



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/49/5/2015
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.**

El alumno **ARMANDO CARRILLO GARCÍA**, con No. de Cuenta: 307025252, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**, la tesis profesional titulada "**LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**, 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 "**LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **ARMANDO CARRILLO GARCÍA**.

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., 20 de mayo de 2015**

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





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL



**LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA
RAZONABLE**

TESIS

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

**PRESENTA:
ARMANDO CARRILLO GARCÍA**

**ASESOR DE TESIS:
DR. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**

México, D.F., 2015.

***A Yahvé mi Dios porque gracias
a él todo es posible.***

***A mis padres:
Don Armando Carrillo Bahena,
Doña Lilia García Mercado, ejemplo
de superación, valentía y esfuerzo.
Con mucho amor y en
agradecimiento a todos sus
sacrificios.***

***A mi hermano Antonio que inicia su
vida universitaria.***

***Con mucho amor a Dori y a mi
querida Sofí.***

***A mi amigo Efrén Cruz Pérez por
haberme hecho creer en mí.***

***A la Universidad Nacional Autónoma de
México y a la Facultad de Derecho.***

***Al Doctor Julio Antonio Hernández Pliego
y a todos mis demás profesores.***

No habría hecho nada si no hubiera cometido errores.

CHURCHILL.

LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

ÍNDICE

PRÓLOGO

INTRODUCCIÓN..... I

CAPÍTULO I

FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE PROCESO PENAL

1.1. El proceso judicial.....	1
1.2. Proceso penal.....	4
1.3. Finalidad del proceso penal.....	13
1.4. Objeto del proceso penal.....	18

CAPÍTULO II

CERTEZA DE LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL

2.1. La verdad en el proceso penal.....	21
2.2. El concepto de verdad y su relatividad.....	22
2.3. Verdad y aproximaciones a la verdad.....	26
2.4. La verdad en el proceso penal y los grados de verosimilitud.....	30

CAPÍTULO III

RÉGIMEN PROBATORIO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

3.1. Concepto de dato de prueba.....	34
3.2. Prueba.....	38
3.3. Medio de prueba.....	42
3.3.1. Prueba directa e indirecta.....	43

3.3.2. Preconstituida y por constituir.....	44
3.3.3. Real y personal.....	44
3.4. Prueba anticipada.....	44
3.5. Prueba preconstituida.....	48
3.6. Prueba ilícita e ilegal.....	50
3.6.1 Regla de exclusión o nulidad de la prueba.....	53
3.6.2 Excepciones a la regla.....	58
3.6.3 Doctrina de la fuente independiente.....	59
3.6.4 Vínculo atenuado o nexo causal atenuado.....	61
3.6.5 Descubrimiento independiente o descubrimiento inevitable.....	63
3.6.6 Excepción de la buena fe.....	64

CAPÍTULO IV

ESTÁNDAR DE PRUEBA; PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

4.1 Valoración de la prueba.....	67
4.2 Sistema de libre convicción.....	71
4.3 Sistema de la sana crítica.....	73
4.2.1 La lógica.....	75
4.2.2 Principios de la lógica.....	78
4.2.2.1 No contradicción.....	78
4.2.2.2 Tercero excluido.....	79
4.2.2.3 Razón suficiente.....	80
4.2.2.4 Identidad.....	81
4.2.3 Máximas de la experiencia.....	82
4.3 Garantías procesales de la decisión judicial.....	89
4.4 Estándar de prueba para establecer la culpabilidad del acusado. La prueba más allá de la duda razonable.....	90
4.4.1 Desarrollo en el sistema adversarial estadounidense.....	91
4.4.2 En el sistema acusatorio de España.....	94
4.4.3 Chile.....	95

4.4.4 México.....	97
4.5 Un estándar de prueba objetivo.....	98
CONCLUSIONES.....	100
PROPUESTA.....	102

PRÓLOGO

La presente obra marcará el inicio de mi carrera profesional como abogado. En ese sentido, con mis capacidades y limitaciones pretendo contribuir a la filosofía del derecho penal de mi país, pues esta obra se encuentra fuertemente influenciada por mi pasión hacia el saber penal, con la firme convicción de que en la Universidad Nacional se forman y se deben seguir formando los juristas más notables de México.

Por ello entiendo que el jurista tiene la labor titánica de seguir estudiando todos los días de la vida. El jurista tiene la función elemental de defender los bienes jurídicos de los justiciables e impulsar el desarrollo de un Estado democrático y social de derecho con justicia.

Como estudiante de la Facultad de Derecho traté de seguir los pasos de mis maestros de derecho penal y de procesal penal, gracias a sus enseñanzas surgió en mí una obsesión inagotable por el saber penal, por su desarrollo, por sus teorías. Posteriormente, como pasante tuve contacto con el litigio penal, particularmente en defensa de justiciables, es ahí donde entendí que la labor del letrado implica una gran preparación, no sólo en el derecho, sino en las distintas ramas de la ciencia, pues el jurista completo más allá de ser un técnico debe ser una persona culta, de vida recta y honesta, convencido de que es posible alcanzar la justicia. De modo que el jurista debe inculcar el hábito del estudio incansable, la disciplina y la probidad en la conducción de la vida.

Si bien soy consciente de que aún no he desarrollado esas virtudes, el trabajo duro y constante me permitirá internalizarlas como ejes rectores de mi proyecto de vida, para así convertirme en un gran jurista, pero sobre todo, para vivir una vida plena como hijo, hermano, amigo, compañero y padre.

INTRODUCCIÓN

La historia del proceso penal da cuenta del desarrollo jurídico-político y social de un Estado. El derecho griego distinguía entre delitos públicos y privados; en los primeros la figura de la acusación popular legitimaba a cualquiera de los miembros de la sociedad para perseguir el delito y al imputado; en cambio los delitos privados requerían de la acusación privada de parte del ofendido o de sus sustitutos. El proceso penal era acusatorio, público, oral y contradictorio, contando con la participación directa de los ciudadanos en la función de juzgar. Para resolver sobre la responsabilidad del acusado los jueces empleaban los juicios de ordalías o juicios de dios.

En la postrimería de la república romana se adoptó el procedimiento penal acusatorio, público, oral y contradictorio, teniendo como finalidad la averiguación de la verdad histórica de los hechos, sirviéndose de métodos racionales que pretendían reconstruir dentro del procedimiento el acontecimiento atribuido al acusado, como fundamento del fallo. El presidente (quaesitor), así como el iudicis (jurado) era meros árbitros que escuchaban el debate público y oral, y sólo intervenían para dictar el fallo. De este modelo de enjuiciamiento derivó un antecedente del principio *in dubio pro reo*, pues en caso de empate en torno a las votaciones, se aplicaba lo más favorable al reo, “la absolución”. La prueba cumplía una función central en el procedimiento ya que desapareció la prueba de ordalías, pasando de un criterio meramente subjetivo al conocimiento objetivo mediante la reconstrucción de los hechos a partir de las evidencias fácticas que dejó. No obstante el tribunal valoraba la prueba según su íntima convicción.

Durante la etapa del bajo imperio romano el sistema de persecución pública sustituyó al sistema de la *accusatio*. En efecto, se instituyó la función de oficiales encargados de velar por la seguridad pública y perseguir penalmente los hechos que cayeran bajo su conocimiento. Este sistema se transmitió a la etapa de la recepción y a la postre fue conservado por la iglesia en el derecho canónico. Con ello se adoptó la persecución de oficio; la escritura como forma de registro de los actos procesales;

el secreto de los autos; y la valoración de la prueba según la íntima convicción fundada en la certeza moral de quien resolvía.

Después de la recepción, en el siglo XIII se arraigó el sistema inquisitivo, fundamentalmente en el seno de la iglesia. El sistema inquisitivo inició durante el papado de Inocencio III. El procedimiento inquisitorio centralizó las funciones de investigar y juzgar en una misma persona; el juez recababa las pruebas de cargo durante la instrucción; estableció el sistema de valoración de la prueba tasada o legal, en donde el legislador instituyó los alcances probatorios de los medios de convicción tratando de salvar el error del arbitrio judicial; la prueba confesional y testimonial se erigieron como pruebas reina, destacando el tormento como medio principal para su obtención. De este modo el juez resolvía el asunto según la tarifa legal de los medios de prueba desahogados en la instrucción.

Con la caída del sistema inquisitivo en el siglo XVIII, diversos ordenamientos, como el francés, español e italiano, construyeron un nuevo sistema penal en el que reunieron algunas de las características del sistema acusatorio con las del inquisitivo, estableciendo así el sistema mixto. En 1808 el emperador Napoleón promulgó el *Code d' Instruction Criminelle* resultado de la mezcla del modelo adversarial inglés y el modelo inquisitorial del antiguo régimen. El Código de Instrucción Criminal fue el modelo de referencia para los procesos de reforma que tuvieron lugar en los países de la Europa Continental, tales como Italia en 1865 y España en 1882.

Los países de América latina integrantes de la familia jurídica romano-germánica fueron influenciados por este proceso reformista del sistema penal. En el año 1869 en México se promulgó la Ley de Jurados Criminales introduciendo al enjuiciamiento penal mexicano la institución del jurado popular, que no gozó de suficiente arraigo, y la institución del Ministerio Público como órgano encargado de la persecución del delito, dividiendo con ello las funciones de perseguir y juzgar. Ello marcó las bases del Código de Procedimientos Penales promulgado el 15 de septiembre de 1880, que instauró el modelo de enjuiciamiento mixto, la institución del Ministerio Público, la consagración de derechos del imputado, el juicio por jurados y el sistema mixto de valoración de la prueba. Fue corta la vigencia de este código, pues en el año 1894 se expidió un nuevo código procesal penal, que poco difirió del

anterior. Posteriormente, en el año 1908 se promulgó la Ley Federal de Procedimientos Penales, cuya mayor innovación fue el amplio arbitrio del juez en la valoración de la prueba.

La Constitución Federal de 1917 elevó a rango constitucional diversos principios rectores del proceso penal y derechos fundamentales del imputado, conservando la división de funciones del ministerio público y del juez penal. El 30 de agosto de 1934 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Federal de Procedimientos Penales que continuó con la tradición del modelo procesal penal mixto y el sistema mixto de valoración de la prueba, ordenamiento que al día de hoy se ha mostrado insuficiente para la determinación de la verdad de los hechos en el procedimiento penal.

Como solución a los resabios del sistema procesal mixto, el 5 de marzo de 2014 se expide el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales instituyendo el sistema acusatorio oral que se presenta como una opción viable y garantistas de los derechos fundamentales de la víctima, el imputado y demás intervinientes, procurando que el culpable no quede impune y el inocente no sea condenado. De modo que la determinación de la verdad de los hechos es una cuestión central del enjuiciamiento penal.

En Alemania, Italia, España, Argentina, Colombia, Chile y México existen numerosas obras acerca del proceso penal y tratados sobre la prueba penal, sin embargo no atienden con el rigor que de suyo los caracteriza la cuestión del razonamiento judicial y la verdad en el proceso penal, limitándose a realizar afirmaciones dogmáticas donde se identifica la finalidad del proceso con la búsqueda de una verdad histórica, asumiendo de algún modo que en el proceso penal se puede alcanzar.

Entonces es necesario establecer cuál es la verdad posible en el proceso penal, dada su función cognoscitiva de los hechos relevantes para el derecho penal como premisa para la aplicación de las consecuencias de derecho derivadas de la comisión de una conducta punible, pues el proceso se caracteriza por su función epistémica, es decir, como proceso cognitivo por el cual se determina la verdad de

ciertos hechos y se establecen mecanismos para verificar la validez de determinado planteamiento.

En este trabajo analizamos el problema epistemológico de la verdad, el de la noción de verdad en el proceso penal, para sobre esa base determinar en qué condiciones es posible establecer la verdad respecto de la hipótesis de culpabilidad del acusado. Con apoyo de la teoría semántica de la verdad (la verdad como correspondencia con los hechos, no en el sentido metafísico de la verdad absoluta u objetiva que se halla fuera de la ciencia, sino como predicado metalingüístico de una tesis empírica) de Alfred Tarski, así como de la teoría de la verdad de Karl Popper, se pueden elaborar criterios para un estándar de prueba objetivo en contraste con la regla subjetiva de la *prueba más allá de la duda razonable*.

Desde luego, al analizar la cuestión de la verdad debemos reparar en el régimen probatorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, que comprende diversas etapas donde se desenvuelven la producción de la prueba, los antecedentes de prueba y los datos de prueba, cada uno con sus respectivas particularidades. Pues atendiendo al sistema acusatorio, que implica la desformalización de la investigación y, por ende, la irrelevancia de los antecedentes y datos de investigación para efectos del dictado de la sentencia, ésta última se fundamenta, por regla general, en la prueba desahogada ante el tribunal de juicio oral siguiendo los principios de oralidad, inmediación, contradicción, publicidad y concentración.

No podemos soslayar el efecto de las formalidades procedimentales y las reglas de prueba en la averiguación de la verdad, cuyo objeto es regular la adquisición, incorporación y práctica de la prueba, así como la licitud de las mismas. Sin embargo esta es la garantía del formalismo que se erige como uno de los pilares fundamentales del sistema penal garantista propio de los modernos Estados constitucionales de derecho, privilegiando la máxima protección de los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder represivo del Estado policía.

Por otra parte, analizamos el estándar de prueba de condena en el proceso penal, que se identifica con la regla de prueba "*más allá de la duda razonable*", recién incorporada a nuestro orden jurídico, la cual se ha conceptualizado como la

más garantista en los sistemas penales modernos. Así, estudiamos su desarrollo dogmático y jurisprudencial en el derecho comparado de Estados Unidos, España y Chile, en comparación con el criterio de los tribunales constitucionales de nuestra nación. Finalmente, con base en la noción de la verdad epistémicamente válida construimos un estándar de prueba objetivo de la “*duda razonable*”, dotado de criterios que permiten verificar la fuerza convictiva de la aserción acusatoria, de modo que la convicción sobre la culpabilidad del acusado no queda librada al arbitrio de la certeza moral del juzgador.

LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

CAPÍTULO I

FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE PROCESO PENAL

1.1 EL PROCESO JUDICIAL.

Partiendo de la autonomía del derecho procesal con relación al derecho sustancial, afirmamos que éstos se encuentran íntimamente vinculados. En efecto, el derecho sustancial como expresión objetiva de la normatividad jurídica en ocasiones es estático, pues si el sujeto incumple el deber que le impone la norma ésta por sí no actualizaría el elemento de coercitividad que caracteriza al derecho como orden jurídico, esto es, la posibilidad de imponerse incondicionalmente, tanto si cuenta con la voluntad del sujeto –obligado– o si ésta le es adversa. Así, el sistema dota de un conjunto de normas que posibilitan la aplicación de aquéllas –la ley sustantiva– a las cuales se les denomina leyes procesales, mismas que constituyen el objeto de estudio del derecho procesal o formal; la calificativa de formal deriva de que éste no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece la forma en que las actividades se deben realizar para obtener del Estado la garantía de aquél goce. Por consiguiente, el derecho procesal es el saber jurídico que estudia el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo y determina las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado, así como los funcionarios encargados de ejercerla¹; dicha acción de derecho positivo puede ocurrir en la solución de un conflicto, en la sanción de un hecho ilícito, en su prevención, en la defensa contra su posible repetición, o en el cumplimiento de una formalidad o declaración.

Así, las leyes procesales se erigen como el instrumento idóneo para dotar de eficacia las leyes objetivas², y con ello la puesta en práctica de la garantía

¹ Cf. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal Civil, Parte General*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1963, p. 2.

² Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Según el Nuevo Código*, vol. I, 2ª ed., trad. de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 366-367

jurisdiccional; sin que esto signifique sometimiento del derecho procesal al derecho sustancial, pues como lo señala el procesalista Devis Echandía: *debemos rechazar por absurdas tales clasificaciones o distinciones*³ –el derecho procesal como accesorio y adjetivo. El derecho procesal constituye hoy, gracias al esfuerzo de los científicos del derecho procesal (*Chiovenda, Goldschmidt, Calamandrei, Redenti, Rocco, Carnelutti, Guasp y Couture*), una rama propia e independiente del derecho, no acápite del civil o penal, dotada de sus propios principios fundamentales, con rico contenido doctrinario; de sus normas se deducen verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial⁴, esto es, de índole procesal; principios como el de contradicción e igualdad procesal; conceptos fundamentales como el de acción, jurisdicción y proceso; así como la institución de la cosa juzgada, reconocidos en las diversas ramas del derecho.

Dentro del trinomio de conceptos fundamentales a que antes nos hemos referido se ubica el de proceso. El término proceso tiene acepciones no sólo en el ámbito jurídico, sino también en las diversas ramas de las ciencias naturales y sociales, tal es el caso de los procesos matemáticos, físicos, bioquímicos, químicos, procesos quirúrgicos, procesos comunicativos, procesos cognitivos, etcétera; todos ellos caracterizados por constituir una serie de actos sucedidos unos de otros, vinculados por la unidad del fin.

Ya ubicados en el ámbito jurídico, el proceso se caracteriza como el conjunto de actos que las partes y el juez deben llevar a cabo para el dictado de una decisión judicial. Para el pronunciamiento de la decisión judicial es necesario que las partes vinculadas por un objeto común –la obtención de la resolución judicial– ejecuten una *serie de actos*⁵ sucedidos unos de otros, entre los cuales existe una relación de coordinación, de modo que cada acto es consecuencia de su inmediato

³ Devis Echandía, Hernando, op. cit., p. 2.

⁴ *Ídem*.

⁵ En relación al concepto de acto procesal, véase: Aragonese Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 137, quien al efecto escribe: el examen del desenvolvimiento del proceso nos muestra, con gran frecuencia, la combinación de varios actos para obtener efectos mayores de los que cada uno obtendría por sí. Cada uno de estos puede conservar íntegra su individualidad, procediendo sólo la ligazón de la unidad del efecto jurídico a cuya producción se encamina la ligazón de los mismos (*Carnelutti*); el efecto en cuestión pertenece, normalmente, al último acto, pero no se produciría si éste no estuviese precedido por los otros, cuyos efectos singulares están precisamente encaminados a la producción de aquel otro; ese efecto se produce desde el primero al último de los actos coordinados, y de ahí que a la coordinación se le hay dado desde hace mucho tiempo el nombre de procedimiento.

Ahora, cómo se concilia la independencia de la causa con la unidad del efecto, fenómeno característico del procedimiento: esta posibilidad se resuelve en que no se puede alcanzar un efecto sin una sucesión de actos de los cuales el primero hace posible el segundo, el segundo el tercero, y así sucesivamente hasta el último al cual va unido el efecto querido.

anterior, y, a su vez, obra como estímulo del que le sigue, siguiendo un orden lógico en un periodo de tiempo más o menos largo, y en conjunto, considerados como una unidad en función del fin que los reúne (la solución de un conflicto, la sanción de un hecho ilícito, su prevención, la defensa contra su posible repetición, o el cumplimiento de una formalidad o declaración), constituyen el *proceso judicial*⁶.

Por lo antedicho, el proceso judicial se erige como una serie de actos mediante los cuales se desarrolla y determina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen, y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados, así como en el derecho aplicable⁷.

Tratando la cuestión de la naturaleza del proceso, tema ampliamente discutido por los dogmáticos del derecho procesal y el cual supera el objeto de este trabajo, podemos señalar, siguiendo al procesalista colombiano, que ésta se concibe como una relación jurídica, pues en el proceso se originan derechos y obligaciones, cargas y facultades distintas de las que pueden surgir las relaciones jurídicas materiales que en él se ventilan –derecho objetivo a aplicar. Dicha relación se forma entre órgano jurisdiccional y las partes y éstas entre sí, aun cuando inicialmente se forma entre el tribunal y el actor, pues una vez emplazado el demandado, en caso de que lo haya, surge un vínculo con el proceso del cual derivan derechos con respecto al juez y al actor, verbi gracia, la contestación, reconvención, el ofrecimiento de pruebas, oposición de excepciones procesales, el derecho a que el actor, en su caso, ponga a disposición las pruebas que se encuentren bajo su resguardo, etcétera. Por consiguiente, las relaciones entre las partes no son autónomas, sino resultado o consecuencia de la relación jurídica procesal que las ata y envuelve⁸.

Se han formulado diversos reproches a las doctrinas de la relación jurídica y de la situación jurídica, empero, éstas no han sido calificadas de escasa elaboración conceptual. Esto, porque la primera ha sido sustentada por grandes autores del

⁶ Calamandrei, Piero, op. cit., p. 318.

⁷ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 194.

⁸ Cf. Devis Echandía, Hernando, op. cit., pp. 41-43. En relación a las concepciones acerca de la naturaleza del proceso, véase: Aragonés Alonso, Pedro. op. cit., pp.156-204; y Armienta Calderón, Gonzalo M., *Teoría General del Proceso, Principios, Instituciones y Categorías Procesales*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 25-29.

derecho procesal (*Bülow, Kohler, Wach, Stein, Hellwing, Von Kries, Ferrara, Manzini*), y la segunda por el detenimiento y profundidad con la que *Goldschmidt* la desarrolló, construida desde comienzo a fin con nuevas categorías jurídicas de riguroso alcance. Y, a la doctrina del proceso como ligamen (*Carnelutti*) se le ha criticado al final circunscribirse a la relación jurídica, así como el no reconocer derechos y obligaciones a las partes procesales, sino únicamente cargas, y no considerar que los procesos dispositivos puedan ventilarse en otro ámbito⁹ – arbitraje.

Ahora, genéricamente señaláremos que la finalidad del proceso en cualquiera de las ramas jurídicas se traduce en la obtención de una decisión judicial en relación al conflicto planteado por las partes, emitida por un órgano jurisdiccional competente¹⁰. Ello se satisface a través de una fase esencialmente de conocimiento y una posterior de ejecución de la resolución. En consecuencia, el proceso judicial desempeña un doble cometido, previene perturbaciones al orden público derivadas de la autotutela y restablece la norma lesionada o que se aduce alterada por el conflicto determinado en el proceso.

En tales condiciones, los procesos se clasifican de conformidad a las diversas ramas del derecho. En el orden jurídico nacional encontramos diversos procesos como el civil, el agrario, el contencioso-administrativo, el de justicia militar, el constitucional, el laboral y, particularmente, el proceso penal.

1.2. PROCESO PENAL.

Antes de desarrollar el tema debemos realizar algunas aclaraciones previas. Considerando los fines de este trabajo no abordaremos el proceso penal desde la óptica de la teoría del proceso –sin restar mérito e importancia a su elaboración científica– pues nos centraremos en el contexto jurídico-político del proceso penal, es decir, dentro del sistema penal que en el mundo globalizado sugiere mayores exigencias e, incluso, la reelaboración del mismo considerando las ventajas y

⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 382 a 387.

¹⁰ *Ibidem*, p. 570.

desventajas del procedimiento acusatorio que hoy día caracteriza a los Estados democráticos de derecho.

Pues bien, con la supresión del derecho de venganza privada el Estado adquirió el monopolio de la persecución y administración de justicia, esto implicó la expedición de un conjunto de normas que posibilitaran el cumplimiento de dichas funciones y, por otro lado, el establecimiento de límites al poder punitivo.

Así, en la ley penal se establecen los delitos y las penas derivadas de su actualización. Sin embargo, para que estas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica, es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel. Para ello, el sistema jurídico establece un procedimiento jurídicamente regulado¹¹ con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una conducta relevante para el derecho penal y, en su caso, pueda ser habilitado el poder punitivo Estado en forma de pena.

Desde hace siglos los límites a las facultades de intervención del poder punitivo han sido materia de discusión. En los siglos XVIII y XIX ilustres pensadores levantaron sus voces en contra del poder incontrolado del Estado (*Beccaria, Howard, Romagnosi, Feuerbach, Bentham, Carmignani, Rossi y Carrara*); Beccaria en su famoso libro *Dei delitti e delle pene* arremete con severidad en contra de los abusos de la práctica criminal imperante exigiendo una reforma a fondo del sistema penal; señalando que la justicia humana es muy distinta a la justicia divina; y que la justicia penal nada tiene que ver con la justicia de Dios. Así, sobre la base del pensamiento penal ilustrado la justicia penal encontró su fundamento en la utilidad común, en el interés general y en el bienestar del mayor número.

No obstante, aún en el siglo XX encontramos algunos conceptos sistemáticos de derecho procesal penal orientados, destacadamente, a precisar los fundamentos para la imposición de las penas, pasando por alto los derechos fundamentales de la persona y relegando a un segundo plano las garantías del inculpado (*Manzini*¹²). Sin

¹¹ Cf. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., trad. de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, del Puerto, 2003, p.5.

