales, México, 2013.
34. ORIZABA MONROY, Salvador. *La Prueba Penal y Sistemas de Valoración*, Editorial Sista, México, 2010.
35. ORONOZ SANTANA, Carlos M. *Las Pruebas en el Juicio Acusatorio y Oral*, Editorial PAC, México, 2013.
36. ORONOZ SANTANA, Carlos M. *Las Pruebas en Materia Penal*, 6ª ed., Editorial PAC, México, 2008.
37. OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., Oxford, México, 2005.
38. PASTOR, Marialba. *Historia Universal*, 3ª ed., Santillana, México, 2003.
39. PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *Implementación del Proceso Penal Acusatorio Adversarial en Latinoamérica*, 2ª ed., Flores Editor, México, 2009.
40. REYES LOAEZA, Jahaziel. *El Sistema Acusatorio Adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Porrúa, México, 2012.
41. SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Oxford, México, 1995.
42. SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 15ª ed., Porrúa, México, 2012.
43. SOTOMAYOR LÓPEZ, Óscar. *Práctica Forense de Derecho Penal*, 1ª reimp., Editorial Ubijus, México, 2009.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2014.
2. Código Fiscal de la Federación, México, 2014.
3. Código Penal Federal, México, 2014.
4. Código Federal de Procedimientos Civiles, México, 2014.
5. Código Federal de Procedimientos Penales, México, 2014.
6. Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2014.
7. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, 2014.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

1. Asamblea Legislativa del Distrito Federal
<http://www.aldf.gob.mx>
2. Cámara de Diputados
<http://www.diputados.gob.mx>
3. Consejo de la Judicatura Federal
<http://www.cjf.gob.mx>
4. Diario Oficial de la Federación
<http://www.dof.gob.mx>
5. Instituto de Investigaciones Jurídicas
<http://www.juridicas.unam.mx>
6. Orden Jurídico Nacional
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>
7. Organización de los Estados Americanos
<http://www.oas.org>
8. Real Academia Española
<http://www.rae.es>
9. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal
<http://www.setec.gob.mx>

10. Semanario Judicial de la Federación

<http://www.sjf.scjn.gob.mx>

11. Suprema Corte de Justicia de la Nación

<http://www.scjn.gob.mx>

OTRAS FUENTES

1. AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *La prueba en el sistema acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y valoración)*.
http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/GP/AM/12/La_prueba.pdf
2. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>
3. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*.
http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf
4. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La Prueba Ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*.
<http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
6. Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia.
<http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/66/1/images/guia%5B1%5D.pdf>