¹² En efecto, Manzini identificó el interés característico determinante del proceso penal, con la posibilidad de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado. —Las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social relativo a la represión de la delincuencia. En efecto, el proceso penal no tiene una finalidad académica, ni una finalidad de honor; tiende a examinar una pretensión punitiva del Estado hecha valer mediante la imputación penal. —Ahora bien, puesto que la finalidad del proceso es comprobar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado en el caso concreto, y no la de hacerlo a toda costa realizable, es natural que, junto a los medios encaminados a

embargo, con el surgimiento del constitucionalismo moderno impregnado por teorías como la Teoría del garantismo¹³, los sistemas penales han sido reestructurados con la finalidad de incorporar técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos humanos del inculgado y de la víctima.

Sobre esta base, los científicos del derecho penal descubrieron que las Constituciones, en la parte sustantiva, contemplan los derechos fundamentales, de manera que éstos se erigirían como un arma jurídica de defensa de la persona ante injerencias arbitrarias por parte de los agentes del sistema penal. Por consiguiente, hoy día *el Derecho penal no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia*¹⁴.

El Derecho penal y el Derecho procesal penal al restringir los procedimientos de control social, los hacen evaluables, controlables, y los ligan a principios fundamentales que sirven de protección a todos los seres humanos vinculados a los conflictos que tienen que ver con la infracción de las normas penales –los imputados, los acusados, los sentenciados, las víctimas y los testigos. En este sentido, Zaffaroni escribió: *el derecho penal mediante la interpretación de las leyes penales, propone a*

declarar la certeza de la culpabilidad, se dispongan éstas para evitar el error y la arbitrariedad, y por tal camino, junto al interés represivo, encuentre tutela en el Estado libre también el interés, eventualmente en peligro, de la libertad individual. –Pero como según el orden de las cosas, es de presumirse el fundamento de la imputación y la verdad de la decisión, y no lo contrario, el interés relativo a la libertad individual representa en el proceso penal una parte sin duda esencial, pero no la más característica ni siquiera prevalente. Una garantía no puede ponerse en el mismo plano que la función que protege. Es condición, no causa, de la actividad de que se trata. – Entonces, si es erróneo el criterio de que las normas procesales penales estén dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacto aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún milite) a favor del imputado una presunción de inocencia, por lo que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente mientras no haya mediado una sentencia irrevocable de condena. Nada más burdo e irracional. – La indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera aun como correlativo de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya que de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios que determinaron la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trate de probar su inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levantó la imputación. –Por tanto, el derecho de defensa no tiene en modo alguno como presupuesto esencial que el individuo sea inocente, éste puede ser menos culpable de lo que hace parecer la acusación, o culpable en otra forma. No hay que confundir el derecho que el imputado tiene de defenderse con la presunción de inocencia. Cf. Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, El Foro, 1996, pp. 250-256.

¹³ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos, Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, ed. Trotta, 2013, p. 68. En suma, en Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, 2007, Madrid, editorial Trotta, 2011, p. 776; el paradigma del Estado constitucional, heredero de la filosofía contractualista, supone que el consenso de los contratantes *no es un acuerdo vacío, sino que tiene una cláusula y como razón social la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil.*

Esta versión del constitucionalismo elaborado por Ferrajoli, establece como característica de las modernas democracias constitucionales el sometimiento del Derecho al Derecho, no sólo en cuanto a la forma de producción, sino también en cuanto a los contenidos producidos. De suerte que las normas sustantivas, en particular, los *derechos fundamentales*, están en la base del constitucionalismo jurídico, es decir, la positivización no sólo del ser sino también del *deber ser* del derecho manifestado en el principio de estricta legalidad. Esto lleva a que en el marco del Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, pues el ejercicio de todos ellos viene sometido a requisitos formales acerca del quién y del cómo se manda y, sobre todo, a requisitos materiales o sustantivos acerca de *qué puede o debe mandarse*.

¹⁴ Hassemer, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p.31.

*los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de Derecho*¹⁵.

Conforme a las ideas aquí expresadas que preconizan la contención del Estado policial; el sistema penal conforme a un Estado constitucional de derecho constituye no sólo un medio de persecución o de *cruda lucha contra la delincuencia*, sino también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en el conflicto penal.

Para ello, las leyes penales proveen de un numeroso arsenal de medios de contención frente al poder punitivo, a saber: el derecho a la no autoincriminación; el derecho a la asistencia de letrado; el derecho de presunción de inocencia; la libertad de prueba; la prohibición de la aplicación de la ley por analogía y mayoría de razón; el derecho a un proceso oral, público y contradictorio; el principio de proporcionalidad; el principio de no retroactividad; el principio de ley previa; el principio in dubio pro reo, etcétera.

Surge así la imagen y el discurso de la justicia penal exitosa en el que los miembros de la sociedad saben con precisión –o pueden conocer fácilmente– qué reacciones y qué procedimientos acarrearán consigo tales conductas, y los operadores del sistema saben con precisión qué hay que hacer. Por ende, todos están en condiciones de conocer la práctica, de controlar y, eventualmente, de corregir el sistema; los instrumentos punitivos son aplicados solamente en el momento correcto, en la medida correcta, y están sujetos a principios que deben garantizar la protección de los derechos fundamentales de los afectados.

En suma, se materializa cabalmente el principio *nulla poena sine iudicio*, es decir, nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo, lo que implica que la ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley, de suerte que nadie puede ser sancionado sino mediante un juicio regular, legal y con respeto de los derechos fundamentales.

En este sentido, el *proceso jurídicamente regulado*¹⁶ comprende los siguientes principios fundamentales: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del derecho penal material de acuerdo a las circunstancias

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 4.

¹⁶ Roxin, Claus, op. cit., p. 5.

de hecho empíricamente demostradas, es decir, al delito determinado; simultáneamente, ellas deben establecer los medios de defensa del imputado ante injerencias arbitrarias de las agencias ejecutivas y judiciales; deben trazar los límites a las facultades de intervención de las agencias criminalizantes en protección de la libertad del inculpado; la protección de la víctima y los derechos de la víctima; y, finalmente, ellas deben posibilitar, a través de una decisión definitiva, la estabilización de la norma lesionada¹⁷.

Considerando esta doble función del proceso, es decir, como instrumento que limita y a la vez posibilita la actuación del derecho penal, implica que desde el inicio del proceso el gobernado sufre restricciones en su esfera jurídica. Por consiguiente, el proceso penal debe estructurarse de manera que reduzca al mínimo posible el riesgo del error y, en segundo lugar, el sufrimiento injusto que de él deriva¹⁸. Para lograrlo debemos verificar el funcionamiento del sistema penal¹⁹, integrado por el conjunto de agencias que operan la criminalización –primaria y secundaria– y aquellas que convergen en la producción de ésta.

Es así, porque las agencias del sistema penal realizan una actividad selectiva de un grupo reducido de personas a las que someten a coacción con el fin de imponerles una pena, a esta selección se le llama *criminalización*, y ésta no se lleva al azar sino como resultado de la gestión del conjunto de las agencias, *primaria y secundaria*²⁰. La criminalización primaria es el acto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite la punición de ciertas personas, esta función la llevan a cabo las agencias legislativas ya que constituye un acto formal de creación normativa. Se trata, pues, de un acto fundamentalmente programático que al ordenar la punición de ciertas conductas, enuncia un programa que debe ser cumplido por agencias distintas a las que lo formulan, estas agencias conformaran la criminalización secundaria –policía, fiscalía, jueces y agentes penitenciarios– que se refiere a la punición ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detienen a una persona a la que se atribuye la realización de un

¹⁷ Respecto a las teorías de la pena, véase: Jakobs, Günther, *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 8-37.

¹⁸ Camelutti, Francesco, *Derecho Procesal Penal, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal*, vol. 2, México, Oxford University Press, 1999, p.34.

¹⁹ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 19-21.

²⁰ *Ibidem.*, p. 7.

delito, para posteriormente someterla a proceso ante la agencia judicial, donde se discute si el inculpado ha realizado o no la conducta que, de ser afirmativa, habilita el poder punitivo del Estado.

Aquí cabe resaltar, la selección secundaria generalmente opera sobre los hechos más groseros con fines lucrativos (delitos de poca monta contra la propiedad, tráfico minorista de narcóticos), y respecto de personas sobre las que los medios de comunicación han creado un *estereotipo* en el imaginario colectivo²¹, a las que se asocian todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de perjuicio, lo que termina fijando una imagen pública de delincuente con componentes racistas, clasistas, etarios, de género y estéticos. Ello condiciona el funcionamiento de las agencias de manera que se vuelven casi inoperantes frente a otro tipo de delitos, tales como, delitos de cuello blanco, pues cuando se llega a seleccionar a quien no encaja en ese marco, las agencias políticas y de comunicación las presionan, los abogados formulan planteamientos a los que no se sabe cómo responder.

En este sentido, la dogmática del derecho penal deja fuera de su ámbito cualquier consideración acerca de la selectividad ineludible de toda criminalización secundaria, asumiendo como presupuesto que el derecho penal debe elaborarse teóricamente como si éste se realizara invariable y naturalmente en la forma programada por la criminalización primaria. Esto contribuye a la elaboración de un discurso que racionaliza y legitima el poder punitivo de los demás agencias – políticas, ejecutivas y comunicacionales– aceptando la naturalidad de la criminalización secundaria. Por ende, resulta necesario reelaborar el discurso penal que considere datos sociales verdaderos y privilegie el poder de reducción, es decir, el acotamiento de la criminalización ejercido por las agencias judiciales, conteniendo el poder de las agencias ejecutivas y negando el Estado policía que amplía su poder de vigilancia sobre toda la sociedad.

En relación a los datos sociales Zaffaroni señala: *Es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las persona. Del mismo modo, cuando se pretende construir el derecho penal sin tener en cuenta el*

²¹ *Ibidem.*, p. 9

comportamiento real de las personas, sus motivaciones, sus relaciones de poder, etcétera, como ello es imposible, el resultado no es un derecho penal privado de datos sociales, sino construido sobre datos falsos. El penalismo termina creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo, para acabar creando discursivamente un poder que no ejerce ni podría ejercer. Es inevitable que la construcción jurídica importe un ordenamiento de ideas en un marco general de concepción del mundo, es decir, una ideología en sentido positivo: Las penas más graves disminuyen el número de delitos; penando a los ladrones se tutela la propiedad; El reincidente es más peligroso que el primario; la pena disuade; si se tipifica una conducta disminuye su frecuencia; la prisión preventiva no es una pena; la pena estabiliza el derecho. Todas estas proposiciones acerca de la realidad del comportamiento humano están sometidas a verificación, pero se las suele dar por verdaderas en el derecho penal, sin ese requisito elemental de relativa certeza científica, no como mero complemento periférico del discurso sino como fundamento de ésta. Esta es la mejor demostración del error metodológico que consiste en inventar datos sociales falsos como propios del saber jurídico y rechazar los datos sociales verdaderos, argumentando que son sociológicos, recurso que lleva, en definitiva, a subordinar al juez a cualquier arbitraria invención del mundo que haga el legislador ilusionado o alucinado. Es natural que esto fuese defendible en una dogmática jurídico-penal clasificatoria, para uso de un poder judicial que desconocía el control de constitucionalidad, como era el imperio alemán, pero no puede admitirse en ningún estado moderno²².

El sistema penal nacional hoy día se encuentra en una etapa de transición del sistema procesal penal mixto al sistema acusatorio –que dicho sea de paso, en nuestro orden jurídico desde la Constitución de 1917, se ha consagrado la separación de funciones y de órganos de persecución y administración de justicia²³.

²² Cf. *Ibidem.*, p. 22.

²³ Sobre ello, Zamora Pierce escribe: *los autores de la reforma constitucional –de 18 de junio de 2008– pretenden atribuirle méritos que no le corresponden, y elogiarla por conquistas que el Derecho Mexicano había logrado ya tiempo atrás. Tal es el caso de los principios acusatorio, de publicidad, contradicción e inmediatez, así como el derecho de presunción de inocencia. [...] Algunos juristas mexicanos así lo señalan. Un grupo de magistrados y jueces reunidos para analizar la reforma afirmó que, desde hace mucho tiempo, los juicios penales tienen como principios fundamentales la oralidad y el principio acusatorio. El Magistrado Humberto Manuel Román Franco opinó que: Aun cuando en la reforma se destaca que ahora existe un procedimiento acusatorio y oral, como si antes no existiera, ello es una mentira dado que la Constitución ya lo preveía, así como*

La reforma constitucional de 2008, en materia de justicia penal, implicó la modificación de diversas estructuras e instituciones del procedimiento tendientes a la modernización de nuestra dogmática procesal penal, lo que también se extiende a la doctrina de nuestros tribunales constitucionales quienes, en su momento, tendrán que pronunciarse en torno a algunas instituciones procesales que requieren desarrollo en aras de lograr la unificación de criterios de los operadores del sistema, particularmente de los jueces y tribunales penales. Desde luego esto es positivo, pues no podemos seguir conservando un sistema que ha internalizado vicios y malas prácticas en demérito del inculpado, la víctima y la sociedad en general.

Empero, cuando buscamos las causas del cambio nos encontramos con discursos políticos, la mayoría enarbolando un sistema penal garantista, respetuoso de los derechos humanos, congruente con las exigencias de las sociedades modernas, con más celeridad, con mayor participación de la víctima en el proceso, más transparente y libre de los resabios del sistema mixto. Sin embargo, los actores políticos no incluyen en el discurso que el *nuevo sistema* también se inclina a un derecho policial, dotando de mayores facultades a las policías, la prisión preventiva, *¡que ahora es la excepción!* sigue vigente para un gran número de los delitos; los niveles probatorios para imputar al indiciado ahora son menores, muestra de ello es el texto actual del artículo 16, párrafo tercero, de la Constitución Federal, el cual suprime las instituciones procesales de cuerpo del delito y probable responsabilidad por el dato de prueba que establezca que se ha cometido un hecho señalado como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; los plazos para el cierre de la investigación complementaria, encontrándose el imputado sujeto a medida cautelar de prisión preventiva, vinculado

sus principios, entre ellos el de inocencia. [...] Al respecto, el Magistrado José Olvera Velázquez en ponencia que sustentó el 13 de marzo de 2008 en el Foro Nacional de Juzgadores Federales sobre la discusión de la Reforma al Poder Judicial en el Estado Mexicano, celebrado en Mazatlán, Sinaloa, señala que los principios que se destacan en la reforma ya existían en el sistema penal actual, toda vez que, efectivamente, la oralidad desde hace mucho tiempo es un principio fundamental en los juicios penales, como también lo son la publicidad, la inmediación, la contradicción y el procedimiento acusatorio, dado que el principio de publicidad aparece instituido en los artículos 86, párrafo primero, y 89, párrafos primero y tercero, del Código Federal de Procedimientos Penales, el principio de inmediación, en los artículos 1º, párrafo primero y fracción III, 16, párrafos primero y tercero, 207 y 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, el principio de contradicción, en los artículos 86 y 90 del Código Federal de Procedimientos Penales; y el principio acusatorio en los artículos 134, párrafo primero, 291 y 292 del Código Federal de Procedimientos Penales. Por tanto se puede afirmar que la novedad fundamental que la reforma introduce a los juicios penales, resulta ser el principio de concentración que provoca que en una sola audiencia tenga que desarrollarse todo el juicio penal: pruebas, alegatos y sentencia, suplantando así el diseño procedimental tradicional que destinaba a cada una de esas etapas fases procesales diferentes y sucesivas cronológicamente, que se traducían en meses de trámite. Véase ampliamente, Zamora Pierce, Jesús, Juicio oral utopía y realidad, México, Porrúa, 2011, pp. 25-40.

a proceso por delito cuya pena máxima exceda de dos años, puede llegar hasta seis meses (artículo 321 del C.N.P.P.).

Lo anterior obedece a la política criminal *moderna*²⁴ caracterizada por la criminalización, por la creciente producción de tipos penales y el agravamiento de penas, por la importación y creación de modernas teorías sin analizar el contexto social y político del país; cuya elaboración se pretende justificar en la problemática social y en el alto índice de violencia que impera en nuestra nación. Sin embargo, los representantes de los poderes ejecutivo y legislativo –del orden federal y estadual– pasan por alto que el derecho penal no es un instrumento para curar todos los males de una sociedad, el derecho penal como *última ratio* debe intervenir únicamente cuando se han agotado todos los instrumentos jurídicos no violentos, y aún así, considerando la capacidad del poder punitivo, máximo instrumento del Estado, su ejercicio debe ser cauto, con sumo respeto de los derechos fundamentales.

Hoy día se está tergiversando la dogmática penal, se están quebrantando sus principios, de manera tal que el derecho penal, es considerado un instrumento normativo aceptable y realmente efectivo de conducción y de conducción, es decir, un medio más de política pública (economía, salud, seguridad). Y, se ignora que al atribuirle dichas funciones pone en riesgo su eficiencia como instrumento de coacción, pues un derecho penal fiel a sus principios no puede cumplir con su rol de contención eficiente del poder punitivo sino, antes bien, con la decisión de relajar la fuerza vinculante de los pilares fundamentales del derecho penal (estricta legalidad, lesión al bien jurídico tutelado, presunción de inocencia, presupuestos para la imputación), y, por otro lado, infringiendo la garantía del derecho penal como *última ratio* del orden jurídico, el cual sólo actúa en contra de las lesiones más graves y cuando los instrumentos menos violentos son incapaces de cumplir su cometido.

En este sentido, tanto jurídica, política y científicamente, el proceso penal se puede caracterizar no sólo como la realización del derecho penal, sino también como un derecho de protección de la víctima y, mayormente, del inculpado, pues éste es quien carga con las consecuencias del proceso judicial.

²⁴ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia S. Ziffer, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 1998, p. 58.

Por ende, el proceso penal conforme al Estado democrático de derecho debe cumplir al menos los siguientes principios fundamentales: celeridad en la administración de justicia de manera que, en los casos que ameriten prisión preventiva, los costes a la libertad del procesado sean lo menos; la presunción de inocencia debe proyectarse como regla de trato procesal, como regla de prueba y como estándar de prueba; se debe garantizar el derecho de defensa técnica adecuada; debe establecer presupuestos de imputación objetivos; el procedimiento debe ser acusatorio, público, oral y contradictorio; y debe dotar de criterios de elaboración de decisiones judiciales que disminuyan el riesgo de *falsas condenas* y de *falsas absoluciones*.

Y, finalmente, los tres poderes de la Unión, tanto del orden federal y estatal, así como los centros de enseñanza y divulgación jurídica, deben cumplir con el deber más importante y complejo, esto es, el de privilegiar la formación de los juristas que operan el sistema. Pues, como refiere *Hassemer*, *en la formación de los juristas se decide en gran parte cómo será la práctica jurídica de un Estado, las leyes pueden marcar solamente los límites y determinar el marco exterior; el manejo de los profesionales con la ley determina la decisión efectiva de la situación jurídica y la existencia real de los derechos*²⁵.

Por tanto, un proceso penal conforme al Estado democrático de derecho reforzará la confianza del ciudadano en las instituciones, en la función, en la seguridad, en la independencia y respetabilidad de nuestra justicia penal. Ello dará cuenta no sólo de nuestro desarrollo jurídico, sino también de nuestro desarrollo social.

1.3. FINALIDAD DEL PROCESO PENAL.

El derecho penal y el derecho procesal penal conforme al Estado democrático de derecho constituyen hoy no sólo un medio de cruda lucha contra el delito, constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible los derechos fundamentales de aquellos que interviene en un conflicto penal,

²⁵ *Ibidem.*, p. 82.

constituyendo una barrera de contención frente al Estado policial, dicha protección abarca a la víctima, a los testigos y al inculcado. Pues, el derecho penal es también el derecho de protección del imputado.

Las leyes penales proveen derechos y medios de defensa a favor del inculcado, tales como el derecho a la no autoincriminación, el derecho a no ser sometido a prácticas de tortura, el derecho a no ser objeto de detenciones arbitrarias, el derecho a una defensa adecuada por letrado, el derecho a un debido proceso, el derecho a la recursividad y el derecho a un medio de defensa eficaz, como lo es el juicio de amparo.

Así pues, considerando los bienes jurídicos protegidos por las leyes penales y la peligrosidad de los instrumentos del poder punitivo, el derecho procesal penal coloca al sistema penal en el marco de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales.

Es un lugar común hablar del índice de violencia que aqueja a nuestra sociedad, de manera que ésta se torna un componente de la vida cotidiana. Esto cobra mayor notoriedad debido a los medios de comunicación cada vez más interesados en cualquier manifestación de violencia, lo que genera un alta grado de sensibilidad en la sociedad hacia los fenómenos de violencia llegando al extremo de que aún sin sufrirla se percibe como omnipresente.

Por consiguiente, la violencia fundamenta discursos políticos y de difusión mediática, lo cual es aprovechado por los operadores de las agencias primarias a fin de legitimar políticas criminales que, en la mayoría de los casos, han resultado obsoletas o contrarias al Estado democrático de derecho. Las agencias ejecutivas y legislativas presentan al *organized crime* como una amenaza, seguido del discurso legitimante del programa de política criminal y de la selectividad criminalizante ejercida por las agencias secundarias –generalmente por las agencias policiales y fiscales, tales como los múltiples operativos, retenes, nuevas medidas de investigación.

Luego, la sociedad amenazada por la violencia y el delito se ve puesta contra la pared, pues en su percepción ella no puede darse el lujo de un derecho penal

entendido como protección de los derechos del ciudadano, es decir, como un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo.

Es así como el sistema penal cumple la función de arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. Esto implica que el delincuente se convierte en enemigo de la sociedad y el derecho penal en derecho penal del enemigo, fundamentando el discurso: *frente a una situación de excepción medidas de excepción*. Esto lleva a múltiples violaciones de derechos fundamentales, ejemplo de ello es la medida de arraigo –desafortunadamente reconocida por nuestra Constitución– lo cual contraria la dogmática penal moderna que enarbola los derechos fundamentales como pilares del derecho penal y procesal penal.²⁶

Empero, los medios masivos de comunicación²⁷ siembran una ideología cada vez es más hostil respecto a los derechos humanos en lo que a la criminalidad se refiere y que genera un culto al héroe violento, creando la certeza de soluciones violentas a cualquier conflicto social. El monopolio del entretenimiento es una de las piezas claves que tiene el poder central. El discurso del sexenio del presidente Felipe Calderón, de la *guerra contra el narcotráfico*, cobró más de 100 mil vidas humanas, equiparándonos, incluso, a naciones que han estado en conflicto armado; la guerra de Irak, por ejemplo, dejó 114 mil muertos.

Tampoco podemos soslayar el conflicto social ocasionado en Michoacán derivado de la deficiente operación de las agencias ejecutivas para garantizar la seguridad de sus ciudadanos, produciendo así un elevado índice de impunidad e ignorando las violaciones a derechos fundamentales de las víctimas e imputados, permitiendo la ejecución de vidas humanas, detenciones ilegales y procesos fabricados.

Desde luego, esta política va contra la naturaleza misma del Estado de derecho que no conoce enemigos sino solamente ciudadanos, hablar de guerra es debilitamiento e ineficacia del Estado, es la abdicación del Estado a su propia naturaleza que es la función de garantizar la paz, pues éste ha nacido como un instrumento de bienestar (*Ferrajoli*). El derecho se caracteriza por su asimetría con la

²⁶ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 53

²⁷ Sobre ello, véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, vol. I; Bogotá, Colombia, Editorial Temis S. A., 1988, pp. 52-54.

violencia, el Estado es más fuerte, es capaz de deslegitimar el *organized crime*. Sin embargo, la respuesta del poder estadual debe respetar las garantías penales y procesales y los derechos fundamentales. Calificar a las organizaciones criminales como enemigos de la nación, es elevarlos al nivel del Estado, lo cual va contra la naturaleza del ente supremo.

De allí que el sistema penal en el Estado constitucional de derecho contiene al Estado policial, limita la violencia y limita el poder punitivo, que sólo se habilita previo cumplimiento de las garantías –*garantías penales y procesales*²⁸– del sistema penal.

Consideramos que la finalidad del proceso penal es la decisión sobre la punibilidad del imputado, la cual debe ser materialmente correcta, con plena eficacia de los derechos fundamentales del inculpaado y observando las garantías penales y procesales conforme al sistema penal garantista. Es así, porque el proceso penal en el Estado democrático de derecho no persigue alcanzar la sentencia correspondiente a la situación jurídica a cualquier precio, sino con respeto irrestricto de los derechos humanos del inculpaado.

El sistema penal al cumplir la función de contención del poder punitivo, lo hace evaluable y controlable, ligado a los principios de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; de necesidad; de lesividad o de la ofensividad del acto; de materialidad o de la exterioridad de la acción; de culpabilidad o de la responsabilidad penal; de jurisdiccionalidad; del acusatorio o de la separación entre juez y acusación; de la carga de la prueba o de verificación; y del contradictorio, o de la defensa o de refutación, que ordenados y conectados sistemáticamente definen el modelo garantista o de responsabilidad penal²⁹.

Los sistemas penales modernos enarbolan el modelo garantista al cual México se adscribió en el año 2008 con motivo de la reforma de diversos artículos de la Constitución Nacional, vinculados a los principios, al proceso y operatividad de las agencias del sistema, decantándose por un proceso penal acusatorio, oral, público y

²⁸ Sobre el garantismo penal y, particularmente, las garantías penales y procesales, véase: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio; trad., de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), 2ª ed., Madrid, España, Editorial Trotta, 1997, pp. 91-116.

²⁹ Cf. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 93.

contradictorio, de manera que, como lo habría afirmado Von Liszt, *el derecho penal es la Carta Magna del ciudadano*. Así, las leyes penales y procedimentales procuran el respeto irrestricto de los derechos fundamentales del inculpado.

Este modelo comporta diez condiciones, límites o prohibiciones encaminadas a tutelar la libertad del ciudadano contra el arbitrio o el error penal.

Según este modelo, no se admite ninguna imposición de la pena sin que se compruebe la comisión de un delito; su previsión por la ley como delito –esto implica el principio de taxatividad³⁰; la necesidad de su previsión o punición; sus efectos lesivos para terceros; el carácter exterior o material de la acción criminal; la imputabilidad y la culpabilidad de su autor; la presunción de inocencia del inculpado; la prueba empírica de la acusación llevada ante un juez imparcial en un proceso público, oral y contradictorio, mediante la defensa a través de letrado.

Sobre esta base, afirmamos que, *la finalidad del proceso penal es verificar la acreditación o no acreditación de la responsabilidad penal del acusado, observando las garantías penales y procesales, como condición necesaria para la habilitación del poder punitivo del Estado en forma de pena*.

De ello se sigue que, en el contexto jurídico, político y científico, el proceso penal además de lograr la realización del derecho penal, se caracteriza como *derecho constitucional aplicado* y como indicador de la respectiva cultura jurídica y política de una sociedad³¹. Pues, en el derecho penal y en su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos, ya que éste también sirve de instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está permitido lesionar ni con los delitos ni con las penas.

Esto es así, porque el derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos, éste también está orientado a la *protección del débil contra el más fuerte (Ferrajoli)*. En el primero se identifica el ofendido o amenazado por el delito, y el ofendido o amenazado por la venganza –que es propia del estado de naturaleza incierta,

³⁰ En relación al principio de taxatividad, véase Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., México, Tirant lo Blanch México, 2012, pp. 105-107.

³¹ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, op. cit., p. 72.

desenfrenada, a veces dirigida contra el inocente mediante penas arbitrarias y desproporcionadas. En los segundos se identifica al delincuente en la comisión del delito y a la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con ella en el ejercicio de la venganza. Con la monopolización de la fuerza, la delimitación de sus presupuestos y modalidades, así como la exclusión de su ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados, la prohibición y la amenaza penal protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen a los sentenciados y a los inocentes de quienes se sospecha como responsables contra la venganza.³²

Se colige pues, que el fenómeno jurídico que incumbe al derecho penal es la contención del poder punitivo para que no se desbande, porque cuando éste se desbanda viene la masacre, vienen los genocidios. Contra ello, lo único que pueden hacer las agencias jurídicas es limitar ese poder, como Zaffaroni escribió: *la contención y reducción del poder punitivo, planificada para uso judicial por el derecho penal, impulsa el progreso del Estado de derecho. No hay ningún Estado de derecho puro, sino que éste es la camisa que contiene al Estado de policía que invariablemente sobrevive en su interior. Por ello, la función de contención y reducción del derecho penal es el componente dialéctico indispensable para su subsistencia y progreso*³³. En suma, en cuanto mejor se acote al poder punitivo más se irá acercando al modelo ideal de Estado democrático y social de derecho.

1.4. OBJETO DEL PROCESO PENAL.

Si el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, y la hipótesis acusatoria debe ser sometida a control empírico, de manera que pueda ser verificada y expuesta a refutación según la máxima *nullum iudicium sine probatione*; el objeto

³² Cf. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 335

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p.5.

fundamental de todo proceso penal en un Estado democrático de derecho es averiguar la verdad acerca del hecho imputado.

Sin embargo, ésta no se puede alcanzar de un modo irreprochable desde el punto de vista del principio de formalidad del procedimiento aunque incorrecta empíricamente, o bien, siendo correcta en cuanto al contenido empírico pero alcanzada a costa del principio de debido proceso y al margen de los derechos fundamentales del acusado. Por consiguiente, el proceso penal no busca resolver la situación jurídica material a cualquier precio, sino siguiendo las reglas del debido proceso, garantizando el pleno ejercicio del derecho de defensa técnica y material del imputado, el principio de presunción de inocencia y el principio de legalidad; en suma, tutelando los derechos humanos del acusado y todo lo que ello implica.

Así pues, el proceso penal es un proceso de cognición o de comprobación³⁴ en el que la determinación del hecho delictivo tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, a través de aserciones o negaciones de hecho o de derecho. Es así, porque la justicia penal se basa en juicios predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (de derecho), sujetos a dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y la prueba empírica de los hechos penalmente relevantes.

Ahora, el carácter cognitivo del proceso se opone al subjetivismo del juicio, esto es, aquel que ante la falta de referencias fácticas exactamente determinadas, se sustenta en sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho; pues ello enerva la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, convirtiéndola en una verdad fundada en la íntima convicción del juez, produciendo una decisión fruto de la persuasión interior, inescrutable e irreductiblemente subjetiva y que, por razones desconocidas surge en el alma –no necesariamente en la mente– del juez³⁵, por ende, incontrolable e irrefutable.

De esto se sigue, en el proceso los hechos determinan la interpretación y aplicación del derecho, pues la averiguación de la verdad se erige como condición necesaria para la justicia de la decisión (*Taruffo*), ya que la fijación errónea de los

³⁴ Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 37.

³⁵ Cf. Taruffo, Michele, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 41.

hechos se traduciría en un defecto de fundamentación y motivación al no existir una adecuación entre las razones de hecho y fundamentos de derecho invocados, infringiendo así el principio de legalidad. Por lo antedicho, el proceso penal en el Estado democrático de derecho exige que éste se haya desarrollado de manera correcta y legítima y la norma aplicada haya sido interpretada correctamente, justificando válidamente las razones de hecho y de derecho que sirven de sustento a la decisión judicial, conforme al principio *veritas, non auctoritas facit iudicium* (es la verdad, no la autoridad, la que hace el juicio) en el sistema penal garantista³⁶.

³⁶ En efecto, el sistema garantista conlleva el principio de estricta jurisdiccionalidad, sobre el que Ferrajoli señala: *es una actividad normativa distinta de cualquier otra, no sólo de la legislación, sino también de la administración y de la actividad comercial, en tanto está motivada por aseveraciones supuestas verdaderas y no sólo por prescripciones, de manera que no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, sino vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados mediante el reconocimiento de la primera y conocimiento de los segundos, esto es, las razones de hecho y de derecho aducidas para la justificación de la decisión jurisdiccional.* Ferrajoli, Luigi. op. cit., p. 75.

CAPÍTULO II

CERTEZA DE LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL

2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL.

En otro lugar ya habíamos señalado que la verdad perseguida como fundamento de la condena, es la verdad alcanzada mediante el respeto a las reglas del debido proceso y las garantías de la defensa, circunscrita a los hechos y circunstancias penalmente relevantes, es decir, a la aserción acusatoria formulada conforme a las leyes.

Se colige pues, que la verdad judicial es una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más limitada en su contenido informativo que cualquier otra hipótesis obtenida al margen de pruebas empíricas y sin apego a las reglas del procedimiento. Esta es la garantía del formalismo que en el derecho penal y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de las personas contra la introducción de verdades incontrolables e irrefutables³⁷.

En este sentido, en la dogmática procesal se ha afirmado la imposibilidad de llegar a la verdad en el sentido objetivo o absoluto, siendo éste el ideal inalcanzable de toda construcción jurídico-procesal. Empero, esta posición resulta carente de sustancia. Pues, en principio, la verdad absoluta es ingenua, es metafísica, no sólo en ámbito jurídico, sino también en el campo de las ciencias naturales. Así, surge el problema de si la verdad judicial o procesal es distinta de la verdad posible fuera del proceso. Cuestión resuelta por los dogmáticos del derecho procesal, distinguiendo la *verdad formal*, judicial o procesal que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; de la *verdad material*, histórica, empírica o, simplemente verdad, referida al mundo de lo fenoménico y a otros

³⁷ Al respecto, Ferrajoli establece dos tipos de verdad posible en el proceso penal, una verdad sustancial o material y una verdad formal o procesal; la primera calificada como una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. De manera que ésta, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en un juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta solidario con una concepción autoritaria e irracional del proceso penal. Y, la verdad procesal como aquella alcanzada mediante el respeto de reglas precisas –debido proceso y garantías de la defensa– y relativa a los hechos y circunstancias perfiladas como penalmente relevantes, caracterizando ésta última al modelo garantista. *Ibidem.*, p. 45.

sectores de la ciencia, obtenida a través de medios cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales³⁸.

Tal distinción nos lleva a plantear la siguiente cuestión, si la verdad formal deriva de la regulación jurídica de la prueba, así como del proceso en el que se estatuyen límites a las facultades de las partes y a la potestad del órgano jurisdiccional ¿cuál es la verdad material, empírica, histórica o, simplemente verdad en el ámbito extrajurídico o extraprocesal? Es decir, ¿si ésta es distinta a la verdad en el proceso judicial? Requerimos pues, remitirnos al problema filosófico de la teoría del conocimiento.

2.2. EL CONCEPTO DE VERDAD Y SU RELATIVIDAD.

Existe por lo menos un problema filosófico que a todos los pensadores interesa: el de entender el mundo en que vivimos y, por ende, entendernos a nosotros mismos –que somos parte de ese mundo– y nuestro conocimiento de él. El interés de la filosofía, no menos que el de la ciencia, radica únicamente en el osado intento de ampliar nuestro conocimiento del mundo y la teoría de nuestro conocimiento mundo³⁹.

En la historia de la filosofía griega, especialmente la que va de Tales a Platón, encontramos al menos una nueva filosofía producto de la tradición de la discusión crítica en la que las nuevas ideas se proponen como tales y surgen como resultado de la crítica abierta; los cambios no se presentan como reformulaciones de los conceptos que ha emitido el maestro, del significado que él les dio y de sus verdaderas intenciones; sino como un fenómeno estrechamente vinculado con la libertad y creatividad de la filosofía griega. Esta nueva libertad del pensamiento basada en una nueva relación entre maestro y discípulo, se puede identificar en Tales quien parece haber sido capaz de tolerar la crítica de Anaximandro. Así, la actitud crítica hacia la doctrina del maestro se volvió parte de la tradición de la escuela jónica, rompiendo con la tradición dogmática que permitía sólo una doctrina,

³⁸ En relación a la distinción entre verdad formal y verdad material, véase: Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 20.

³⁹ Cf. Popper, Karl R., *Escritos selectos*, David Miller comp., trad. de Sergio René Madero Baéz, México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 25.

e inició una tradición que admite una pluralidad de doctrinas, las cuales tratan de aproximarse a la verdad por medio de la discusión crítica⁴⁰.

Al darnos cuenta de que nuestros intentos por ver y encontrar la verdad no son definitivos, sino que siempre están abiertos a mejorarse; de que nuestro conocimiento, nuestra doctrina, es siempre conjetural; de que consiste en supuestos o hipótesis, más que en verdades definitivas o certeras; y de que la crítica y la discusión crítica son los únicos medios de que disponemos para acercarnos más a la verdad, se fijó el inicio de la tradición racionalista o de la discusión crítica, caracterizada por una actitud racional o científica como único medio practicable para ampliar el conocimiento –conjetural o hipotético. Así pues, el racionalismo crítico como teoría de conocimiento implica que en el desarrollo de la ciencia, las observaciones y los experimentos sólo desempeñan el papel de argumentos de crítica y juegan este papel junto con otro, el de argumentos no surgidos de la observación. Por ende, el significado de las observaciones y de los experimentos depende enteramente de si pueden utilizarse o no para criticar teorías.

Luego, siguiendo esta teoría, en última instancia existen sólo dos maneras en que las teorías pueden ser superiores a otras; la primera exigencia es que pueda explicar más y la segunda pueda probar mejor; esto es, la posibilidad de ser discutidas más cabal y críticamente a la luz de todo cuanto sabemos, de todas las objeciones en que podamos pensar y, especialmente, a la luz de las pruebas de observación y de experimentación que se hayan diseñado con el fin de refutar la teoría. En suma, comporta la necesidad del examen crítico de la teoría, pues ésta en sí misma es una *conjetura* susceptible de *refutación*.⁴¹ Por tanto, no existe la mejor o más certera fuente de conocimiento, ninguna garantiza la ausencia del error.

La verdad es objetiva⁴², hay cosas que nunca sabremos y hay otras cosas que pensamos que sabemos, pero no es así. Antaño se creía que la tierra era plana, sin embargo, hoy esa idea es errónea. Hasta las teorías científicas bien fundadas pueden ser superadas. La teoría de Kepler sobre los movimientos planetarios fue unificada y superada por la teoría de la gravitación universal de Newton. En los

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 26-29.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 30.

⁴² Sobre el concepto de verdad objetiva véase ampliamente: Lynch, Michael P., *La importancia de la verdad. Para una cultura pública decente*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 24-26.

albores del siglo XX la teoría de Newton fue superada por la Teoría de la relatividad especial de Einstein. En cada caso, el avance fue hacia una teoría más informativa y más rigurosamente comprobable por medio de severas pruebas y por predicciones que eran muy improbables a la luz de nuestro conocimiento previo (anterior a la teoría que fue puesta a prueba y se corroboró).

Los riesgos permanentes de ignorancia y de error subrayan el hecho de que, al margen de cualquier otra propiedad, la verdad es objetiva. Sólo porque la creamos no significa que sea verdad, y sólo porque sea verdad no significa que la creamos, la creencia no implica su existencia. Las creencias verdaderas son aquellas que retratan el mundo tal como es y no como esperamos, tememos o deseamos que sea⁴³. La objetividad de la verdad vale tanto como aceptar la evidencia de que podemos cometer errores. Por consiguiente, la búsqueda de la verdad no es una empresa fácil, en tanto implica maximizar las condiciones para evitar o eliminar el error en la hipótesis o teoría.

Arriba ya indicamos, nuestro conocimiento es conjetura. Y el error se detecta y elimina a través del examen crítico de la teoría o la hipótesis. La ciencia moderna ha demostrado que no se debe esperar ninguna finalidad y que se debe aceptar el posible derrumbe de las teorías científicas. Pues, en la mayoría de los casos se puede determinar con gran confianza cuál, de entre dos teorías, es la mejor, en el entendido de que es una hipótesis susceptible de falsificación por una posterior. Por tanto, si en las ciencias⁴⁴ no existe razón suficiente para pensar que se han alcanzado míticas verdades absolutas. Entonces, en el proceso judicial, particularmente el proceso penal, que al versar sobre elementos fácticos es falsificable, resulta banal pretender alcanzar verdades indiscutibles, en todo caso, sólo será una hipótesis, una conjetura, una verdad verosímil, de entre dos o más mejor probada según el estándar de prueba establecido en la ley.

Así, podemos resolver la cuestión de si la verdad⁴⁵ obtenida en el proceso judicial es distinta a la verdad determinada en procesos de diversa índole en que

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ Nos referimos a las ciencias empíricas que son las únicas capaces de darnos información acerca de la realidad del mundo en que vivimos. En contraste con las ciencias formales *matemáticas puras* y la *lógica* que no nos dan información sobre el mundo, sino que sólo desarrollan los medios para describirlo.

⁴⁵ Determinada en un proceso jurídicamente regulado, en presencia de normas que regulan el ofrecimiento y admisión de pruebas, su obtención, su desahogo y, en algunos casos, su eficacia.

también se plantean problemas de carácter cognoscitivo. Pues bien, en los ordenamientos penales modernos existe la tendencia de disminuir la regulación probatoria de manera que se permite todo tipo de prueba y se admite el empleo de cualquier técnica desarrollada por la ciencia, así como de suprimir la prueba legal o tasada, dejando la valoración de la prueba a la libre convicción y a la sana crítica del juzgador. Evidentemente, esto no implica que con ello se legitimen pruebas obtenidas al margen de los derechos fundamentales y del principio de legalidad característica fundamental del Estado constitucional de derecho, muchos menos que se afecte el derecho de defensa adecuada del inculpado, ni los derechos de la víctima.

Las reformas comentadas tienen por objeto garantizar el ejercicio de tales derechos y el dictado del fallo correspondiente a los hechos de la causa según criterios lógicos y epistemológicos⁴⁶ que no varían de los aplicados en procedimientos cognoscitivos situados fuera del proceso, de manera que las hipótesis resulten falsificables. Y van orientadas en beneficio de decisiones más aproximadas a la verdad de los hechos. Por consiguiente, la regulación procedimental no resulta determinante para establecer la autonomía de la verdad procesal de aquella posible en otros contextos⁴⁷.

Sin embargo, no pretendemos establecer que este concepto unitario implica verdades iguales, pues los medios cognoscitivos varían dependiendo el contexto⁴⁸, no sólo en el jurídico, sino en las distintas ciencias ya que cada una emplea métodos particulares para establecer y definir la verdad. Así, la verdad procesal y la verdad extraprocesal son relativas a los medios cognoscitivos disponibles, a los presupuestos, a los conceptos, a las nociones y a las reglas mediante las que se construyen versiones de los hechos. Éstas se definen y determinan en función del marco en que se sitúan; de modo que ninguna de las dos, ni siquiera la segunda, se puede definir como absoluta e indiscutible⁴⁹.

⁴⁶ En tanto método de verificación de un enunciado que afirma algo respecto a una percepción de la realidad. Véase: Carnap, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, trad. de César N. Molina, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1963.

⁴⁷ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán; 4ª ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 71-77.

⁴⁸ Sobre la importancia del contexto para la determinación de la verdad, véase Lynch, op. cit., pp. 60-64.

⁴⁹ La verdad procesal es ciertamente relativa, dado que está determinada en función del marco de referencia –el contexto– constituido por el proceso y las normas que lo regulan (en particular aquellas que se refieren a las pruebas y a la determinación de los hechos) y se sitúa, pues, inevitablemente dentro del <<vocabulario>> del proceso, es decir, del lenguaje y de la cultura

La relatividad de la verdad procesal derivada de la diversidad, variabilidad y contingencia de los distintos contextos, no implica que ésta sea completa y absolutamente distinta en otro marco de referencia. Las versiones de la realidad, del mundo, no se fabrican de la nada sino partiendo de otras versiones, y lo mismo sucede con el lenguaje, las nociones, los conceptos y reglas⁵⁰. Puede haber conexiones, derivaciones, analogías, e interferencias entre contextos distintos que hagan posible una noción de verdad empírica en el proceso judicial, particularmente en el proceso penal, el cual se estructura por normas cuyo objeto es maximizar las condiciones para la determinación de los hechos de la causa y, por ende, el descubrimiento de una *verdad epistémicamente* válida en el marco del modelo garantista en contra de decisiones arbitrarias e intersubjetivamente incontrollables. Por ende, la verdad es el ideal a alcanzar, sin embargo ésta no puede ser obtenida a cualquier precio y, en todo caso, siempre opera el principio de presunción de inocencia a favor del inculgado, cuyos efectos se expanden en cada una de las etapas del proceso penal.

2.3. VERDAD Y APROXIMACIONES A LA VERDAD.

Para dotar de contenido a la concepción epistémica de la verdad, partiremos de la base de la teoría semántica de la verdad de Tarski⁵¹, quien concibe a aquélla como la relación entre el lenguaje⁵² y la realidad, es decir, la correspondencia de una afirmación con los hechos. De modo que las afirmaciones resultan verdaderas o falsas en función de su adecuada correspondencia o no con la realidad. Por consiguiente, la verdad objetiva se considera sinónimo de correspondencia con los hechos.

típica de la administración de justicia. Y, precisa, esta relatividad al contexto de la verdad procesal se trata de una característica que ciertamente no es típica únicamente del conocimiento de los hechos en el proceso: es más, este tipo de relativización afecta a todas las verdades, o a la verdad en general, siempre que se comparta la tesis según la cual en todo caso la verdad de algo se define en función del contexto en que se sitúa y está determinada por éste. Naturalmente, esto presupone la posibilidad de una variación ilimitada de los contextos en los cuales se construyen versiones de la realidad, la contingencia irreductible de esos contextos y de los vocabularios que los expresan. Taruffo Michele, op. cit., p. 76-77.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 76.

⁵¹ Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Nueva visión, 1972.

⁵² Lenguaje como conjunto de señales que dan a entender algo. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22.ª ed. Madrid, España, 2012.

La teoría semántica⁵³ considera al lenguaje como un medio privilegiado para la representación de la realidad. La finalidad primordial que tiene el lenguaje, desde el punto de vista cognitivo, es la de figurar los hechos, la de transmitir información acerca de los componentes y la estructura de la realidad. Esta teoría incorpora dos conceptos relacionales que ponen en conexión los niveles lingüístico y ontológico, de tal modo que sirven para explicar la función representadora del lenguaje. Estos conceptos son fundamentalmente dos, el de referencia y el de verdad. La referencia y la verdad conectan el lenguaje con el mundo (o la realidad) a través de las relaciones de *designación y correspondencia*, esto es, las expresiones lingüísticas simples que se *refieren a* componentes simples de la realidad (objetos, entidades individuales) y los enunciados que corresponden o no con los hechos realmente existentes⁵⁴.

Para explicar la idea de correspondencia con los hechos, en principio se debe considerar la siguiente formulación en la cual se afirma muy sencillamente (en metalenguaje) en qué condiciones cierta afirmación (de lenguaje objetivo) corresponde a los hechos: La afirmación o aseveración, *La nieve es blanca* corresponde a los hechos si, y sólo si, la nieve es blanca.

Para poder hablar de correspondencia con los hechos, como en la afirmación apuntada, debemos utilizar un metalenguaje con el que podamos hablar de dos cosas: las afirmaciones y los hechos a que se refieren. Alfred Tarski empleo dos lenguajes diferentes al tratar el problema de la definición de la verdad. El primero de estos lenguajes es acerca del que se *habla*, y que es el tema de toda la discusión –la definición de la verdad que se busca se aplica a las oraciones de este lenguaje. El segundo lenguaje es en el que *se habla acerca del primer lenguaje*, y en cuyos términos se desea construir la definición de verdad para el primer lenguaje. Al primero de éstos lo denominó lenguaje objeto y al segundo metalenguaje⁵⁵.

Entonces, siguiendo la concepción semántica, para construir una definición satisfactoria de la verdad el metalenguaje en su parte lógica deberá ser *esencialmente más rico* que el lenguaje objeto, y esto se cumple cuando contiene

⁵³ La semántica como disciplina que se ocupa de ciertas relaciones entre las expresiones de un lenguaje y los objetos (o estados de cosas) a que se refieren esas expresiones. Tarski, Alfred, op. cit., p. 17.

⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 17-18.

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 26-27.

variables de tipo lógico superiores al lenguaje objeto. Se debe incluir, entonces, el término verdadero en la lista de los términos indefinidos del metalenguaje, expresando las propiedades fundamentales de la noción de verdad en una serie de axiomas⁵⁶. La condición de *riqueza esencial* del metalenguaje es necesaria y suficiente para construir una definición satisfactoria de la verdad. Por tanto, una oración será verdadera si es satisfecha por todos los objetos, y falsa en contrario.

Considérese la oración: *Juan llamó es verdad*, constituye una afirmación que pertenece al metalenguaje; la oración: *es verdad que Juan llamó*, puede pertenecer al mismo lenguaje que *Juan llamó*. Empero, la frase: *es verdad que...* –la cual, como una doble negación, es lógicamente redundante– difiere lingüísticamente del predicado metalingüístico *es verdad*. Esta última se necesita para hacer observaciones generales del tipo: *si la conclusión no es verdadera, no todas las premisas son verdaderas o Juan hizo una vez una afirmación verdadera*⁵⁷.

En relación a la teoría de la verdad objetiva como correspondencia con los hechos Popper escribe que actualmente ésta goza de gran aceptación en la epistemología, pues permite expresar aseveraciones como la siguiente: una teoría puede ser verdadera aunque nadie crea en ella y aunque no tengamos razones de peso para aceptarla o para creer que es verdadera; y otra teoría puede ser falsa, aunque tengamos comparativamente buenas razones para aceptarla. Y, por otro lado, esta teoría aseveraría que, incluso si damos con una teoría verídica, en general sólo estaremos conjeturando, suponiendo, y acaso fuera imposible saber que es verídica⁵⁸.

Por consiguiente, la teoría de la verdad objetiva permite decir que buscamos la verdad, aunque quizá no podamos saber cuándo la hemos encontrado; no obstante, nos guía la idea de la verdad como un principio regulador. La verdad en sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador puede compararse –siguiendo las ideas de Popper y su teoría del conocimiento conjetural– *con el pico de una montaña que está siempre, o casi siempre, envuelto en las nubes. El montañista no sólo tiene dificultades para llegar*

⁵⁶ *Ibidem.*, pp. 30-31.

⁵⁷ Cf. Popper, op. cit., pp. 198-199.

⁵⁸ *Ídem.*

hasta la cima; acaso no sepa cuándo ha llegado, porque acaso sea incapaz de distinguir, en medio de las nubes, entre el pico más alto y otros picos menos altos. No obstante, esto no afecta la existencia objetiva la cima, y si el montañista aduce: *Tengo algunas dudas acerca de si llegué a la verdadera cima*, entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cima y, por ende, la idea misma del error o de la duda (en su sentido normal y recto) implica que la verdad objetiva puede no ser alcanzada.

De esta manera, aunque al montañista le sea imposible estar seguro de haber llegado a la cima, a menudo le será fácil darse cuenta de que no ha llegado a ella (o de que aún no llega a ella); por ejemplo, cuando se topa con un risco vertical que lo obliga a retroceder. Y, en forma semejante habrá casos en que estaremos seguros de haber alcanzado la verdad. Aquí se podrían emplear criterios de inconsistencia para establecer la falsedad de algunas de nuestras teorías⁵⁹.

La teoría de la verdad como correspondencia con los hechos, en el ámbito de la versión relativista de la verdad⁶⁰, implica la existencia de grados o medidas de conocimiento situados a lo largo de una escala o dimensión; en un extremo está el desconocimiento y el extremo opuesto puede ser representado por la verdad absoluta a modo de punto de referencia teórico, sin embargo sirve para determinar y orientar valores relativos concretos. Por consiguiente, en un procedimiento cognoscitivo de cualquier género, la verdad absoluta funciona como punto de referencia, es decir, como límite al que los conocimientos concretos tienden a aproximarse aunque no alcanzan nunca a identificarse con él.

Sin embargo pueden haber distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0, esto es, ninguna correspondencia, lo que equivale a decir que no existen elementos que hagan creíble la aserción o que ésta no es significativa, según el contexto; y aumentando la

⁵⁹ *Ibidem.*, 201-202.

⁶⁰ Las teorías de la verdad relativa sostienen que la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica el fin de la ciencia, ni el de la epistemología ni el de la costumbre de pensar que, de alguna forma, las cosas y los hechos del mundo material puedan ser racionalmente conocidos. Muy simplemente, se admite la existencia y la racionalidad de conocimientos relativos, de verdades objetivas; se acaba reconociendo que estos conocimientos o verdades son precisamente aquellos por los que se preocupa la ciencia. El verdadero problema es definir las condiciones de validez y de aceptabilidad de estos conocimientos, es decir, definir criterios racionales para verdades necesariamente relativas. Ello tampoco comporta la imposibilidad de toda determinación verdadera de los hechos en el proceso. Se habla, pues, de *verdad de los hechos* o *certeza* exclusivamente en términos relativos, sin embargo ésta deberá ser aceptable bajo el punto de vista epistemológico, cf. Taruffo, op. cit., pp. 178-179.

aproximación a medida que se suman elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad. Lo que sirve, además, para determinar el criterio de elección entre varias conjeturas del mismo hecho.

Así, la teoría de la correspondencia con los hechos es operante en el proceso judicial porque confirma la idea de que hay distintos grados de correspondencia del juicio de hecho con la realidad empírica de los hechos relevantes, y marca el punto de referencia de la correspondencia de la determinación de los hechos con la realidad material de esos hechos en cuanto eventos del mundo real. De ahí que en el proceso judicial se pueda hablar de verdades aceptables según criterios epistemológicos⁶¹.

2.4. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL Y LOS GRADOS DE VEROSIMILITUD.

El proceso penal sigue un método de verificación de la aserción acusatoria, la cual refuta el principio de presunción de inocencia del inculpado y, en su caso, la hipótesis de la defensa. De modo que en el proceso penal se puede decir que una aserción x corresponde mejor a los hechos que una aserción y en función del contenido empírico⁶² de las aserciones, donde los valores x y y pueden identificarse con la de culpabilidad e inocencia, respectivamente.

En este sentido, las ideas de verdad y contenido convergen en una sola: la idea del grado de la mejor (o de la peor) correspondencia con la verdad o de mayor (o menor) parecido o similitud con la verdad; en otras palabras, en la idea de *grados de verosimilitud*⁶³, que se puede definir de la siguiente manera.

Suponiendo que el contenido de verdad y el contenido de falsedad de dos teorías t_1 y t_2 sean comparables, se puede decir que t_2 se acerca más a la verdad, o corresponde mejor a los hechos que t_1 si, y sólo si,

⁶¹ Cf. Taruffo, op. cit., pp. 179-183.

⁶² Al respecto K. Popper escribe que el contenido empírico se define como la clase de afirmaciones básicas que contradicen a una teoría. Entendiendo por afirmaciones básicas: afirmaciones que aseveran que un acontecimiento observable está ocurriendo en cierta región específica del espacio y tiempo. Véase ampliamente, Popper, op. cit., pp. 167-177.

⁶³ *Ibidem.*, pp. 209-210.

- 1) *El contenido de verdad, pero no de falsedad de t_2 , excede al de t_1 , y*
- 2) *El contenido de falsedad de t_1 , pero no su contenido de verdad, excede al de t_2 .*

Sobre esta base, asumiendo que el contenido de la aserción y el contenido de verdad de una teoría a son en principio mensurables, podemos establecer una medida de la verosimilitud o de la semejanza con la verdad de a , como sigue:

$$Vs(a) = Ct_T(a) - Ct_F(a)$$

Donde $Ct_T(a)$ es una medida del contenido de verdad de a , y $Ct_F(a)$ es una medida del contenido de falsedad de a . Esta fórmula también se puede expresar en los términos siguientes: el grado de $Vs(a)$ debería aumentar a 1) si el $Ct_T(a)$ se incrementa mientras que el $Ct_F(a)$ no se incrementa, o a 2) si el $Ct_F(a)$ disminuye, mientras el $Ct_T(a)$ no disminuye⁶⁴.

Ahora, cómo determinar si una aserción x –a la que identificaremos con la hipótesis acusatoria– tiene un más alto nivel de verosimilitud que una aserción y –a la que identificaremos con el principio de presunción de inocencia y con la contrahipótesis de la defensa, que constituye la hipótesis a superar. En principio, se puede responder que ésta será una conjetura analizada con rigor crítico⁶⁵, y que verificada a través de pruebas empíricas ha logrado desvirtuar el principio de presunción de inocencia, así como la contrahipótesis de la defensa, de ahí que este hecho se pueda considerar una buena razón crítica en favor de esa conjetura.

En segundo lugar, sin soslayar el principio de presunción de inocencia, la verosimilitud estará definida de tal manera que ésta se logrará sólo mediante una hipótesis de culpabilidad que no sea únicamente verdadera, sino que sea cabalmente verdadera, esto es, si corresponde a los hechos relativos al delito y a la responsabilidad del inculpado, según la fórmula *la nieve es blanca si, y sólo si, la nieve es, en efecto, blanca*; lo que implica que la aserción de culpabilidad será verdadera si, apoyada en pruebas empíricas, corresponde a todos los hechos relevantes a que se refiere, es decir, la existencia del delito y la responsabilidad del

⁶⁴ Véase ampliamente, *Ibidem.*, pp. 208-213.

⁶⁵ *Idem.*

acusado. Esto es así, pues el estándar de prueba en el proceso penal exige la *prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable*, sobre el que más adelante hablaremos. De ahí que el nivel de verosimilitud deba ser el más alto posible.

Y, dado que el proceso judicial versa sobre hechos pasados, el fiscal debe producir nuevos elementos de prueba, como interrogatorios, testimonios, reconocimientos, pericias, inspecciones judiciales, pues en el sumario no se producen los hechos objeto del juicio, sino la prueba de éstos. Por consiguiente, la labor del juez no dista de la labor del historiador, ya que no puede examinar directamente el hecho que tiene la tarea de juzgar y que, en todo caso, escapa de su observación directa, sino sólo las pruebas de éste, que son experiencias de hechos presentes⁶⁶, verbigracia, testificales, periciales, reconstrucciones, etcétera, interpretables como evidencias de hechos pasados, de manera que de la interpretación conjunta de las pruebas pueda inferirse el hecho indagado.

En este punto podemos emplear la teoría de la verdad de Karl Popper⁶⁷, adecuando al contexto jurídico cinco tipos de casos que en la ciencia permiten dictaminar que una teoría t_1 ha sido superada por una t_2 , en el sentido de que t_2 corresponde mejor a los hechos. En nuestro marco la teoría a superar será el principio de presunción de inocencia y, en su caso, la contrahipótesis de la defensa, y la t_2 será la hipótesis acusatoria.

- 1) t_2 hace aseveraciones más precisas que t_1 , y estas aseveraciones están soportadas en pruebas empíricas.
- 2) t_2 toma en cuenta y explica más hechos que t_1 .
- 3) t_2 describe o explica los hechos con mayor detalle que t_1 .
- 4) t_2 ha sugerido pruebas científicas y éstas apoyan la reconstrucción de los hechos de la aserción acusatoria.

⁶⁶ Esta diferencia entre experiencia de un hecho presente y prueba de un hecho pasado resquebraja el modelo ideal de la verdad procesal fáctica como correspondencia objetiva. La verdad procesal fáctica, al igual que la verdad histórica, en vez de ser predicable en referencia directa al hecho juzgado, es el resultado de los hechos probados del pasado con los hechos probados del presente. Esta ilación, la realice un historiador, un juez o un detective, puede ser representada como una inferencia inductiva que en las premisas lleva la descripción del hecho que se ha de explicar y las pruebas practicadas, además de generalizaciones sobreentendidas sobre la fiabilidad de experiencias análogas, y en la conclusión la enunciación del hecho que se acepta como probado por las premisas y que equivale a su hipótesis de explicación. Véase ampliamente, Ferrajoli, op. cit., p. 53.

⁶⁷ En relación a los casos referidos, véase Popper, op. cit., p. 210.

- 5) t_2 ha unificado o conectado entre sí varios hechos hasta entonces inconexos o no relacionados.

Este esquema es simétrico al sistema penal garantista en el que la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad como correspondencia lo más aproximado posible entre la motivación –razones de hecho– y los hechos juzgados. Este esquema cognoscitivo refleja una opción política en favor de un modelo de derecho penal idóneo para limitar el arbitrio punitivo y para tutelar al máximo grado la libertad de los ciudadanos. Y en el plano epistemológico y político del modelo garantista, acogido por las Constituciones modernas, normativamente exige que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones. El esquema delineado asegura el nexo entre legitimidad y verdad, epistemológico y normativo al mismo tiempo, definiendo la naturaleza específica de la jurisdicción en el moderno Estado democrático de derecho. La justicia penal es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva⁶⁸.

⁶⁸ Cf. Ferrajoli, op. cit., p. 64-69. El jurista florentino escribe que el razonamiento judicial se compone de tres inferencias, de las que cada una es lógicamente antecedente de las otras: 1) una inferencia inductiva (*prueba o inducción fáctica*), cuya conclusión de hecho, *CH*, es que *Ticio ha cometido el hecho H* (por ejemplo, ha ocasionado a Cayo heridas curadas en más de cuarenta días) y cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recogidas; 2) una inferencia deductiva (*subsunción o deducción jurídica*), cuya conclusión de derecho, *CJ*, es que *Ticio ha cometido el delito G* (en el caso, lesiones graves) y cuyas premisas son las *CH* y la definición jurídica (parcial) el hecho *H* (por ejemplo, de quien causa a otro heridas curadas en más de cuarenta días) configura el delito *G* (en el ejemplo, lesiones graves); 3) un silogismo práctico (o disposición), cuya conclusión dispositiva *CD* es la norma individualizada *Ticio deber ser castigado con la pena P y cuyas premisas son la tesis CJ y la norma el que comete el delito G debe ser castigado con la pena P*. Ídem., p. 64.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN PROBATORIO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En todo procedimiento de carácter epistémico es de suma importancia el método, esto es, el conjunto de formas a través de las que se seleccionan, controlan y utilizan las informaciones que sirven para demostrar la certeza de la conclusión. En el ámbito del proceso esto equivale a las reglas sobre la formación de la prueba y su valoración, es decir, el derecho de las pruebas en los diversos órdenes jurídicos. En nuestro particular contexto, el Código Nacional de Procedimientos Penales reglamenta diversas instituciones procesales en el régimen jurídico de la prueba, a saber, el dato de prueba, los elementos de prueba, la prueba propiamente, la prueba anticipada y la prueba ilícita.

3.1. CONCEPTO DE DATO DE PRUEBA

La reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia penal, estatuyó diversos cambios en cuanto al régimen probatorio en el proceso penal. Así, encontramos los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución Nacional, con las nociones de dato de prueba, medio de prueba y prueba. Para dotar de contenido a la primera de estas nociones debemos considerar el marco en que se sitió la reforma citada.

En efecto, el constituyente permanente consideró, fundamentalmente, el papel de la víctima u ofendido del delito, quien representa la parte más débil del sistema penal, pues después de resentir el daño cometido en su integridad física, moral o en sus bienes materiales, el orden jurídico y, particularmente el Ministerio Público, en vez de facilitarle el ejercicio de su defensa, se la dificultaba de manera real, sistemática y estructural a grado tal, que resultaba irrisoria la defensa de sus derechos fundamentales. El Ministerio Público paralizaba la indagatoria, determinaba la reserva o resolvía no ejercitar acción penal ante la falta de elementos de convicción para preparar la acción penal. Esto propiciaba la indefensión de la víctima y, desde luego, dejaba impune gran número de delitos.

A esto se suma la ineficacia del sistema de justicia penal en el país. Son diversas y complejas las causas que han dado lugar a la disfuncionalidad del sistema. El ámbito de procuración e impartición de justicia se ha visto rebasado por prácticas de corrupción, el quebrantamiento del debido proceso y la vulneración al derecho de defensa, la incertidumbre jurídica e impunidad que caracteriza el sistema. Ante tal situación, el constituyente permanente mediante el decreto de reforma de diversos artículos de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial de Federación el 18 de junio de 2008, estableció el sistema de justicia penal acusatorio, oral, público y contradictorio, con lo que se situó a la par de los modernos Estados sociales de derecho, en donde ese modelo se considera garantista e ideal para resolver el conflicto penal.

Esto comportó dos cambios fundamentales en la regulación normativa de la prueba, se redujeron los parámetros normativos que debe cubrir el Ministerio Público para obtener la orden de aprehensión y solicitar la vinculación a proceso, y, por otra parte, las pruebas producidas en el juicio oral⁶⁹, por regla general, sustentan el fallo. Además, el procedimiento acusatorio se compone de tres etapas, a saber, la de investigación, que comprende la investigación inicial y la investigación complementaria; la intermedia o de preparación del juicio oral; y la de juicio oral.

La investigación constituye una de las etapas más complejas del procedimiento acusatorio. Ésta sustituye a la averiguación previa sobre la que se asocian gran parte de los problemas del sistema mixto, éstos tienen que ver con la falta de control sobre la investigación, la formalización de los actos de investigación, la conversión automática de los antecedentes de investigación en prueba con el sólo hecho de incorporarlas a la averiguación previa y correspondiente pliego de consignación, el secreto de las actuaciones de la investigación, la paralización injustificada de la investigación y la negativa de realizar actos de investigación y de recepción de información. En contrasentido, la investigación en el modelo acusatorio se caracteriza por su desformalización⁷⁰ y ausencia de valor probatorio de los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio para fundar la

⁶⁹ Hecha excepción de la *prueba anticipada* sobre la que hablaremos más adelante.

⁷⁰ Cf. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*; vol. I, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 454.

sentencia definitiva (art. 259 C.N.P.P.). Por ende, cabe distinguir los actos de investigación de los actos de prueba; los primeros serán medios de averiguación del hecho posiblemente constitutivo de delito y de la participación culpable del imputado, que a lo sumo, si alcanzan determinado estándar probatorio, pueden generar consecuencias de hecho y de derecho, tales como el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia, la vinculación a proceso del imputado⁷¹, la imposición de medidas cautelares y la formulación de acusación en contra del acusado. Más para que el acusado pueda ser condenado o absuelto se requiere de ciertos actos de prueba, esto es, la producción de pruebas ante el Tribunal de Juicio Oral⁷².

Similares consideraciones han sustentado los ministros de la Primera Sala del Alto Tribunal Constitucional de nuestra Nación en la tesis: *PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA PUEDEN CONSTITUIR MATERIAL IDÓNEO PARA CONFIGURAR DATOS DE PRUEBA QUE INTEGREN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN*⁷³, respecto a la noción de dato de prueba y a la prueba en el sistema mixto, estableciendo que la fase de investigación en el procedimiento acusatorio es *desformalizada* y, por ende, los datos de prueba recabados en la instrucción e integrados a la carpeta de investigación no adquieren en automático el valor de prueba, sino hasta en tanto sean admitidos –en la fase intermedia– y desahogados en audiencia de juicio oral cumpliendo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, propios del sistema procesal acusatorio. Y, por otro lado, los datos aportados en la averiguación previa, dado el especial reforzamiento que deben respetar, hacen altamente probable tanto la comisión del delito como la participación del imputado, es decir, deben ser suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Así pues, todo acto de averiguación del hecho punible y del indiciado llevado a cabo durante la investigación constituye dato de prueba. De modo que *el dato de*

⁷¹ Empleamos el término *imputado* para referirnos a la persona que es señalada por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señala como delito; y el de acusado para la persona contra quien se ha formulado acusación. Véase, art. 112 C.N.P.P.

⁷² Horvitz Lennon, (et al.), op. cit., p. 457.

⁷³ Cf. Tesis 1a. CCLXX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, julio de 2014, p. 161.

prueba es la referencia al contenido de un determinado antecedente de investigación –documento, testifical, pericial, etcétera– aún no desahogado ante el Tribunal de Juicio, que se advierte idóneo –apto o apropiado– y pertinente⁷⁴ para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado (cf. art. 261 C.N.P.P.).

El requisito de pertinencia de la prueba exige la correspondencia directa o indirecta entre el dato ofrecido y los hechos controvertidos en el proceso. El dato debe pasar por dos filtros para ser pertinente. El primero impone que los datos se refieran directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y a la identidad o la probable responsabilidad del imputado; y el segundo implica que el dato debe tender a demostrar que los hechos controvertidos son más o menos probables⁷⁵.

En suma, se utiliza el concepto de dato y no de prueba con el objeto de impedir que los hechos se prueben con la acción e investigación del Ministerio Público y, por ende, que las evidencias recabadas en la instrucción se conviertan en automático en prueba irrefutable –fe ministerial en el desahogo de prueba–, inobservando los principios de inmediación⁷⁶, oralidad, publicidad, concentración y contradicción en el enjuiciamiento acusatorio. Indiscutiblemente dichos principios al incidir en la actividad probatoria tienden a evitar el error y el arbitrio en el juicio sobre los hechos. Por consiguiente, la distinción entre dato de prueba, medio de prueba y prueba corresponde a la etapa procesal a que se encuentra ligado dicho material convictivo y al estándar probatorio requerido en cada una de ellas. De allí que *no se trata de una evolución de la prueba en las distintas etapas, sino de un distinto manejo legal del medio de prueba*⁷⁷.

⁷⁴ Respecto al requisito de pertinencia de la prueba, véase Hidalgo Murillo, José Daniel. Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 10; sobre el que refiere: *Las codificaciones utilizarán los conceptos de pertinencia y/o impertinencia; conducente y/o inconducente. En todos los casos como decía Martín Eduardo Ocampo García: decidir sobre la admisibilidad de la prueba, efectuando un juicio de pertinencia, exigirá comparar la relación existente entre el hecho que pretende acreditar la prueba propuesta y el objeto de prueba en el concreto proceso para el que se solicita, de manera tal que si dicha relación no se da, el juez deberá inadmitir la misma por su impertinencia.*

⁷⁵ Cf. Módulo IV para defensores públicos, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, Defensoría del Pueblo, 2005, file:///C:/Users/Hogar/Downloads/LA%20PRUEBA%20SIST.%20PENAL%20ACUS.%20COLOMBIA%20DEFENSORES.pdf, pp. 21-22 [fecha consulta: 20 de febrero de 2015].

⁷⁶ El principio de inmediación implica que el juez o tribunal deberá presenciar directamente el desahogo y contradicción de las pruebas, sin poder delegar esta función, ni la valoración de las mismas, en persona alguna; véase, art. 9 C.N.P.P.

⁷⁷ Hidalgo Murillo, op., cit., p. 16.

3.2. PRUEBA

El objeto del proceso es verificar si un hecho ha ocurrido realmente o si se ha producido en una forma determinada. Para ello el Tribunal debe constatar la existencia de tales hechos, labor que lleva a cabo con las pruebas allegadas por las partes, formando un juicio sobre los hechos de la causa.

Así pues, las partes deben aportar medios de prueba como testimoniales, documentos, peritajes, inspecciones o cualquier instrumento de la ciencia, idóneo y pertinente para la reconstrucción de los elementos fácticos indagados; elementos probatorios que el juez utilizará al momento de emitir un juicio sobre los hechos. Por eso Bentham en su tiempo escribió, *el arte de la sustanciación o del procedimiento, no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas*⁷⁸.

Dado que el fin principal del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés general del Estado; el proceso necesita entrar en contacto con la realidad del caso concreto que en él se ventila, y si el juez no conoce exactamente sus características y circunstancias, no le es posible aplicar correctamente la norma legal que lo regula y declarar así los efectos de hecho y de derecho que de ella deben deducirse y que constituirán el contenido de la cosa juzgada⁷⁹, en estricta congruencia con el objeto del litigio. Ese indispensable contacto con el mundo real sólo se obtiene mediante la prueba, instrumento procesal para que el juez conozca los hechos respecto de los cuales pronunciará el fallo correspondiente.

Considerando la relación de la prueba con los elementos fácticos materia del sumario, el procesalista Devis Echandía citando a los juristas Planiol y Ripert, expresa: *Un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica al derecho y lo hace útil. Idem est non esse aut non probari*⁸⁰.

⁷⁸ Bentham, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, México, Ángel editor, 2000, p. 34.

⁷⁹ Cf. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, p. 14.

⁸⁰ *Idem*.

Sobre la base de que la decisión judicial de fondo debe fundarse en los hechos de la causa, se colige la existencia de un *nexo instrumental*⁸¹ entre la prueba y la verdad de los hechos. De modo que la prueba se erige como el conjunto de elementos convictivos, procedimientos y razonamientos por medio de los cuales el tribunal de juicio oral verifica y comprueba la reconstrucción de los hechos materia de la acusación (cf. art. 261 C.N.P.P).

Se colige pues, que la prueba cumple una función epistémica, ofreciendo elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede reputarse verdadera. Constituyendo el instrumento procesal idóneo para alcanzar ese resultado. Esto sugiere una noción general de la prueba como elemento de confirmación de las conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos⁸².

En la dogmática procesal moderna se ha afirmado que la prueba no es *a priori* ontológicamente o estructuralmente distinta de lo que se considera o se emplea como instrumento de conocimiento de los hechos en la experiencia común o en otros contextos⁸³. Sin embargo la prueba jurídica presenta ciertas particularidades, tales como su regulación normativa. De manera que, si en un determinado contexto ciertos elementos de conocimiento serían pruebas, en el proceso no lo son. Ello es así, dada la reglamentación normativa de la actividad probatoria –ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba– y la sanción a la prueba obtenida de forma ilícita o ilegal –teoría de la nulidad de actos y de pruebas.

Así, la prueba judicial puede considerarse específica en un sentido reducido, relativo y variable. Es reducido porque la regulación jurídica de la prueba cubre siempre únicamente una parte del fenómeno probatorio; relativo porque no tiene nada que ver con cosas de la naturaleza o estructura de la prueba, sino que depende únicamente de la presencia de normas sobre las pruebas; y variable dado que en los distintos órdenes jurídicos el grado de especificidad de la prueba jurídica varía en

⁸¹ Taruffo, op. cit., pp. 84-87.

⁸² *Ídem*.

⁸³ *Ibidem.*, p. 349.

función de la extensión, del contenido y de la importancia de las normas que regulan jurídicamente el problema de la prueba en el contexto del proceso.

Concedida la prueba como un instrumento útil para descubrir qué ha ocurrido con referencia a hechos relevantes de la controversia. Antes de que la prueba sea adquirida sólo se pueden formular ilaciones sobre los hechos de la causa y se pueden construir narraciones hipotéticas, pues todavía no hay ningún conocimiento cierto sobre los hechos de la causa. Es con la adquisición de la prueba que se descubre qué ha ocurrido materialmente. Por señalar un ejemplo, un testimonio puede ser aportado y aceptado con base en la hipótesis de que el testigo conoce algún hecho determinado, pero solamente con la práctica de la prueba, interrogándolo y auscultándolo se descubre si el hecho paso o no paso, y con qué modalidades ocurrió⁸⁴. Se colige pues, que la prueba provee los elementos necesarios con base en los cuales aquel hecho es reconocido y al mismo tiempo provee la información que permite considerar verificada o demostrada la verdad de los enunciados que describen aquel hecho.

Es indispensable adquirir todas las pruebas disponibles, porque a falta de la prueba de los hechos, el juez debe decidir fundándose en la ausencia de prueba, aplicando la regla de juicio basada en el (*onus probando*) –la carga de la prueba. En sentido lato, la prueba es cualquier instrumento, método, persona, objeto o circunstancia que pueda proporcionar información útil para demostrar la verdad de las aserciones formuladas por el fiscal y al defensa, y de la cual se sirve el juez para decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados fácticos de la aserción. En este sentido, un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si de las pruebas disponibles deriva su falsedad. También se dirá que éste no está probado cuando en el proceso no se aportaron pruebas suficientes⁸⁵ para demostrar

⁸⁴ Cf. Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, pp. 85-86.

⁸⁵ Sobre la ausencia de prueba suficiente en el juicio penal, los magistrados integrantes del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, establecieron que *la mayor o menor exigencia de datos probatorios para tener por demostrado un hecho delictivo, y atribuirle su comisión a una persona, sobre todo, cuando ésta la niega, se encuentra en relación directa con la cantidad de medios de prueba que, según la experiencia y naturaleza de ese hecho, pudieran haberse aportado para ese efecto, desde luego, con las limitaciones numéricas que señala la ley adjetiva. Ello es así, porque si no se allegaron estas probanzas, ello sólo puede obedecer a que el hecho no existió, o que siendo cierto, el órgano de acusación no cumplió con su deber de aportarlas; por tanto, un argumento adicional que pueda apoyar el porqué las pruebas aportadas son insuficientes, puede ser el de que pudiendo haberse allegado otras, de ser cierto el hecho delictivo, no se aportaron*. En tales circunstancias, se está ante la institución procesal de la prueba insuficiente. Cf. Tesis II.2o.P. J/17, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. XXII, Diciembre de 2005, p. 2462, cuyo rubro dice: *PRUEBA INSUFICIENTE EN*

la hipótesis. Es así, pues el constitucionalismo moderno ha reconocido como valor esencial del Estado social de derecho el principio de presunción de inocencia, constituyendo un pilar fundamental de los ordenamientos penales desarrollados.

Recientemente la Primera Sala del Máximo Tribunal Constitucional de nuestra Nación, sentó doctrina afirmando el que el principio de 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, el cual no se agota en conferir al inculpado la calidad de inocente hasta en tanto a través de sentencia ejecutoriada se establezca la responsabilidad penal del acusado. Pues el principio comentado también se manifiesta como estándar de prueba⁸⁶ o regla de juicio, ordenando al juez la absolución del inculpado cuando en el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar el delito y la responsabilidad de la persona. Desde luego esto reafirma el modelo garantista y sus garantías penales y procesales adoptadas por el sistema penal en nuestro orden normativo.

Esta concepción epistémica de la prueba representa el polo opuesto de la concepción retórica-argumentativa de la prueba⁸⁷ que como tal no tiene ninguna función en la determinación de la verdad de los hechos. Pues la prueba no serviría como instrumento cognitivo, sino para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico, esto es, ofrece elementos de persuasión no información, de modo que todo se agota en discursos y narraciones en el proceso. Por ende, cualquier hipótesis que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, en consecuencia, se considera verdadera.

En suma, para esta corriente la prueba judicial tiene una función argumentativa, situada en una dimensión retórica de la argumentación dirigida a convencer al juez para que considere el hecho como existente, constituyendo un argumento persuasivo dirigido a hacer creer que los hechos relevantes para la decisión se han producido de cierta forma. Sin reparar en que la teoría de la prueba

MATERIA PENAL. Lo que implica la operatividad del principios acusatorio y de la carga de la prueba, incorporados en las Constituciones y codificaciones modernas, fungiendo como reglas fundamentales en el modelo garantista de responsabilidad penal.

⁸⁶ La doctrina indicada se refleja en la Tesis 1a./J. 26/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Libro 5, Abril de 2014, p. 476, de rubro: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.*

⁸⁷ Véase ampliamente, Taruffo, op. cit., pp. 349-357.

prescribe que la decisión judicial halla sustento en criterios de aceptabilidad y validez del razonamiento con que el juez determina los hechos sobre la base de las pruebas. Es así, porque una prueba falsa puede ser persuasiva, como también puede serlo una argumentación al margen de las reglas de la lógica, o irracional. Y a la inversa, una prueba puede ser aceptable aunque sea retóricamente insignificante, en similitud a las ecuaciones matemáticas que pueden ser válidas o erróneas con independencia de cualquier convicción subjetiva. La teoría persuasiva encuentra su aplicación en el caso específico del abogado quien está motivado por presentar la versión de los hechos que favorezca los intereses de su representado, lo que en definitiva demerita la búsqueda de la verdad en el proceso. Esta posición ha sido prevista en las distintas codificaciones sancionando la fabricación, alteración y ocultamiento de pruebas; privilegiando la función cognoscitiva de la prueba⁸⁸.

3.3. MEDIO DE PRUEBA

Atendiendo al concepto de prueba como todo motivo o razón⁸⁹ aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley para llevarle al Tribunal el conocimiento o la certeza de los hechos respecto de los cuales debe pronunciar su decisión. Debemos distinguir la prueba en sí misma, de los medios de prueba que la suministran. Así pues, *los medios de prueba se erigen como los elementos, instrumentos o vehículo utilizado por las partes, conforme a su particular reglamentación jurídica, para suministrar al Tribunal los motivos y razones que fundan el conocimiento o la certeza sobre determinados hechos*⁹⁰; esto es, son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, siguiendo las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos (cf. 261 C.N.P.P.).

En nuestro orden, el artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Nacional, reformado mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, dispone el *principio de libertad probatoria*⁹¹

⁸⁸ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago de Chile, editorial Metropolitana, 2009, pp. 59-67.

⁸⁹ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, op. cit., p. 34.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 35.

⁹¹ Véase, Jiménez Martínez, Javier, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, México, Editorial Flores, 2013, p. 876. Sobre el que refiere, *El principio de libertad se relaciona con la facultad que tienen las partes de utilizar cualquier medio de prueba pertinente para demostrar los hechos o circunstancias, así como también a la potestad que*

admitiendo la prueba de los hechos tanto por los medios de prueba enumerados en la legislación procesal, como por cualquier medio técnico o científico que no vulnere derechos fundamentales⁹², y haya sido incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código procesal penal (*cf.* arts. 356 y 388 C.N.P.P.).

Estos medios de prueba pueden consistir en objetos materiales – documentales o cualquier otro elemento tangible– o conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones –testimoniales, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etcétera. El jurista mexicano Ovalle Favela precisa que, conviene no confundir los medios de prueba con el objeto o persona que los realiza⁹³. Pues los objetos, los testigos y los peritos se erigen como fuente y/o órganos de prueba, y las testimoniales, dictámenes e información derivada de aquéllos constituyen el medio de prueba que fungirá como premisa de la inferencia lógica para la conclusión de un hecho determinado.

El Código Nacional de Procedimientos Penales enuncia cuatro medios de prueba, a saber, la testifical, la pericial, la declaración del acusado, y la documental o material, reglamentando su ofrecimiento, incorporación y desahogo⁹⁴. Empero, ya se ha dicho que la partes pueden emplear cualquier elemento idóneo y pertinente para probar los hechos y circunstancias del caso concreto.

En el plano dogmático se han elaborado diversas clasificaciones de los medios probatorios, entre las que podemos destacar, pruebas directas e indirectas; preconstituidas y por constituir; reales y personales⁹⁵.

posee el juez para adjudicarlos, sin límites ni modos fijados previamente en la ley excepto por la obligación de valorarlos en conjunto de acuerdo con las reglas de cada medio de prueba. [...] El principio de libertad probatoria se encuentra sujeto a las siguientes reglas: a) Las partes pueden probar lo que quieran por cualquier medio; b) Las partes pueden obtener todas las pruebas para la aplicación racional de la ley; c) El juez puede limitar las pruebas cuando resulten excesivas; d) El juez sólo deberá admitir las pruebas que sirvan para establecer la verdad procesal; e) Las pruebas obtenidas de modo ilegal deben ser rechazadas por el juez; f) Las partes tienen la libertad de introducir sus pruebas en el orden que mejor lo deseen en atención a sus estrategias.

⁹² V. arts. 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 263, 264 y 357 del Código Nacional del Procedimientos Penales, sobre la prueba ilícita e ilegal.

⁹³ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., México, Harla, 1989, p. 146.

⁹⁴ V. arts. 360-387 C.N.P.P.

⁹⁵ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 147.

3.3.1. PRUEBA DIRECTA E INDIRECTA

La primera es aquella que muestra al juzgador el hecho a probar de manera directa. En ésta el juzgador observa personalmente el *contenido sustancial*⁹⁶ de la prueba, es decir, las razones o motivos que sirven para llevarle a la certeza de la aserción. Entre ellos se identifican la inspección judicial y la reconstrucción, en las cuales el juez tiene contacto directo con los hechos objeto de prueba.

En la segunda el juez percibe el objeto de prueba a través de otro hecho u objeto. A ésta también se le denomina circunstancial o indiciaria⁹⁷ ya que se funda en un procedimiento de carácter lógico inferencial. La fuente u órgano que suministra los motivos o razones cognitivos se encuentra constituida por hechos distintos de los que se intentan probar, verbigracia, documentos, objetos, testificales, informes, dictámenes, de cuyo contenido el juez debe inferir el hecho a probar.

3.3.2. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y POR CONSTITUIR

La primera es aquella que existe previamente y con independencia al proceso, es el caso de los documentos u objetos. En cambio, se denomina prueba por constituir a aquella cuya existencia se liga al proceso, es decir, se realiza en el contexto y en función del proceso, tal como la testifical, le pericial, la inspección judicial, la reconstrucción y la declaración del acusado.

3.3.3. PRUEBA REAL Y PERSONAL

La primera se refiere a cosas, como documentos, grabaciones de audio y video, fotografías, etcétera. La segunda se materializa a través de la conducta de determinados sujetos procesales, verbi gracia, la confesión, la testimonial, el dictamen pericial, la inspección y la reconstrucción.

⁹⁶ Al respecto véase, Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, op. cit., pp. 28-29.

⁹⁷ Cf. Jiménez Martínez, Javier, op. cit., p. 919.

3.4. PRUEBA ANTICIPADA

En tanto para efectos del dictado de sentencia sólo se consideran como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio oral. La ley procesal contempla dos supuestos de práctica de la prueba en un momento previo al de juicio oral: la *prueba anticipada* y la *prueba preconstituida*.

Dado que en el curso de la investigación pueden producirse situaciones en las que no sea posible la práctica o la repetición de una prueba con eficacia, por ejemplo, cuando el testigo –después de declarar ante el Ministerio Público– expresa la imposibilidad de comparecer a audiencia de juicio oral por vivir en el extranjero, por existir motivo fundado que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar (cf. 304, fr. II, C.N.P.P.). El Código procesal penal permite desahogar, anticipadamente, cualquier medio de prueba pertinente ante el juez de control⁹⁸, revistiendo todas las garantías⁹⁹ y formalidades correspondientes a la etapa procesal de juicio oral.

Se incluye dentro de estos supuestos, la declaración de niños menores de doce años que son víctimas de la comisión de un delito, ya que son revictimizados al ser sometidos a diversas audiencias en el desarrollo de un procedimiento para testificar sobre los hechos de los que fueron víctimas, lo cual demerita los procedimientos de tratamiento psicológico. Si bien esta circunstancia es aplicable en función de todas las víctimas de algún delito, la excepción debe realizarse para el caso de las niñas y niños en razón del interés superior de la niñez, previsto en el artículo 4º de la Constitución Nacional¹⁰⁰.

Los motivos fundados y la extrema necesidad del desahogo de la prueba van más allá de la simple afirmación del peticionario¹⁰¹. Deben respaldarse en actos de investigación o en datos de prueba que demuestren la ostensible urgencia que obliga a practicar la prueba antes del juicio oral. Y la pérdida o alteración del medio

⁹⁸ El juez de control ha sido concebido como una institución jurídica creada para compensar o encontrar equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que la Constitución Nacional otorga al Ministerio Público, y la protección de los derechos humanos susceptibles de ser afectados como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, cf. Módulo IV para defensores públicos, op. cit., p. 71

⁹⁹ Igualdad, intermediación, concentración y contradicción.

¹⁰⁰ Cf. Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, de la LXII Legislatura del Senado de la República, sobre la iniciativa con proyecto de decreto del Código Nacional de Procedimientos Penales, p. 172.

¹⁰¹ Cf. Módulo IV para defensores públicos, op. cit., p. 71.

probatorio exigen ser comprobados mediante datos que acrediten la imposibilidad real o inviabilidad de practicarlo en ulteriores audiencias por alguna de las causas ya mencionadas.

La institución de la prueba anticipada tiene una connotación garantista ya que el Ministerio Público como órgano rector de la investigación puede prever que ciertas pruebas no podrán producirse en audiencia de juicio oral y la demora en su desahogo puede generar la pérdida o alteración de las mismas, por lo que en este caso solicita al juez de control la práctica de las mismas bajo los principios de igualdad, inmediación, concentración y contradicción.

Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa, contemplados en los arts. 14, 17 y 20 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a juicio y lograr que se cumplan a plenitud las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la eficacia de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

Atendiendo los principios rectores del sistema acusatorio, el poder reformador estableció que para efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Empero, dispuso la institución procesal de la prueba anticipada para medios de prueba que dada su naturaleza requieran desahogo previo.

Si el imputado estuviere detenido éste será trasladado a la sala de audiencias para que comparezca personalmente, por teleconferencia o cualquier medio de comunicación, de la práctica de la diligencia. Y en caso de que todavía no

existiera imputado identificado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia (cf. 305 C.N.P.P.).

Cualquiera de las partes, expresando motivos fundados, de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración de un medio probatorio, puede solicitar al juez de control, que lo reciba anticipadamente. Esta solicitud podrá hacerse desde que se presenta la denuncia, querrela o su equivalente, y hasta antes de la audiencia de juicio oral¹⁰². No obstante, si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma¹⁰³.

La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad. Concluido el desahogo de la prueba anticipada, se entregará el registro correspondiente a las partes. La prueba recibida de esta manera se incorpora al juicio oral mediante la lectura de los registros en que conste, constituyendo así una excepción a la prohibición de dar lectura a los registros de la investigación¹⁰⁴. Sin embargo, si el temor fundado de la pérdida o alteración del medio probatorio no se hubiere concretado a la fecha del juicio oral, o las circunstancias que imposibilitaban su ulterior desahogo fueren insubsistentes; no operará la salvedad comentada, implicando la práctica de la prueba en la etapa de juicio.

En suma, con la solicitud del Ministerio Público de la práctica anticipada de la prueba, la defensa tiene la oportunidad de conocer la teoría del caso de la parte acusatoria, y de observar la fuerza convictiva de sus pruebas, que justificarían adelantar un proceso de negociación o de continuación hasta el juicio oral. Empero, si la defensa solicita el desahogo anticipado de cierto medio de prueba, debe medir el peso de éste frente a su teoría del caso, pues el descubrimiento prematuro de la estrategia de defensa puede llevar a fortalecer, completar y corregir la teoría del caso del Ministerio Público, aumentando su poder de negociación y de convicción para una posible sentencia de condena.

¹⁰² V. art. 305 C.N.P.P.

¹⁰³ Cf. art. 306 C.N.P.P.

¹⁰⁴ V. art. 385 C.N.P.P.

3.5. PRUEBA PRECONSTITUIDA

A diferencia de las prueba anticipada, se reserva el término de prueba preconstituida para aquellas diligencias practicadas en la instrucción de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza, al ser su práctica única e irrepitable, como sucede con una inspección ocular y ciertos dictámenes técnico periciales¹⁰⁵, quedando reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. Así, es necesario que este tipo de pruebas se introduzcan en el juicio oral mediante la lectura, sin que resulte válido darlas por reproducidas¹⁰⁶ (cf. art. 385, párrafo primero, C.N.P.P.). La principal diferencia existente entre la prueba preconstituida y la prueba anticipada, Marca Matute¹⁰⁷ refiere que estriba en que con la prueba preconstituida se prepara y asegura la fuente o el objeto de la prueba en fase pre-procesal por el Ministerio Fiscal o por la policía, mientras que con la prueba anticipada se asegura el medio de prueba en fase procesal ante el órgano jurisdiccional instructor o sentenciador. De allí que, la prueba preconstituida y la prueba anticipada se diferencian por el concreto momento temporal en el que se procede a su recogida y aseguramiento (fase pre-procesal o fase procesal) y por la existencia o no de intervención judicial en la práctica de tales labores.

El objeto es preparar y asegurar la prueba, como refiere el magistrado de circuito Miguel Ángel Aguilar López¹⁰⁸, en el sentido de *preparar* de manera consiente determinados elementos de convicción, dotándolos de algunos atributos propios de la prueba auténtica, bajo la premisa de desaparición futura del mismo, ya por su inestabilidad natural, ya por otros motivos conocidos predecibles, evitando con esta operación su pérdida.

La prueba preconstituida tiene como finalidad permitir, en determinados supuestos, adelantar su práctica cuando resulte muy difícil de reproducir en el juicio

¹⁰⁵ V. arts. 267 y 274 C.N.P.P.

¹⁰⁶ García Muñoz, Pedro Luis (et al.), *Estudios sobre la prueba penal*, vol. I, directores: Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González, Madrid, Wolters Kluwer España, 2010, p. 152.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, vol. III, Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal, p. 223.

¹⁰⁸ Aguilar López, Miguel Ángel. Módulo VII, Ensayo: *La prueba en el sistema acusatorio*, http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SIS_TEMA%20ACUSATORIO%20%28Maq.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf, p. 82 [fecha de consulta: 22 de febrero de 2015].

oral cierta clase de diligencias (circulación y entrega vigilada de drogas¹⁰⁹, escuchas telefónicas¹¹⁰, intervención de datos electrónicos de tráfico y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN¹¹¹) o también cuando su reproducción en juicio no pudiera hacerse en idénticas circunstancias a las existentes en la etapa de investigación, verbigracia, pruebas de alcoholemia, inspecciones judiciales, dictámenes técnico periciales¹¹². Se trata, pues, de supuestos que se agotan en la realización de la diligencia correspondiente de investigación, siendo imposible o difícil su práctica o repetición en el acto del juicio oral¹¹³. Previendo tal imposibilidad fáctica, en nuestro orden jurídico la Constitución Nacional dispone, *en tratándose de procedimientos penales por delincuencia organizada, 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*. Esto sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en su contra (cf. 20, apartado B, fracción V, segundo párrafo, de la C.P.E.U.M.).

Esta excepción está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, la jurisprudencia española ha fijado los siguientes: *que se trate de pruebas de imposible o muy difícil reproducción en la audiencia de juicio oral; que se cumplan todas las garantías legalmente previstas¹¹⁴; que se incorpore al juicio oral mediante su lectura; y que la diligencia en la instrucción se hubiere realizado con la intervención del juez de instrucción y de las partes¹¹⁵*. De modo que, en tales condiciones el tribunal de juicio podrá valorar el resultado de la diligencia como prueba por sí misma o haciéndola prevalecer frente a otra prueba que se hubiere practicado en el juicio oral.

¹⁰⁹ V. art. 251, fr. IX, C.N.P.P.

¹¹⁰ V. art. 291 C.N.P.P.

¹¹¹ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., pp. 82-83.

¹¹² Al respecto véase, Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Madrid, España, Editorial Colex, 1999, pp. 461-462.

¹¹³ García Muñoz, Pedro Luis, (et al.), op. cit., p. 158. Entre los supuestos típicos de prueba preconstituida se halla la práctica de la prueba pericial. Entre la que se halla la pericial forense de autopsia de un fallecido. Medio de prueba pericial que no resulta posible, por razones obvias. Reproducir en el acto del juicio. Es ésta la razón que fundamenta a norma contenida en el artículo 476 LECrim., que dispone que cuando a prueba pericial no pueda ser reproducida en el acto del juicio oral, las partes personadas podrán concurrir al acto pericial, interviniendo y contradiciendo el informe de los peritos. [...] También pueden tener el carácter de prueba preconstituida las diligencias de inspección ocular o las referentes al cuerpo del delito, la ley dispone que si hubiera algún procesado al tiempo de practicarse las diligencias de inspección ocular, podrá presenciarlas acompañado de su abogado, realizando las observaciones que estimen pertinentes (arts. 333 y 336 LECrim.). Cf. Ídem.

¹¹⁴ Climent, Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 85.

¹¹⁵ STC. 151/2013, de 9 de septiembre de 2013.

Ahora, en el caso particular de las diligencias policiales están excluidas como supuesto de prueba preconstituida, ya que se realizan sin la intervención judicial. Empero, los elementos probatorios que pudieran ser recados en estas diligencias (instrumentos o efectos del delito, levantamiento de muestras o vestigios) podrán incorporarse al juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes intervinientes¹¹⁶.

Asimismo, tendrán la condición de prueba preconstituida las actuaciones de investigación practicadas por la policía de investigación, dado su carácter de auxiliar del Ministerio Público en las funciones de investigación y persecución del delito (v. arts. 21, párrafo primero, C.P.E.U.M. y 132 C.N.P.P.), entre las que se hallan las diligencias de búsqueda y localización de instrumentos u objetos del delito, la práctica de cateos o las diligencias encaminadas a dejar constancia de una serie de actos que acrediten la preexistencia de elementos del delito, verbigracia, planos del lugar de los hechos, fotografías, levantamiento de huellas o vestigios del evento delictivo –en este último caso, preservando la cadena de custodia¹¹⁷. Sin embargo para que dichas diligencias tengan eficacia probatoria será necesaria la comparecencia a audiencia de juicio de los agentes intervinientes a fin de rendir testimonio y, en su caso, ratificar las actuaciones precedentes, dando cabida al principio de contradicción permitiendo a las partes debatir la fiabilidad y el contenido del medio de prueba en cuestión en el preciso momento en que se configura como tal a efectos procesales.

3.6. PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL

En el Estado social de derecho el sistema penal está interesado en averiguar la verdad pero no a cualquier precio. El derecho procesal penal no es indiferente ante la forma en que se obtienen los elementos de prueba; el Estado como garante de las libertades fundamentales vigila que la función persecutora del delito no se anteponga

¹¹⁶ Martín Ostos, José, *Modulo V, Ensayo: La prueba en el proceso penal acusatorio* [en línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.sitios.scjn.gobmx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20%20-PRUEBA%20%20EN%20%20EL%20%20PROCESO%20%20PENAL%20%20ACUSATORIO%20%2028Dr%20%20Mart%C3%A9n%20Ostos%29%20Modulo%20V.pdf>, pp. 31-32 [fecha de consulta: 22 de febrero de 2015].

¹¹⁷ Cf. García Muñoz, Pedro Luis, (et al.), op. cit., pp. 159-161.

a los derechos fundamentales del ciudadano. Así, la Constitución Nacional dispone el principio de legalidad de la prueba, ordenando la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (cf. art. 20, apartado A, fracción IX, de la C.P.E.U.M.). Los derechos constitucionales funcionan como límite al principio de libertad probatoria. Si bien todo objeto de prueba puede ser probado por cualquier medio, los derechos fundamentales imponen una barrera contra el arbitrio de los órganos estatales exigiendo que los actos procedimentales, datos y medios de prueba se practiquen e incorporen al proceso respetando las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción, sancionando su incumplimiento con la nulidad o exclusión (v. art. 357 C.N.P.P.).

Artículo 97. Principio general

Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo.

Artículo 263. Licitud probatoria

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

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.

López Masle¹¹⁸ identifica la diversidad de denominaciones con las que se designa al tema de la prueba ilícita. Al respecto, en Estados Unidos de América el tema es estudiado en relación con su consecuencia, la *exclusionary rule*, que se refiere a una norma cuyo efecto es excluir la evidencia pertinente por falta de confiabilidad de la evidencia o escaso valor probatorio, verbigracia, la prueba de referencia (*hearsay*); así como por haber sido obtenida con violación a la Constitución Federal de los Estados Unidos.

En Alemania al tema se le identifica como prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba. Este concepto agrupa las normas que impiden determinada práctica probatoria y aquellas que impiden el aprovechamiento de su resultado.

La dogmática española se refiere a ella con distintas denominaciones, tales como la prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales, prueba prohibida o prueba ilícita. Gimeno Sendra¹¹⁹ escribe que la prueba ilícita y la prueba prohibida entrañan conceptos diferentes. La prueba ilícita es la que infringe cualquier ley (no sólo la fundamental, sino también la legislación ordinaria), en tanto la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales cuyo objeto de protección es un derecho fundamental. Asimismo, se diferencia por sus efectos: la prueba ilícita puede dar lugar a una nulidad de actuaciones, la prueba inconstitucional lo que da lugar es a una prohibición de valoración del resultado probatorio, sin que ocasione nulidad procesal alguna.

En nuestro orden, la Primera Sala del Alto Tribunal Constitucional, sentó el criterio de que la eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca garantías procesales; la forma en que se practica la diligencia, o bien; derechos sustantivos en favor de la persona¹²⁰. Por consiguiente, la prueba puede ser ilícita por contravenir el orden constitucional o el legal.

De la diversidad de definiciones apuntadas se colige una concepción unitaria de la prueba ilícita cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales del

¹¹⁸ Cf. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*; vol. II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 164-167.

¹¹⁹ Gimeno Sendra, Vicente, (et al.), op. cit., p. 635.

¹²⁰ Tesis 1a./J. 140/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. XVII, libro III, diciembre de 2011, p. 2058, cuyo rubro dice: *PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.*

ciudadano frente al arbitrio de las autoridades, reconociendo la primacía de aquéllos y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito¹²¹. Esas normas se han dispuesto precisamente para evitar el desbandamiento del poder represivo del Estado, fijando límites concretos dentro de los cuales puede proceder frente al ciudadano. De tal forma se encuentra inmerso el principio de legalidad¹²² implicando que la autoridad sólo puede actuar donde la norma lo permite y exigiendo el cabal cumplimiento del principio de legalidad. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1ª, dice: *en la comparación de valores es preferible dejar sin castigo los delitos, que permitir que una garantía constitucional se torne letra muerta o a merced de cualquier eventual pretexto. Una práctica ilegal de la policía o el abuso sobre un interno, constituyen potenciales ataques sobre los derechos de todos los ciudadanos, porque cada uno de nosotros está únicamente protegido en la medida en que los demás lo están*¹²³.

3.6.1. REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA O NULIDAD DE LA PRUEBA

La sanción al medio de prueba obtenido ilícitamente o con violación de las normas infraconstitucionales es la exclusión del medio de prueba, la inadmisibilidad o invalidez de dicho elemento de prueba. Por ende, el órgano jurisdiccional está impedido para admitir y apreciar la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales o a las normas secundarias que establecen derechos sustantivos o las formas procesales para su obtención y desahogo en el procedimiento penal. Ello supone la imposibilidad de admitirla y valorarla¹²⁴, su inutilización en el proceso. La

¹²¹ Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 614.

¹²² Landrove Díaz nos recuerda que en un Estado democrático de derecho todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que la intervención de la justicia punitiva es la excepción y la libertad, la regla general, pudiendo suponer las vulneraciones en materia de legalidad procesal penal, sobre todo si son en perjuicio del acusado, agravios muy superiores en ocasiones, a los que provocan las transgresiones de derecho sustantivo. Cf. Landrove Díaz, Gerardo, *Introducción al derecho penal español*, 1989, citado en De Urbano Castillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Navarra, España, Aranzadi, 1997, p. 31.

¹²³ *Ibidem.*, p. 615, citando a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1ª, en la causa Monticelli de Procillo, J. A. 1984-IV-409.

¹²⁴ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*; vol. II, op. cit., pp. 178-179.

regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación los hechos objeto del proceso penal.

Sobre el problema de admisión y valoración de la prueba ilícita, López Masle escribe: *establecer una barrera al nivel de la admisibilidad de la prueba conlleva impedir que el órgano jurisdiccional encargado de adoptar la decisión de absolución o condena conozca de manera alguna el elemento de prueba obtenido mediante la actividad ilícita. Esto significa que, por ejemplo, en el debate contradictorio el tribunal del juicio oral no podrá tomar conocimiento de que el arma homicida obtenida como producto de una entrada y registro ilegal fue siquiera encontrada en el domicilio del acusado. El arma sencillamente no existiría como elemento probatorio. Por el contrario, establecer una barrera al nivel de valoración, implica aceptar que el tribunal conocerá de la existencia de circunstancias de la obtención del elemento probatorio, pero sujeto a la prohibición de reconocerle valor al momento de la formación de su convicción. Por lo anterior, el jurista chileno sostiene que la inadmisibilidad de la prueba es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el sólo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento. Luego, citando a Damaska refiere, no parece probable que la mente humana sea capaz de una manera de procesar información tan estrechamente compartimentalizada. Por eso, cuando la prueba ilícita se ataca a nivel de valoración, lo único que sucede es que los sentenciadores disfrazan, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando también la prueba ilícitamente obtenida. Y esto lo hacen, incluso, actuando de absoluta buena fe, en la convicción de que son capaces de prescindir mentalmente de dichos elementos probatorios.*

Así, la Constitución Federal en el artículo 14, establece como condición de validez de las sentencias penales, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento; en el 16 consagra en principio de legalidad lato sensu; en el 17 ordena que los jueces se conduzcan con imparcialidad; el 20, apartado B, el derecho

de defensa adecuada en sentido lato; y el artículo 102, apartado A, párrafo segundo, la función del Ministerio Público de demostrar la acusación¹²⁵. En ese tenor, la Primera Sala del Alto Tribunal de la Nación dispuso que, los principios constitucionales del debido proceso legal, enmarcados en los diversos derechos fundamentales a la legalidad, la imparcialidad y a la defensa adecuada, resguardan implícitamente el diverso principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, dando lugar a que ningún gobernado pueda ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales¹²⁶. Por ende, todo medio de prueba así obtenido debe excluirse del proceso a partir del cual se pretende el descubrimiento de la verdad.

Considerando el lugar privilegiado e inviolable de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, tutelando la dignidad y seguridad jurídica de los miembros de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esto comprende tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas por el propio particular. La ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas –de modo indirecto– aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales, ya que éstas han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental. Consecuencia de ello es la exclusión o prohibición de su utilización en el proceso penal.

¹²⁵ Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, libro III, diciembre de 2011, p. 2057, de rubro: *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.*

¹²⁶ Tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, libro XXI, junio de 2013, p. 603, cuyo rubro dice: *PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.*

En cuanto a la justificación de la exclusión o desestimación de las pruebas obtenidas ilícitamente. En Estados Unidos de América ha cobrado notable importancia la función disuasiva de la regla de exclusión, en comparación al trato que se le ha dado en la República Federal Alemana privilegiando el interés público de evitar la impunidad de delitos graves en demérito de la verdad de los hechos.

La exclusión de la prueba ilícita puede cumplir diversas funciones, entre las que destacan cinco: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas del juego en un Estado social de derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para establecer la certeza de los hechos y; e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado. En Estados Unidos de América la función de disuasión ha pasado a ocupar un lugar preponderante, siendo más importante evitar que se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en perjuicio de todo el sistema constitucional de derechos y libertades del ciudadano, en aras de disuadir no al delincuente sino al poder del Estado policía (*deterrent effect*). En palabras del Tribunal Supremo Norteamericano: *la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir –imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla*¹²⁷.

Contrasta con ello el peso que en el orden jurídico de Alemania se otorga al interés público en evitar la impunidad de los delitos a fin de que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba ilícita¹²⁸. En este sentido, lo que cuenta es que en el caso particular se cumplan los intereses indispensables para que se haga justicia. Así, en la jurisprudencia de Alemania se citan dos casos relativos a la incautación de diarios con violación al derecho a la intimidad de sus propietarios. En el primero, el diario permitía comprobar que el sindicato había cometido el delito de perjurio. La Corte excluyó dicha prueba. En el segundo, el diario conducía a demostrar la responsabilidad de un

¹²⁷ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., p. 43.

¹²⁸ Cf. Fierro-Méndez, Heliodoro, *La prueba ilícita e ilegal. Efectos jurídicos en el proceso penal*, Bogotá, Colombia, Leyer, 2010, pp. 268-269.

sindicado por tentativa de homicidio. La Corte admitió dicha prueba, que, entonces, fue determinante para que se profiriera sentencia condenatoria¹²⁹. La diferencia de criterios estriba en que en Alemania la regla de exclusión de pruebas viciadas no es inevitable sino el resultado de un método de ponderación que se aplica caso por caso.

En este sistema el juez tiene la potestad de determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes. En principio se determina si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales que, de ser el caso, implica la exclusión de la misma. Empero, en caso negativo, se pasa a la segunda etapa de análisis en el cual se introduce el método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual comprende tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de proporcionalidad en sentido amplio justifica la afectación de derechos fundamentales sólo cuando la prueba así obtenida se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación); las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos a los derechos del ciudadano (subprincipio de necesidad); y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de persecución penal (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)¹³⁰.

Se colige, pues, los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego, entre los que destaca, la garantía de seguridad de la colectividad, procurando que en el Estado democrático las violaciones a los bienes jurídicos tutelados por el derecho no queden impunes.

En nuestro orden la prueba ilícita comporta una contradicción con el principio de debido proceso judicial. Así lo ha sostenido la Primera Sala del Alto Tribunal

¹²⁹ Sentencia de 1964 (19 BGHSt 325) y sentencia de 1989 (80 BverfGE 367). M. T. King. Security, scale, form and function: the search for truth and the exclusion of evidence in adversarial and inquisitorial justice systems. *International legal perspectives*, vol. 12, Fall 2001, p. 185. Citado en Fierro-Méndez, Heliodoro, op. cit., p. 269.

¹³⁰ Cf. ídem.

Constitucional de la Nación estableciendo que, *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*¹³¹. Lo cual encuentra fundamento constitucional en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal, ordenando la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

El fundamento de la regla de exclusión descansa en dos pilares fundamentales, la ética e integridad judicial y la función de prevención. En el Estado democrático de Derecho, la existencia del gobierno será puesta en peligro si falla la observancia de la ley, el crimen es contagioso. Si la autoridad infringe la ley, creará desprecio por la misma, implicará la anarquía. El Estado, al igual que el litigante, debe tener vedado el acceso a la justicia si tiene las manos sucias, en virtud de que debe establecer la pauta para el respeto a la ley, promover la confianza en la administración de justicia y preservar al proceso penal de la contaminación¹³². Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, antes bien subyacen los principios que norman el Estado de derecho. Y la función preventiva¹³³ busca disuadir a las autoridades de obtener pruebas o practicarlas al margen de los derechos fundamentales y las formas procedimentales, pues de lo contrario supone su invalidación. Además, cumple una función de educación de los operadores del sistema, consistente en la internalización del respeto a los derechos fundamentales.

3.6.2. EXCEPCIONES A LA REGLA

La regla de exclusión también permite formular excepciones a la misma, ello cuando no hay efecto disuasorio alguno. En efecto, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir la violación de derechos fundamentales, sólo estará justificada cuando sea necesaria la función preventiva o ésta pueda producirse.

¹³¹ Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, libro III, diciembre de 2011, p. 2057.

¹³² Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Argentina, Ad-Hoc, 2002, pp. 42-44.

¹³³ *Ibidem.*, pp. 46-47.

Cuando no resulte necesario perseguir el efecto disuasorio –como cuando el derecho violado goce de una sólida protección– la disuasión no puede alcanzarse, verbigracia, cuando la policía actúa de buena fe. De modo que la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba así obtenida, relajando la posición garantista-formal exagerada¹³⁴ ante cualquier violación de normas procesales, ya que no toda infracción a un derecho implica la presencia de una prueba ilícita ni la violación al debido proceso, sino que se debe valorar caso a caso la trascendencia de la infracción. Lo que ha llevado a los órganos jurisdiccionales a definir criterios de modulación de la regla de exclusión.

3.6.3. DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

Esta doctrina afirma la regla de exclusión impidiendo el uso de las pruebas ilícitamente obtenidas. Más acepta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional conozca los hechos así obtenidos, si el conocimiento de ellos se obtiene de una fuente independiente. López Masle, analizando la jurisprudencia estadounidense, identifica el origen de dicha excepción en la sentencia *Wong v. United States*¹³⁵, en la que se establece, no toda evidencia es fruto del árbol envenenado simplemente porque no habría salido a la luz sino por las acciones ilegales de la policía. Por el contrario, si habiéndose establecido la ilegalidad primaria, la evidencia no ha emanado de esa ilegalidad, más se ha obtenido a través de medios perfectamente distinguibles como para salvarla de los efectos de la regla de exclusión. Esto implicará el quebrantamiento de la relación o conexión causal entre la prueba ilícita y la prueba lícita en sí misma. Dando como resultado la inexistencia del vínculo entre estas y, por ende, la posibilidad de admitir y utilizar la prueba que no está contaminada con la actividad ilegal.

Sobre ello, el magistrado de circuito Aguilar López escribe, cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no son causa de aquélla, sino derivan de una fuente independiente en la que la actuación policial haya

¹³⁴ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., pp. 45-47.

¹³⁵ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*; vol. II, op. cit., p. 221.

estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá la aplicación de la regla de exclusión¹³⁶. En suma, en ciertos casos es posible que no exista conexión entre la actuación irregular y la evidencia, dando lugar a que la prueba ilícitamente obtenida no pueda viciar las demás pruebas obrantes en la causa.

En este sentido, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en relación a la exclusión de las pruebas obtenidas con violación a un derecho fundamental, así como de aquéllas que deriven directa o indirectamente de dicha lesión, sostuvo, en el caso particular de la nulidad de la declaración ministerial del indiciado, rendida sin la asistencia de letrado; que las pruebas de descargo que ofrezca la defensa no deben excluirse del análisis correspondiente, por considerarse que derivan de la violación al derecho de defensa adecuada; ello, porque dichas probanzas, al no mantener conexión causal con la prueba decretada como ilícita, constituyen una fuente independiente de las declaraciones del imputado, esto es, no hay conexión entre la ilegalidad originaria -declaraciones del indiciado- y la prueba cuya obtención pretende relacionarse con esa falta -testimoniales de descargo- pues dichos medios de prueba se desahogaron en ejercicio del derecho de defensa adecuada que le asiste al inculpado, y observando las formalidades del debido proceso¹³⁷. Por consiguiente, estableció la posibilidad de confrontar dichas testimoniales con el material probatorio de cargo, a fin de tutelar el derecho del justiciable a que las probanzas de descargo se ponderen con las de cargo, bajo el principio de contradicción.

Hairabedián analiza la jurisprudencia de diversos países¹³⁸, coligiendo, por ejemplo, en la jurisprudencia española se ha afirmado que no se da la contaminación de la prueba derivada si es posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. En la jurisprudencia de Costa Rica se sostiene, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la

¹³⁶ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., p. 47.

¹³⁷ Tesis I.9o.P.63 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, libro 10, septiembre de 2014, p. 2529, cuyo rubro dice: *PRUEBA ILÍCITA. EL HECHO DE QUE LA DECLARACIÓN MINISTERIAL DEL INCULPADO HAYA SIDO CONSIDERADA NULA POR HABERSE OBTENIDO SIN LA ASISTENCIA DE SU ABOGADO, NO IMPLICA QUE LAS TESTIMONIALES DE DESCARGO DEBAN EXCLUIRSE DEL ANÁLISIS CORRESPONDIENTE, POR CONSIDERAR QUE VIOLAN EL PRINCIPIO DE SU EXCLUSIÓN, AL SER AMBAS PRUEBAS INDEPENDIENTES Y NO EXISTIR CONEXIÓN CAUSAL ENTRE ÉSTAS.*

¹³⁸ Véase ampliamente, Hairabedián, Maximiliano, op. cit., p. 67-63.

investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución. Y en el caso de Argentina, la Corte Suprema ha establecido, a fin de determinar el alcance probatorio de la regla de exclusión, que se debe analizar la *concatenación causal de los actos procesales*, de manera que por esa vía se puedan determinar con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas, *debiendo descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía constitucional de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación.*

Lo anterior permite afirmar que esta excepción cuenta con la aceptación de los Tribunales de diversos países en donde ampliamente se ha desarrollado la institución procesal de la prueba ilícita y la regla de exclusión.

3.6.4. EXCEPCIÓN DEL VÍNCULO ATENUADO O NEXO CAUSAL ATENUADO

Esta excepción consiste en posibilitar la admisión de la prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue. El vínculo atenuado supone que la violación de derechos fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con ésta, que su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad¹³⁹; verbigracia, la declaración del indiciado recabada sin observancia del derecho de defensa técnica adecuada, posteriormente ratificada ante un tribunal con las garantías procesales, con la asistencia de letrado y plenamente informado de sus derechos y alcance de la diligencia. De lo que resulta, el nexo entre el acto ilícito y la

¹³⁹ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*; vol. II, op. cit., p 222.

prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente.

Tratándose de confesiones voluntarias, el magistrado Aguilar López, siguiendo a la procesalista Marina Gascón, toma el siguiente ejemplo, en un registro inconstitucional en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga era suya y –ahora sí – esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio la confesión no debería considerarse válida pues existe un nexo causal entre el registro y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se hubiera hallado la droga, de no haberse hallado la droga no se le hubiera detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Empero, el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de todas las garantías procesales (con la asistencia de letrado, informado de sus derechos y la imputación que obra en su contra). De modo que la confesión se independiza del acto lesivo del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, por ende, no está justificado excluirla del proceso¹⁴⁰.

En relación a esta excepción, la jurisprudencia de nuestro país reconoce ciertos casos, como en la declaración ministerial del indiciado asistido de persona de confianza y no de licenciado en derecho, la cual desde luego constituye una prueba ilícita; misma suerte corren las posteriores declaraciones judiciales si sólo se constriñen 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. Al respecto, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, considera que, si en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, 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

¹⁴⁰ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., p. 57.

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 del vínculo o nexo causal atenuado, 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 las máximas 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 derivada¹⁴¹.

3.6.5. EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INDEPENDIENTE O DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Esta excepción descansa en la idea de que, bajo ciertas circunstancias, a pesar de la ilegalidad de la prueba primaria, es dable deducir que la prueba directamente derivada de aquélla habría sido obtenida por otros medios legítimos¹⁴². Entonces, ésta será admisible si el Ministerio Público demuestra de manera

¹⁴¹ Tesis I.9o.P. J/12 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, libro 3, febrero de 2014, p. 2065, de rubro: *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.*

¹⁴² Jauchen, Eduardo M., op. cit., p. 648.

convinciente que dicho elemento de juico habría sido de todos modos obtenido por medios lícitos.

Por ende, esta doctrina sostiene que, cuando la prueba cuestionada se ha obtenido de dos fuentes, de las cuales una está viciada y la otra no, no se aplicará la regla de exclusión. En efecto, se refiere a aquellos supuestos en que la lesión del derecho ha sido la única causa de obtención de la prueba que se cuestiona, pues existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite porque hay motivos que hacen creer que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma¹⁴³. En el sentido de que no han sido indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada.

Eduardo Jauchen citando a Carrio, menciona un caso en que la policía localizó un cadáver a raíz de la información suministrada por el imputado, declaración que fue impugnada de ilegal por haber sido interrogado sin la asistencia de defensor. Empero, durante el juicio la fiscalía probó que al momento de prestarse la declaración el lugar donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreado por numerosos policías y colaboradores. Consecuencia de ello, la Corte sostuvo que el descubrimiento de esa prueba era inevitable, no existiendo nexo de entidad suficiente entre la actuación ilegal y la prueba derivada. Por ende, rechazó la aplicación de la regla de exclusión¹⁴⁴. En suma, la evidencia derivada de la actuación ilícita puede ser admitida en juicio si inevitablemente habría sido descubierta en la misma condición por una línea de investigación independiente que estaba en curso cuando la violación ocurrió.

3.6.6. EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE

Se actualiza esta excepción cuando, por ejemplo, por error se lleva a cabo un procedimiento que vulnera cierto derecho fundamental o las formas procesales, en el cual ha habido buena fe de las autoridades, esto es, las autoridades que

¹⁴³ Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., p. 60.

¹⁴⁴ Cf. Jauchen, Eduardo M., op. cit., p. 648.

intervinieron creyeron que su actuar se ajustaba a la ley. El tratadista Hairabedián cita el ejemplo de la policía que escucha gritos de auxilio en el interior de una casa e ingresa sin orden judicial, encontrándose con una fiesta en la que se consumía droga y los gritos eran proferidos en broma¹⁴⁵. Así, colige que el problema a resolver es si en estos casos funcionan las exclusiones probatorias.

En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia¹⁴⁶. Sin embargo, la propia Corte Suprema de ese país ha fijado pautas a la subjetividad del juez para establecer cuándo es aplicable o no esta excepción¹⁴⁷:

a) *Declaración jurada falsa*: No cabe apreciar la concurrencia de buena fe objetiva si al solicitar la autorización judicial el agente de policía realizó una declaración jurada falsa, o una declaración en la que pudiera apreciarse 'un desprecio manifiesto de la verdad'. La Corte Suprema considera que ese desprecio manifiesto de la verdad puede producirse en aquellos casos en los que el solicitante 'de hecho tenía serias dudas con respecto a la verdad' de los hechos.

b) *Falta de neutralidad por parte del magistrado que emitió la autorización*: No cabe alegar buena fe objetiva en aquellos supuestos en la que la actuación del magistrado emisor pudiera apreciarse una clara falta de neutralidad. En palabras de la Corte Suprema, no procederá a invocar la excepción de buena fe cuando si el magistrado que emitió (la autorización) abandonó totalmente su función judicial.

c) *Falta de indicios suficientes en la declaración jurada*: El hipotético agente de policía razonablemente bien entrenado no puede apoyarse de buena fe en una autorización de registro basada en una declaración jurada tan carente de (expresión de) causa probable como para que la confianza policial en su existencia se hiciese totalmente irrazonable. Si la declaración jurada simplemente contuviera afirmaciones y derivaran conclusiones que no estuvieran convenientemente fundadas en hechos, de manera que la apreciación de la existencia de indicios

¹⁴⁵ Cf. Hairabedián, Maximiliano, op. cit., p. 80.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Cf. Aguilar López, Miguel Ángel, op. cit., p. 62.

justificativos de la intrusión en la intimidad mediante el registro autorizado resultase irrazonable, no cabrá apreciar la existencia de buena fe objetiva.

d) *Falta de particularidad en la delimitación del ámbito del apoderamiento conferido:* No cabe apreciar la concurrencia de buena fe objetiva cuando la autorización de registro es emitida confiriendo poder para realizar el registro en unos términos tan vagos que no sea posible presumir su validez a la luz de las exigencias de la cuarta enmienda, la cual exige que la autorización describa detalladamente el lugar a registrar y las personas u objetos a confiscar.

e) *Defectos en la ejecución de autorización de registro:* la aplicación de la excepción de buena fe exige, por último, que la autorización posteriormente declarada nula fuese correctamente ejecutada en sus propios términos. En una nota al pie, la corte en León dejó claro que la excepción de buena fe presupone, por supuesto, que los agentes de policía ejecutaron correctamente la autorización y registraron únicamente aquellos lugares y buscaron sólo aquellos objetos que racionalmente se podían entender cubiertos por la autorización¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Ídem.

CAPÍTULO IV

ESTÁNDAR DE PRUEBA; PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

4.1. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba constituye la fase decisoria del procedimiento probatorio, la respuesta judicial al conflicto sometido a enjuiciamiento. Calamandrei distingue las operaciones de *interpretar* y *valorar*¹⁴⁹. Se dice que interpretar una prueba significa otorgarle la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración –libre o tasado– establecido por el legislador. En efecto, una primera operación del juez es la de interpretar el resultado de los medios de prueba, esto es, fijar qué ha dicho el testigo, cuáles son las máximas de la experiencia aportadas por el perito o cuál es el contenido de un documento, etcétera. Una vez verificada la interpretación, el juez deberá proceder a su valoración aplicando cierto sistema de apreciación, consistente en establecer la credibilidad del testigo, la razonabilidad de las máximas de la experiencia aportadas por el perito y su aplicación al caso concreto, o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad¹⁵⁰.

Así, la valoración de la prueba es aquella actividad jurisdiccional en virtud de la cual el juez, aplicando normas legales o bien reglas de la sana crítica sobre el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, declara que determinados hechos han quedado probados, debiéndose explicar en la sentencia el resultado de este proceso mental¹⁵¹.

Abel Lluch establece las siguientes características de la valoración de la prueba:

¹⁴⁹ Calamandrei, Piero, *La génesis lógica de la sentencia*, citado en Sentís Melendo, Santiago, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, 1945, p. 379.

¹⁵⁰ Abel Lluch ilustra esta distinción con el ejemplo de la testifical: *En la declaración del testigo sobre determinado suceso (ej. vehículo demandado que rebasa semáforo rojo y atropella peatón causando lesiones) deben distinguirse dos operaciones: a) la operación mental del juez por la que establece el significado de las palabras y expresiones emitidas por el testigo. En esto consiste la interpretación; b) la operación mental por la que le juez otorga credibilidad al testigo, partiendo del sistema legal de valoración de la testifical (reglas de la sana crítica, modalizadas por la razón de la ciencia, las circunstancias concurrentes y los demás principios que rigen la valoración de la actividad probatoria (contradicción o corroboración por otros medios de prueba). En esto consiste la valoración.* Abel Lluch, Xavier, *Derecho probatorio*, España, Bosch Editor, 2012, pp. 461-463.

¹⁵¹ *Ibidem.*, pp. 464-465.

a) la valoración probatoria es una actividad jurisdiccional fundamental, puesto que teniendo encomendada los jueces y tribunales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esta función debe plasmarse sobre el resultado de las pruebas practicadas y constituye una manifestación por excelencia del enjuiciamiento; b) la valoración probatoria versa sobre las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, únicas que pueden ser tenidas en cuenta por el juez, en virtud del principio de legalidad, pues sólo las pruebas propuestas, admitidas y practicadas conforme al principio de legalidad pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia, con exclusión de las pruebas ilícitas; c) la valoración probatoria versa sobre el resultado de las pruebas practicadas, en el sentido que con anterioridad a la actividad estricta de valoración probatoria es necesario proceder a la actividad de interpretar la prueba, esto es, fijar el sentido y alcance de los distintos medios de prueba; d) la actividad de valoración se realiza unas veces aplicando máximas de experiencia legales (prueba legal o tasada) y otras veces máximas de experiencia judiciales (prueba libre), siendo el legislador quien fija los medios de prueba que están sujetos a las reglas tasadas y los que están a las reglas de la sana crítica. Se trata de un proceso mental variable, puesto que ni un juez decide siempre de la misma manera, y complejo, puesto que no es posible generalizar un único modelo de decisión; e) la actividad de valoración precisa de la exteriorización del proceso mental seguido de la motivación de la resolución judicial [...] La motivación, plasmada en la sentencia, permite el control de la racionalidad del enjuiciamiento judicial por las partes y eventualmente por los tribunales jerárquicamente superiores. No debe confundirse el proceso mental de decisión (la convicción judicial) con la justificación de esa decisión (motivación); f) la valoración de la prueba –o, más exactamente, la prueba en general– debe orientarse a la búsqueda de la convicción judicial sobre las afirmaciones de los hechos efectuadas por las partes. En este sentido, se ha afirmado que la prueba es el resultado de una actividad cognoscitiva que se articula en pasos

*cognoscibles y controlables como la recolección de la información, la verificación de su admisibilidad, el análisis de su pertinencia y la formulación de inferencias válidas lógicamente que lleven a conclusiones racionalmente justificadas*¹⁵².

Devis Echandia entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial, *la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido, se trata de una actividad procesal exclusiva del juez; es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria*¹⁵³.

En nuestro orden se ha empleado el sistema de libre valoración. El Código Nacional de Procedimientos Penales establece que el órgano jurisdiccional valorará las pruebas de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas, explicando su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios (*cf.* art. 265 C.N.P.P.). Luego, en otro precepto establece que el tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, a todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el tribunal de enjuiciamiento absolverá al acusado (*cf.* art. 359).

De esto se sigue, el Código Nacional no establece un sistema de valoración mixto que es el que reúne las características del tasado o legal en el cual el legislador señala reglas invariables según las cuales el juez debe proceder en su función, considerando que dichas reglas responden a la naturaleza humana. En ese caso el convencimiento del juez no basta, sino que exige el concurso de las circunstancias exigidas¹⁵⁴. Y del sistema libre que presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, op. cit., p. 287

¹⁵⁴ Jiménez Martínez, Javier, op. cit., p. 932.

establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, intersubjetivamente controlados, basados en principios de racionalidad general¹⁵⁵.

Las codificaciones que regulan el sistema procesal penal mixto, verbigracia, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen todo un sistema de valoración de la prueba en cuanto a la prueba confesional, testimonial, documental, pericial, inspección y diligencias ministeriales. Así, el ordenamiento federal dispone que la autoridad judicial calificará el valor de la confesión, tomando en cuenta los requisitos previstos en el artículo 287 y razonando su determinación, según lo dispuesto en el artículo 290; los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho de las partes para redargüirlos de falsedad; la inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales; para la apreciación de la testifical, el juzgador antes de conferirle cierto valor probatorio, debe verificar los requisitos señalados en el diverso 289; y todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, por regla general, constituyen meros indicios. Por otro lado, instituye que los tribunales apreciaran en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos prueba plena, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca¹⁵⁶.

Artículo 287.- La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral;

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;

III.- Que sea de hecho propio; y

IV.- Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil.

¹⁵⁵ Taruffo, Michele. La prueba de los hechos, op. cit., p. 387.

¹⁵⁶ Cf. arts. 279-290 C.F.P.P.

Artículo 289.- Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

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;

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.

Empero, con motivo de la reforma constitucional en materia penal de 2008, el constituyente permanente, congruente con los sistemas penales modernos, incorporó el principio de libre valoración de la prueba, estableciendo que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (*cf.* art. 20, apartado A, fracción VIII, de la C.P.E.U.M.), permitiendo que el juzgador libremente determine el valor de las pruebas ofrecidas por las partes.

4.2. SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN

La libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar los medios de prueba a su libre arbitrio, sino que deberá efectuarlo conforme a principios o pautas de la sana crítica, a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. La libre valoración presupone la ausencia de reglas que predeterminan en valor de la prueba. El valor de cada uno de los medios es fijado libremente conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual implica una gran distinción con el criterio de libertad de valoración según la íntima convicción del juzgador.

El sistema de la íntima convicción de origen francés, surgido en el período revolucionario, se asocia a la creación de los tribunales por jurados, en donde el jurado, antes de retirarse a deliberar, debía leer las instrucciones dictadas en el *Code d' instructions Criminelle* francés de 1808, que señalan: *La ley no pide cuenta de los medios por los cuales –los jurados– se han formado una convicción: no les prescribe reglas a las cuales deban atribuir en particular la plenitud y suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismo en silencio y recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios; la ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?*¹⁵⁷

Entonces, el sistema de la íntima convicción se caracteriza por la ausencia de reglas para la valoración de la prueba, basado en la discrecionalidad del juzgador, constituyendo una concepción irracionalista de la decisión sobre los hechos. En ese sentido, Cerda San Martín, analizando la evolución de los sistemas probatorios en Europa continental, distingue dos modalidades¹⁵⁸: a) libre convicción propia de jueces profesionales, y b) íntima convicción, propia del sistema de jurados populares. A estos últimos la ley no les pide cuenta de la forma como adquieren su convicción, sólo les exige estar presentes y atentos a lo que sucede en el debate argumental y probatorio y que, luego, se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión ha causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. De modo que no impone al juez la obligación de motivar su decisión haciendo explícitas las razones que la sustentan¹⁵⁹. Resultando imposible controlar la decisión a la cual arriba, lo que genera el peligro de la arbitrariedad.

¹⁵⁷ Abel Lluch, Xavier, op. cit., pp. 470-471.

¹⁵⁸ Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Chile, Librotecnia, 2008, p. 27.

¹⁵⁹ En el sistema penal estadounidense, la tarea del jurado es determinar la culpabilidad o inocencia del acusado en el juicio. Para ello, el jurado escucha a ambas partes, presencia la producción de la prueba y recibe las instrucciones del juez respecto de los cargos y el derecho aplicable. La discusión del jurado es secreta y al pronunciar su veredicto no debe dar razones. De

4.3. SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

Situado en un punto intermedio, entre la íntima convicción y la prueba legal, se halla el sistema de la sana crítica. Constituyendo el sistema adoptado por Alemania al amparo de las restricciones que los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, imponen a la libre valoración de la prueba. Sobre ello, el Tribunal Supremo Federal de Alemania ha sostenido que no queda margen a la discrecionalidad judicial cuando una circunstancia está verificada por el conocimiento científico¹⁶⁰. López Masle escribe que bajo la tradición española el sistema de la libre convicción se encuentra asociado a las limitaciones impuestas por las mencionadas reglas de la sana crítica, entendidas como reglas del correcto entendimiento humano integradas por los principios de la lógica, que serían permanentes e invariables y las máximas de experiencia, que serían contingentes y variables con relación al tiempo y el lugar¹⁶¹.

Alsina nos dice que las reglas de la sana crítica no son otra cosa que las que prescribe la lógica y aquéllas que derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio¹⁶².

Por otro lado, Couture define las reglas de la sana crítica como las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Son las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Una y otras contribuye de igual manera en que el magistrado pueda analizar la prueba –ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión (en los casos en que no es lisa y llana) –, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar discrecionalmente o arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la

modo que resulta imposible controlar la decisión a la cual arriba. Bovino, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en *No hay derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ed. del Puerto, 1995, no. 12.

¹⁶⁰ Roxin, Claus, op. cit., p. 107, citado en Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, vol. II, op. cit., p. 149.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, S.A. Editores, 1956, p. 127.

lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento¹⁶³.

Así pues, la sana crítica supone métodos, reglas de la lógica, reglas de experiencia e, incluso, reglas sociales¹⁶⁴ que permiten al juez valorar y apreciar una realidad jurídica determinada. Esa realidad deviene de una situación histórica concreta que produce muchas determinaciones, por ello el juez tiene que hacer una apreciación integral, en la cual estén presentes los métodos del pensamiento, todo el acervo probatorio y las determinaciones sociales, psicológicas e históricas. Este modelo supone la libre valoración de la prueba por parte del juez, pero sujetándolo a estándares generales de racionalidad¹⁶⁵, lo que conlleva la exigencia de una completa motivación de las conclusiones como garantía y herramienta del control de su racionalidad.

La crítica debe ser sana en cuanto el juez debe realizar una ponderación exhaustiva, imparcial y orientada con los datos científicos y morales aplicables al caso concreto. Esto implica que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no sólo la justificación lineal de la hipótesis fáctica escogida¹⁶⁶, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas al prisma de todas las pruebas admitidas y desahogadas en el proceso, con la finalidad de comprobar los enunciados que declaran hechos relativos al conjunto de elementos de juicio. Así, la decisión judicial no deriva de meras impresiones del juez, sino de la apreciación racional de las pruebas, fundada en las razones de hecho y de derecho que le llevaron a dicha conclusión, debiendo hacer referencia a las contrahipótesis y pruebas desestimadas. Todo ello debidamente fundado y motivado de manera congruente y exhaustiva, con el objeto de permitir el control intersubjetivo de la decisión y, por ende, su impugnación ante una instancia superior.

Por último, Rivera Morales refiere que, las reglas de la sana crítica consisten, en su sentido formal, en una operación lógica. Existen algunos principios de la lógica

¹⁶³ Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1958, p. 270.

¹⁶⁴ Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, España, Marcial Pons, 2011, p. 249.

¹⁶⁵ Cerda San Martín, op. cit., p. 28.

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 29.

que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un contrato de alquiler de pastos para mantener unas reses F1; como las reses F1 es igual a las reses corrientes, condeno a devolver reses corrientes. Evidentemente, está infringiendo el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma. Las reses F1, son F1 es igual a sí mismo, y no a las reses corrientes. Empero, la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia puede ser errónea. Por ejemplo, en un fallo se razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad¹⁶⁷.

Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo¹⁶⁸.

Dado que los jueces al decidir deben tener en cuenta, también, las reglas del pensamiento lógico formal, el razonamiento judicial normalmente se expresa en forma de silogismo. De modo que la corrección de los procedimientos lógicos utilizados lleva a razonamientos correctos. El silogismo utiliza la inferencia o deducción a través de premisas de las que deriva una conclusión. Si el razonamiento efectuado no obedece a las reglas de la lógica formal, se habla de falacias o razonamientos inválidos.

¹⁶⁷ Cf. Rivera Morales, Rodrigo, op. cit., p. 250.

¹⁶⁸ *Ídem*.

4.3.1. LA LÓGICA

La lógica como ciencia formal se ocupa de investigar, desarrollar y establecer los principios fundamentales del pensamiento correcto, proveyendo los métodos necesarios para distinguir el razonamiento correcto a través del cual se pretende encontrar la verdad.

Kant refiere que la lógica es la ciencia de las leyes de las formas del pensamiento, que nos da normas para la investigación científica y nos suministra un criterio de verdad. Se refiere a todo pensamiento en general, prescindiendo de los objetos como materia del pensamiento y, por ello, puede considerarse como fundamento de las demás ciencias y como la propedéutica de todo el uso del entendimiento; pero también (como hace abstracción de los objetos reales), no puede ser ningún método o herramienta de investigación de las ciencias¹⁶⁹. La lógica es el arte universal de la razón, pero no sirve para la ampliación del conocimiento (nuevos conocimientos), sino sólo para el enjuiciamiento y rectificación de nuestro conocimiento. Las reglas de la lógica no son contingentes, sino necesarias, no son reglas que describan cómo pensamos, sino que prescriben cómo debemos pensar¹⁷⁰. La lógica se funda en principios a priori¹⁷¹ a partir de los cuales pueden derivarse y demostrarse sus reglas.

Luego, la lógica es una ciencia racional no sólo según la forma, sino según la materia; una ciencia a priori de las leyes necesarias del pensamiento, pero no en consideración de objetos particulares, sino de todos los objetos en general; una ciencia por tanto, del uso correcto del entendimiento y de la razón en general, pero

¹⁶⁹ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Argentina, Colihue, 2007, p. 124. La lógica como ciencia de las reglas del entendimiento en general, a su vez puede ser emprendida con un doble propósito, ya como *lógica del uso universal* del entendimiento, ya como *lógica del uso particular* de él. La primera contiene las reglas absolutamente necesarias del pensar, sin las cuales no hay uso alguno del entendimiento, y se dirige, por tanto, a éste, sin tomar en cuenta la diversidad de los objetos a los cuales él puede estar dirigido. La lógica del uso particular del entendimiento contiene las reglas para pensar rectamente sobre una cierta especie de objetos. Aquella puede denominarse *lógica elemental*, ésta en cambio (puede denominarse) el *organon* de ésta o de aquella ciencia. La última se pone al comienzo, muchas veces en las escuelas, como propedéutica de las ciencias, aunque según la marcha de la razón humana es lo más tardío, a lo cual la razón llega sólo cuando la ciencia ya está acabada desde hace tiempo y sólo necesita el último retoque para su corrección y perfección. Pues uno debe conocer los objetos ya en un grado bastante alto si pretende dictar la regla según la cual se puede producir una ciencia de ellos. *Ídem*.

¹⁷⁰ Navarro Albiña, René David, *Bases para una sana crítica. Lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico*, Santiago de Chile, Ril Editores, 2014, p. 32.

¹⁷¹ La expresión a priori (previo a) hace referencia al conocimiento que es independiente de la experiencia, el cual se basa en principios, estructuras o conocimientos que no tiene un origen empírico, pues descansan en la naturaleza de la propia razón. El conocimiento a priori se asocia al conocimiento de lo universal y necesario.

no subjetivamente, es decir, no según principios empíricos (psicológicos): cómo el entendimiento piensa; sino objetivamente, es decir, según principios a priori: cómo el entendimiento debe pensar¹⁷².

En la actualidad la función jurisdiccional ha empleado la lógica para racionalizar la decisión judicial. A través del silogismo lógico se ha establecido que el legislador define las premisas generales y el juez las aplica a casos concretos. El razonamiento lógico se compone de estructuras formales jerárquicamente definidas, donde las normas generales sirven de fundamento de normas particulares. Todo silogismo contiene una premisa mayor y una premisa menor. Si en una proposición se presenta una premisa mayor (PM) y una premisa menor (Pm), siguiendo la segunda a la primera, se puede concluir una tercera tesis (C) incluyendo términos contenidos en las anteriores, por ejemplo:

(PM) Todo hombre es mortal.

(Pm) Sócrates es hombre.

(C) Sócrates es mortal.

La premisa mayor y la premisa menor se encuentran vinculadas por un término llamado *término medio* que se encuentra tanto en la premisa menor como en la premisa mayor. En el ejemplo el término medio es *hombre*. Este término no pasará nunca a la conclusión sino que permite enviar los términos restantes a la conclusión: *Sócrates es mortal*¹⁷³. Cuando esta forma de silogismo se plantea en el ámbito jurídico, la premisa mayor debe atender a una enunciación general, verbigracia, *comete el delito de homicidio el que priva a otro*, y la premisa menor afirma de modo verdadero la acción de alguna persona concreta, por ejemplo: *José privó de la vida a Pedro*. De modo que la conclusión expresa: *José cometió el delito de homicidio*.

¹⁷² Ibídem., p. 33. Al respecto, Kant escribe, la *lógica general pura* se ocupa de meros *principios a priori*, y es un canon del entendimiento y de la razón, pero solamente en lo que respecta a lo formal del uso de ellos, sea cual fuere el contenido empírico o trascendental. La *lógica general aplicada* se dirige a las reglas del uso de entendimiento bajo las condiciones subjetivas empíricas que la psicología nos enseña. Tiene, por tanto, *principios empíricos*, aunque ella es general en la medida en que se refiere al uso del entendimiento sin distinción de objetos. Por eso tampoco es un canon del entendimiento en general, ni un órgano de ciencias particulares, sino simplemente un catártico del entendimiento común. La lógica pura no tiene principios empíricos, y por tanto no toma nada de la psicología, la cual, por tanto, no tiene influjo alguno sobre el canon del entendimiento. Es una doctrina demostrada, y todo en ella debe ser cierto enteramente a priori. Kant, Immanuel, op. cit., p. 125.

¹⁷³ Cf. Hernández Franco, Juan Abelardo, *Dialéctica y racionalidad jurídica. Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, pról. de Rodolfo Vigo, México, Porrúa, 2006, p. 100-101.

Entonces, la premisa mayor consiste es una norma legal, la premisa menor es un caso concreto y la conclusión es la sentencia del juez.

Para que el silogismo lógico opere correctamente es necesario que no viole ninguna de las siguientes reglas¹⁷⁴:

- a) Todas sus premisas deben ser consideradas con valor de verdad.
- b) El término medio nunca pasa a la conclusión.
- c) Por lo menos una de las premisas, debe enunciarse de modo universal o como norma general. De este modo en el silogismo el término medio será por lo menos una vez universal.
- d) No puede haber como premisa mayor y menor dos premisas particulares, ni tampoco dos premisas negativas, porque de ellas no se puede concluir nada.
- e) La conclusión siempre sigue la parte más débil.

4.3.2. PRINCIPIOS DE LA LÓGICA

Los principios básicos de la lógica son cuatro, Cerda San Martín citando a Couture, identifica los siguientes aplicables al razonamiento judicial: a) el principio de identidad, en cuya virtud una cosa sólo puede ser igual a sí misma; b) el principio de contradicción, en razón del cual una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí; c) el principio de razón suficiente, que señala que las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia, y d) el principio de tercero excluido, o sea que si una cosa sólo puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las precedentes¹⁷⁵.

4.3.2.1. PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN

Este principio se puede expresar según la afirmación Es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido. Ello supone que es imposible

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 105.

¹⁷⁵ Cerda San Martín, Rodrigo, *op. cit.*, p. 43.

que A sea B y no sea B. Por ejemplo, no es posible que un objeto sea un libro y no sea, a la vez, un libro. Es posible pensar que el objeto pueda ser algo ahora y no ser ese algo después, pero no al mismo tiempo. De modo que lo que antes fue un libro puede ser ahora basura o cenizas¹⁷⁶. En el terreno jurídico esto implica que el juez al motivar sus resoluciones debe hacerlo coherentemente, todos los argumentos que sustentan la sentencia deben ser compatibles entre sí. No se puede afirmar y negar a la vez el mismo hecho. Los argumentos contradictorios se excluyen mutuamente, siendo imposible sacar una conclusión válida de ellos. La regla de contradicción establece que dos juicios contradictorios entre sí no pueden ser verdaderos los dos, verbigracia, *todos los hombres son mortales; algunos hombres no son mortales*, constituye una falacia.

En este sentido, dos juicios al ser contradictorios no supone que uno de ellos sea falso debido a que pensemos o conjeturemos que debe ser así, sino porque la regla lo marca así. La regla es absoluta y aplicable a todos los campos del conocimiento: si de una pareja de juicios, uno atribuye a un objeto la determinación predicada en una unidad objetiva, mientras el otro la niega, existe una contradicción lógica, por ende, uno de ellos es falso¹⁷⁷.

4.3.2.2. PRINCIPIO DE TERCERO EXCLUIDO

Conforme a este principio todo tiene que ser o no ser: *A es B* o *A no es B*. Por ejemplo, en las proposiciones, *el perro es un mamífero* y *el perro no es mamífero*, no se pueden rechazar las dos como falsas, dado que no existe una tercera posibilidad. Por ende, una alternativa es falsa y otra verdadera, sin que quepa otra posibilidad¹⁷⁸.

Entre dos proposiciones, de las cuales una atribuye cierto predicado a un sujeto y otra niega ese mismo predicado, y se reconoce que una de ellas es verdadera, la otra necesariamente será falsa, y no existe una tercera posibilidad. Pues entre estos dos polos absolutos del ser o no ser, no es posible encontrar una

¹⁷⁶ Navarro Albifia, op. cit., p. 40.

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Ibídem., p. 41.

tercera opción. Lo cual se puede expresar de la siguiente forma: *entre dos cosas contradictorias no cabe término medio o entre aquello que es y lo que no es, todo tercio está excluido.*

Este principio no excluye la posibilidad de formular proposiciones contrarias en la medida que entre ellas sí cabe la posibilidad de otros juicios. Así pues, las afirmaciones *Juan es bueno* y *Juan no es bueno* son proposiciones contradictorias, por lo que no cabe la posibilidad de un término medio. Más en las proposiciones *Juan es bueno* y *Juan es malo*, a pesar de ser juicios contradictorios, sí cabe la posibilidad de otros juicios relativos a valores intermedios entre la bondad y maldad.

La diferencia entre el principio lógico de no contradicción y el del tercero excluido no se encuentra en la contradicción de las proposiciones, sino en la tercera proposición excluida, derivado del antagonismo de las primeras¹⁷⁹.

4.3.2.3. PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

Fue expresado por Leibniz en 1714 y posteriormente desarrollado por Schopenhauer en 1812. Leibniz desarrolló este axioma en los siguientes términos: *Ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo*¹⁸⁰. El principio de razón suficiente establece que todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique. Lo que es, es por alguna razón, nada existe sin una causa o razón determinante.

En el ámbito jurisdiccional el principio de razón suficiente funciona en cada decisión del juez cuando éste funda en ciertas circunstancias y en determinadas normas su *ratio decidendi*. Las razones suficientes se identifican en el apoyo o fundamento material de lo enunciado, lo que equivale a la prueba en el proceso. El razonamiento debe estar constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba o derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vayan

¹⁷⁹ Cerda San Martín, Rodrigo, op. cit., pp. 46-47.

¹⁸⁰ Gottfried Leibniz en *Monadología* dice: Nuestros razonamientos están fundados sobre dos grandes principios: el de contradicción, en virtud del cual juzgamos falso lo que implica la contradicción, y verdadero lo que es opuesto o contradictorio a lo falso [...] y el de razón suficiente, en virtud del cual consideramos que no podría hallarse ninguna hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Aunque estas razones en la mayor parte de los casos no pueden ser conocidas por nosotros, citado en Navarro Albiña, René David, op. cit., p. 41.

determinando; debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o afirmada, responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir aquélla (la conclusión); la prueba debe ser de tal naturaleza que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de otra¹⁸¹. En el ámbito procesal este principio exige que los litigantes aporten razones suficientes para que su postura pueda ser aceptada por el tribunal, y el tribunal debe apoyar su decisión en razones de hecho y de derecho, congruentes, graves y precisas de modo que sea controlable.

4.3.2.4. PRINCIPIO DE IDENTIDAD

Éste establece que todo objeto es idéntico a sí mismo y se simbolizará: *A es A*; esto es, que una cosa es idéntica a sí misma significa que una cosa es una cosa. Se puede decir que una cosa cambia constantemente; sin embargo, sigue siendo ese mismo objeto, pues si no fuese así, no se podría decir que ese objeto ha cambiado. Todas las cosas, por mucho que cambien, tienen algo que las identifica, un sustrato que nos permite identificarlas en la totalidad de sus diversas situaciones¹⁸².

Ello implica que el contenido de los conceptos no varíe. Si a un concepto se atribuye cierto contenido, éste se debe mantener a través de todo el curso del razonamiento, ya que de lo contrario se estaría manejando otro concepto y, al final de la inferencia, se trataría de un concepto distinto del primitivo. Lo que llevaría a un razonamiento falaz.

En el ámbito del proceso este axioma implica que las actuaciones procesales sean congruentes con la causa. Así, el contenido de la demanda no puede ser modificado después de presentada, los medios de prueba deben ser pertinentes e idóneos con el objeto de prueba. En materia penal, se exige congruencia entre la formalización de la investigación, la acusación y la sentencia definitiva. Por otro lado,

¹⁸¹Cf. Zavaleta Rodríguez, Roger, Castillo Alva, José Luis y Luján Túpez, Manuel, *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Perú, Ara Editores, p. 479, citado en Cerda San Martín, Rodrigo, op. cit., p. 49.

¹⁸² Cf. Navarro Albiña, op. cit., p. 40.

el tribunal se encuentra impedido para modificar los hechos materia de la acusación, debiendo resolver de manera congruente conforme a la causa de pedir de las partes.

4.3.3. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Al igual que los principios de la lógica, las reglas de la experiencia juegan un papel importante en la función de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y lo conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la severidad de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra como el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Por consiguiente, en la valoración de la prueba es necesario considerar el carácter forzosamente variable de la experiencia humana¹⁸³, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el Derecho se apoya.

Por lo antedicho, las reglas de la experiencia¹⁸⁴ son instrumentos fundamentales para esclarecer el fenómeno de la credibilidad y la certeza. Sin ellas no hay fundamento para construir el concepto de credibilidad ya que ésta está enraizada en la experiencia que el individuo y la sociedad sufren a diario y son generalizados en reglas.

En el ámbito judicial se ha introducido el concepto de máximas de experiencia, sobre el que Stein escribe: *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 han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener*

¹⁸³ Cerda San Martín, Rodrigo, op. cit., p. 49.

¹⁸⁴ Ídem.

*validez para otros nuevos*¹⁸⁵; por ejemplo, los efectos mortales de un disparo al corazón, la naturaleza contagiosa de algunas enfermedades, los síntomas habituales en el campo de la vida anímica del hombre que nos revela la psicología y que nosotros empleamos para el descubrimiento de la culpabilidad en conductas punibles, constituyen premisas mayores para los hechos concretos.

Desde el punto de vista lógico, Stein señala que las máximas de la experiencia tienen como primer requisito el factor negativo consistente en que no pueden ser simples declaraciones sobre acontecimientos individuales, así como tampoco juicios plurales sobre una pluralidad de sucesos, obtenida mediante recuento. Por lo que respecta al contenido tienen que estar en oposición a las declaraciones sobre los hechos del caso concreto, pues deben servir en la sentencia como premisas mayores de esos hechos y, lógicamente, lo que conduce de un hecho a otro es siempre el puente del principio o regla general, del mismo modo que, al revés, para la fijación de un hecho a través de conclusiones, no basta con juicios generales, sino que se precisan también juicios particulares. Por tanto, las máximas de la experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos. De manera que no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones.

Así pues, las máximas de la experiencia se expresan en tesis hipotéticas de las que se infieren las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos. Sobre la base de que bajo determinadas condiciones se repiten como consecuencia los mismos fenómenos, se colige que únicamente se puede llegar a ella por el camino de la inducción, esto es, a través de una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico que se encuentran ligados de manera indeterminada. Se debe partir de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos probados.

Empero, la declaración de una experiencia sobre una pluralidad de casos está todavía lejos de ser una máxima de la experiencia apta para ser utilizada como premisa mayor. Sólo cuando se piensa en esos casos como aplicación de una regla y se establece como tal, únicamente cuando junto a cada uno de los casos

¹⁸⁵ Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1988, p. 27.

observados, y por encima de ellos, hay algo independiente que nos permite esperar que los casos venideros, se producirán de la misma forma que los casos observados, sólo entonces alcanzamos el principio de que en cierta situación y bajo determinadas circunstancias se produce la consecuencia esperada.

Entonces, el caso concreto observado se convierte de inmediato en irrelevante cuando nos elevamos por encima del simple juicio plural y, además, es indiferente, en cuanto a la esencia de las máximas de la experiencia, el número de observaciones que han sido necesarias para su formación. Algunas máximas de la experiencia no han pasado de tener el valor de hipótesis inseguras y de suposiciones o presunciones, a pesar de la infinidad de casos observados; por el contrario, otras han sido elevadas al rango de las verdades científicas tras una única observación. Sin embargo, la mayoría son producto de una observación incesante, controlada y rectificada una y otra vez. Y cuando se declara una regla general nunca está contenida en ésta a la vez una noticia sobre los casos observados que sirvieron de fundamento a la regla. Por consiguiente, quien declara una máxima de la experiencia no tiene por qué ser testigo de los casos expresados, deviniendo irrelevante si los conoce por propia percepción o no¹⁸⁶.

Por otro lado, dado que las máximas de la experiencia son producto del pensamiento inductivo, carecen de certeza lógica. En consecuencia, son de escaso valor aproximativo respecto de la verdad¹⁸⁷, y como tales, sólo tienen vigencia hasta en tanto la observación de nuevos casos demuestre la falsedad de la regla.

En efecto, recordemos que el razonamiento inductivo es aquel que se construye a partir de la inferencia de casos observados repetidamente para concluir de ellos casos aún no observados con cierto grado de probabilidad de certeza. Sin embargo, Hume identificó los problemas lógicos de la inducción, a saber: 1) es imposible justificar una ley mediante la observación o la experimentación; 2) el hecho de que la ciencia propone y utiliza leyes por todas partes y todo el tiempo (sobre lo que a Hume le impresiona el escaso material en que se fundamentan, es decir, los pocos casos observados en que la ley se sustenta), y; 3) el principio del empirismo, que asevera que, en la ciencia, sólo la observación y la experimentación pueden

¹⁸⁶ Para mayor abundancia en el tema, *Ibidem.*, pp. 23-27.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, p. 37.

decidir sobre la aceptación o el rechazo de los enunciados científicos, incluyendo las leyes y las teorías¹⁸⁸. En otras palabras, para Hume los problemas de la inducción eran los siguientes:

1) El problema lógico, el cual expresaba con la pregunta: ¿Estamos justificados racionalmente al razonar a partir de repetidas instancias de las que tuvimos experiencia, para llegar a instancias de las que no hemos tenido ninguna experiencia?

La respuesta de Hume fue: No, no estamos justificados para ello, por más grande que sea el número de instancias repetidas. Y añadía que para él no había la menor diferencia si, al tratar este problema, pedimos la justificación, no de cierta creencia, sino de una creencia probable. Las instancias de las que hemos tenido experiencia no nos permiten razonar ni argumentar acerca de la probabilidad de instancias de las que no hayamos tenido experiencia, ni tampoco acerca de la certeza o incertidumbre de tales instancias.

2) El problema psicológico, lo expresaba como sigue: ¿Cómo es que, aunque todas las personas razonables esperan y creen que las instancias de las que no han tenido experiencia, se conformarán a aquéllas de las que sí han tenido experiencia?

Hume respondía: *por costumbre o hábito*; o en otras palabras, por el irracional pero irresistible poder de la ley de asociación, ya que estamos condicionados por la repetición; es un mecanismo de acondicionamiento sin el cual, decía Hume, apenas podríamos sobrevivir.

Al respecto cabe decir, se ha demostrado que la asociación es el fundamento funcional común de los procesos cognitivos. Este proceso mental trabaja a partir de contenidos informacionales semánticos que se suponen están contenidos en la mente. Así opera la memoria, la percepción, el pensamiento y, justificadamente, el razonamiento. Por ejemplo, cualquier persona asocia la palabra motel con un contenido semántico que puede, sin ningún problema, incluirse en esta categoría. Los procesos perceptivos también funcionan de esta manera particular a través de su

¹⁸⁸ David Hume citado en Popper, Karl R., op. cit., p. 114.

experiencia del mundo, toda vez que están fuertemente mediados por los procesos mnémicos¹⁸⁹.

En efecto, el pensamiento y el razonamiento operan de manera asociativa. La manera como funciona el razonamiento está estrechamente vinculado con la manera en que funciona la memoria debido a que ésta última provee de contenido dichos procesos, pues cuando se va a razonar sobre algo, lo primero que se hace es recopilar lo que se sabe del tema. De modo que la relación de dependencia entre el razonamiento y la asociación se hace patente cuando se presenta el proceso de condicionamiento. Recordemos el experimento de los perros de Pavlov¹⁹⁰, en el que se demostró como el cerebro de los animales opera de manera rígidamente asociativa (condicionada) en condiciones de estimulación similares y repetitivas.

Bertrand Russell relacionó la asociación a los problemas de la inducción de la siguiente manera: Cuando una cosa de cierta especie, A, se ha hallado con frecuencia asociada con otra cosa de una especie determinada, B, y no se ha hallado jamás disociada de la cosa de la especie B, cuando mayor sea el número de casos en que A y B se hallan asociados, mayor será la probabilidad de que se hallen asociados en un nuevo caso en el cual sepamos que una de ellas se halla presente. En las mismas circunstancias, un número suficiente de casos de asociación convertirá la probabilidad de una nueva asociación en una certeza y hará que se aproxime de un modo indefinido a la certeza¹⁹¹.

No obstante, Popper resuelve el problema lógico de la inducción¹⁹² afirmando que podemos tener ciertas preferencias por determinadas conjeturas en competición; esto es, por aquellas que son más informativas y que hasta ese momento han soportado el rigor de la crítica eliminatória. Estas conjeturas preferidas son resultado

¹⁸⁹ Forma bajo la cual los acontecimientos o los objetos de percepción, se inscriben en la memoria, en diversos puntos del aparato psíquico.

¹⁹⁰ En este experimento, el fisiólogo ruso, Pavlov alimentaba un perro, que estaba recluso en una habitación, varias veces al día. El perro tenía conectado en su cuerpo un mecanismo que medía las variaciones en la intensidad de la baba producida cuando éste veía al fisiólogo acercarse al cuarto con el plato de comida. En la parte alta de la pared en la que estaba la puerta había un campana que se accionaba cuando se abría ésta. Pavlov siempre abría la puerta con cierta lentitud con la finalidad de no derramar la comida. Cierta día, tras observar las grabaciones, notó que la intensidad del babeo del perro comenzaba a aumentar, inclusive, antes de que él abriera la puerta. La intensidad adquiría su mayor nivel cuando el perro escuchaba sonar la campana, antes de que el fisiólogo hiciera presencia de cuerpo completo en el cuarto. Así, con base en el principio asociacionista que rige el proceso cognitivo, el perro, cuando escuchaba la campana, producía una asociación directa e implícita que generaba el babeo. Emiro Restrepo, Jorge, *Inferencias inductivas y deductivas: una revisión desde la lógica clásica, la teoría de conjuntos y la cognición humana*. Revista de filosofía, <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/restrepo45.pdf>, pp. 6-7 [fecha de consulta: 05 de abril de 2015].

¹⁹¹ Russell, Bertrand, *Problemas de la inducción* (1912), citado en *Ibidem.*, p. 7.

¹⁹² Véase ampliamente, Popper, Karl, op. cit., pp. 122-130.

de la selección, de la lucha por sobrevivir de hipótesis sometidas a la presión crítica, que equivale a la presión de selección artificialmente intensificada. Los principios de preferencia y selección se rigen por la idea de la verdad. Pues, ante todo, se buscan teorías verdaderas y, por tanto, se intenta eliminar las teorías falsas. Ello conduce a la idea del crecimiento de los contenidos informativos y, especialmente, del contenido de verdad, del contenido de veracidad. En general, una teoría de gran contenido informativo es más interesante y falsificable que una de escaso contenido. Y aún si no soportara el peso de las pruebas de falsificación, pueden revelar, a veces, nuevos hechos y problemas hasta antes desconocidos.

Por tanto, el problema psicológico de la inducción se resuelve si se considera que se trata de hipótesis en competición a las que se podría llamar creencias. Es así, dado que los hombres con frecuencia viven más que sus creencias; pero tanto tiempo como sobrevivan las creencias, formarán la base de la acción (momentánea o durable).

Entonces, el procedimiento de la selección de las creencias y acciones no puede describirse, en ningún sentido, como irracional. De ninguna forma choca con la solución racionalista del problema lógico de la inducción. Se trata, pues, de la transferencia de la solución lógica al campo psicológico. Con la aplicación del principio de transferencia al problema psicológico de Hume, desaparecen las conclusiones irracionalistas de Hume. Sin embargo esto no significa que el hombre jamás sufra de creencias irracionales.

Así pues, una elección racional implica preferir la teoría mejor probada como base de la acción. La teoría mejor probada es aquella que, a la luz de nuestra discusión crítica, hasta ese momento, parece la mejor. En este sentido, las máximas de la experiencia al constituir juicios derivados de un proceso inductivo realizado por el juez, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso. Estos juicios no tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, implicando una regla general (creencia) susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar.

Empero, las máximas de la experiencia no deben hacerse equivalentes al concepto de sentido común¹⁹³. En éstas hay un raciocinio y aplicación de formas lógicas, por lo que hay menos generalizaciones, aun cuando se valga de estereotipos para interpretar la realidad. Por su parte, las máximas de la experiencia se basan, fundamentalmente, en generalizaciones y, por tanto, vienen enunciadas en forma de reglas.

Así, el juez al emplear las máximas de la experiencia en el razonamiento judicial, debe tener presente algunas reglas para evitar el error¹⁹⁴, a saber: debe verificar que las máximas sean comúnmente aceptadas en el ambiente socio-cultural en el que se desenvuelve, de modo que sólo las nociones e informaciones evidente y claramente patrimonio de la cultura media de ese tiempo y lugar podrán usarse sin justificación añadida. Ello no impide el empleo de nociones e informaciones que todavía no han ingresado en el acervo del sentido común, sin embargo, se requiere que sean fundamentadas; debe verificar que las máximas no hayan sido falsadas o contradichas por conocimientos científicos; no debe darle el valor de regla general a una máxima cuando esté fundada en un conocimiento científico inválido; si una regla está formulada en términos generales, basta un solo caso negativo para demostrar su falsedad; y una máxima de la experiencia que sea contradicha por otras no puede aplicarse como fundamento de decisión. De tal manera, es insoslayable que el juez, atendiendo a la falibilidad de las máximas de la experiencia como mecanismos generadores de conocimiento, module la utilización de las mismas conforme a los criterios antes descritos, pues su empleo descontrolado podría llevar razonamientos lógicamente incorrectos.

En la selección de la máxima de la experiencia que fungirá como premisa mayor de la inferencia de la cual se establecerá la conclusión de los hechos que se han de explicar (*explanandum*), el juez deberá preferir las máximas con mayor

¹⁹³ Taruffo, Michele, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, en obra colectiva XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, 2008, p. 169, citado en Rivera Morales, Rodrigo, op. cit., p. 252. Sobre la equiparación del sentido común a las máximas de la experiencia, véase, Horvitz Lennon, (et al.), t. II, op. cit., p. 336, quien considera que las máximas de la experiencia expresan nociones de sentido común cuyo único fundamento es el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento.

¹⁹⁴ Véase, Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Bogotá, Colombia, Temis S.A., 2009, pp. 150-156.

contenido informativo y que hayan soportado de mejor manera el rigor crítico de las pruebas de falsificación.

4.4. GARANTÍAS PROCESALES DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El más difícil de los problemas en materia probática es el cómo determinar el grado de probabilidad que permite considerar adecuada y suficientemente probada una hipótesis acusatoria. Ello en el entendido de que ninguna prueba es suficiente para establecer certezas en la inducción judicial. Ferrajoli sostiene que ello requiere identificar las garantías procesales cuya satisfacción justifica la libre convicción del juez, esto es, la decisión sobre la verdad fáctica en el proceso.

Así, identifica las garantías de necesidad de la prueba, de posibilidad de la refutación y de convicción justificada¹⁹⁵, mismas que analiza, respectivamente, desde la perspectiva de cómo garantizar la necesidad de la prueba o verificación; cómo garantizar la posibilidad de la contraprueba o confutación; y cómo garantizar, contra la arbitrariedad y el error, la decisión imparcial y motivada sobre la verdad procesal fáctica.

A la primera cuestión señala que la solución exige la confirmación de la hipótesis acusatoria por un sistema *coherente* de pruebas o indicios graves, precisos y concordantes con arreglo al cual todos los hechos conocidos y otros desconocidos sean deducibles de la hipótesis probada. De manera que, la hipótesis implique la verdad de varios datos probatorios y explique todos los datos disponibles, esto es, todos los datos disponibles deben cuadrar con la hipótesis acusatoria la que también debe estar en condiciones de aclarar otros hechos e indicios inicialmente ignorados.

Luego, la garantía de la contraprueba, o bien, la posibilidad de refutación o contraprueba, se traduce en la posibilidad de verificar la hipótesis formulada, dado que su verdad no puede ser demostrada, sino sólo confirmada, ya que mientras ninguna prueba o confirmación es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de los hechos, una sola contraprueba o refutación es suficiente para justificar el convencimiento contrario. La garantía de la defensa se erige en el poder

¹⁹⁵ Véase, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, op. cit., pp. 147-151.

de refutación de la acusación por parte del acusado. Por consiguiente, para que una hipótesis sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos aportados al proceso. Sin embargo, las contrapruebas al ser sólo probables, tampoco garantizan la falsedad de la hipótesis incompatible a ella. Pero si tan sólo una de ellas es aceptada como verdadera, es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y para basar, conforme al criterio de la coherencia, la decisión sobre su falsedad.

Y, por lo que respecta a la garantía de la verdad fáctica; ésta presupone la imparcialidad del juez en la elección de entre las hipótesis explicativas en competencia (la de culpabilidad y la de defensa). La hipótesis acusatoria, para ser aceptada, requiere ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba aceptada como verdadera, y también debe prevalecer sobre todas las hipótesis disponibles en conflicto con ella. Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en conflicto con ella, la duda se resuelve conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera. Mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las conrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas.

En suma, la carga jurídica de la prueba corre sobre la parte acusadora (art. 20, apartado A, fracción V, C.P.E.U.M.), exigiendo que la acusación comprenda un sistema de pruebas graves, precisas y concordantes, que sea capaz de refutar todas las conrahipótesis y contrapruebas disponibles, y de tal modo sea suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia del acusado.

4.5. ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA ESTABLECER LA CULPABILIDAD DEL ACUSADO. LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

Ninguna persona puede ser condenada por delito alguno a menos que exista certeza de su culpabilidad (art. 20, apartado A, fracción VIII, C.P.E.U.M.). Al menos eso es en teoría. Si de buena gana el acusado no se declara culpable, todos los elementos de culpabilidad deben ser probados ante el tribunal, y deben ser probados

más allá de la duda razonable (arts. 359 y 402 del C.N.P.P). Empero, hasta antes de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 y la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales, en nuestro orden jurídico las legislaciones adjetivas en la materia, tanto en el fuero local como en el común, reconocían el estándar de la prueba plena de la culpabilidad del acusado¹⁹⁶. Sin embargo la legislación nacional citada introdujo un nuevo estándar de prueba, el estándar de la prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable, importado del sistema judicial anglosajón, del que si bien no existe acuerdo sobre su contenido, éste no puede entenderse más allá de toda sombra de duda, pues ello llevaría a descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta de la inculpatoria, mientras comúnmente se admite que aquélla permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables.

Debemos advertir que el objeto de este trabajo no es establecer una generalización del concepto, pues ello poco aportaría al estudio del tema. Empero, las dificultades de su concreción no impiden que pueda intentarse una aproximación a su desarrollo y significado a partir de la identificación de las características que ha de reunir la prueba de culpabilidad para que el juez pueda basar su convicción en ella. En el entendido del sistema de la libre valoración de la prueba atendiendo a las reglas de la sana crítica y todo lo que ello implica.

4.5.1. DESARROLLO EN EL SISTEMA ADVERSARIAL ESTADOUNIDENSE

En sus orígenes la regla de la duda razonable no tenía la función garantista que hoy día se le atribuye, en principio no intentó proteger al acusado. Ésta tenía el propósito de proteger las almas de los jurados de la perdición. Condenar a un inocente era considerado, en la vieja tradición cristiana, un pecado mortal. Por eso, el propósito de la instrucción de la duda razonable era dirigir esa temida posibilidad, asegurando a los jurados que ellos podían condenar al acusado sin arriesgar su propia salvación, en tanto la duda sobre la culpabilidad del acusado no fuese

¹⁹⁶ Tesis 1a. CCLXXXVII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, libro XXV, octubre de 2013, p. 1055, de rubro: *PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL EN MATERIA PENAL. PARA QUE GENERE CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR DEBERÁN DESCARTARSE OTRAS HIPÓTESIS, A TRAVÉS DE CONTRAPRUEBAS Y CONTRAINDICIOS.*

razonable. Evidentemente éste era el significado de la regla en su contexto original. Tal es el origen del estándar la duda razonable que originalmente no fue diseñado para hacer más difícil a los jurados la condena del acusado.

Es la dogmática estadounidense la que más ha abordado la cuestión del origen del estándar de la *duda razonable*. John Langbein, en la obra *The origins of adversary criminal trial*, ubica el origen de la duda razonable en Inglaterra, a mediados de 1780, desarrollada como parte de un largo esfuerzo para establecer garantías a favor del acusado en un proceso criminal¹⁹⁷. En otro sentido, James Franklin sitúa el apareamiento del estándar en el siglo XVI, y descarta que éste se deba a los científicos del derecho, de acuerdo con Franklin, la frase *duda razonable*, en principio fue acuñada por el Teólogo español Francisco Suárez, pues aquella se relaciona con la búsqueda de la verdad en el mundo, de la cual se han preocupado tanto científicos, filósofos y teólogos, más que propiamente los estudiosos del derecho¹⁹⁸. Por otro lado, Anthony Morano¹⁹⁹ establece que el desarrollo de la regla de la duda razonable tuvo lugar en los juicios de la Masacre de Boston de 1770, como parte del debate sobre el tradicional concepto inglés: *es mejor absolver al culpable que condenar al inocente*.

La frase *la prueba más allá de la duda razonable* no aparece en ninguna parte de la Constitución Federal estadounidense. De hecho, la Corte Suprema de esa nación consideró que la regla de la duda razonable apareció hasta el año 1789. Posteriormente, en 1970 la Corte Suprema insistió en la importancia del estándar de la prueba más allá de la duda razonable en el derecho constitucional estadounidense. No obstante, reconoció que la fórmula de la duda razonable es, después de todo, difícil de interpretar. Por ejemplo, cómo saber cuándo la duda sobre la culpabilidad de una persona es razonable. Los jurados algunas veces están desconcertados, incluso algunos de los más sofisticados miembros del foro profesional encuentran la cuestión muy difícil de explicar. Existe un grupo considerable de casos en donde los jueces no saben cómo definir el estándar de la

¹⁹⁷ Langbein, John H., *The origins of adversary criminal trial*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 33.

¹⁹⁸ Franklin, James, *The science of conjecture: Evidence and probability before Pascal*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 2001, p. 63.

¹⁹⁹ Morano, Anthony, *Reexamination of the development of the reasonable doubt rule*, 55 B.U.L. Rev. 507, 517, 1975, citado en Whitman, James Q., *The origins of reasonable doubt*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 1, 2005, p. 12, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1 [fecha de consulta: 07 de abril de 2015].

reasonable doubt. La mayoría de las cortes federales de circuito y las cortes de varios Estados han insistido en no ser requeridas para definir dicho estándar²⁰⁰.

Como un principio fundamental del sistema criminal estadounidense, la presunción tiene una función fundamental en los juicios de naturaleza criminal. Como resultado no se debe encontrar culpable al acusado, a menos que con la evidencia presentada en el juicio, se pueda concluir que el fiscal ha probado la culpabilidad del acusado más allá de la duda razonable. La ley criminal emplea el término *prueba más allá de la duda razonable* para decir que tan convincente debe ser la evidencia de cargo para permitir un veredicto de culpabilidad. El derecho reconoce que, al tratarse asuntos del mundo fáctico, existen pocas cosas que se pueden saber con absoluta certeza. Por tanto, la ley no requiere al fiscal que pruebe la culpabilidad del acusado *más allá de toda duda razonable*. Empero, tampoco es suficiente con probar que el acusado *probablemente* es culpable.

Los procesos criminales imponen que la prueba de culpabilidad debe ser más fuerte que la simple probabilidad. La duda razonable es una duda honesta de la culpabilidad del acusado, basada en la naturaleza y calidad de la prueba. Se trata pues, de una duda real, no imaginaria, es una duda que cualquier persona razonable, actuando en asuntos de semejante importancia, probablemente tendría debido a las pruebas presentadas o a la falta de las mismas. La prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable debe establecer el firme convencimiento de la culpabilidad del acusado, en función de que no cabe la duda razonable de la existencia de algún elemento del delito o de la responsabilidad del acusado. La regla de la duda razonable reafirma la preferencia constitucional de la protección al acusado frente a acusaciones arbitrarias del Estado, contribuyendo a prevenir condenas injustas y, por tanto, enfatiza el principio de legalidad.

²⁰⁰ Whitman, James Q., *The origins of reasonable doubt*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 1, 2005, p. 12, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1 [fecha de consulta: 07 de abril de 2015]. Al respecto, Laudan advierte que el punto de vista oficial de la Corte Suprema es que una condición necesaria y suficiente para condenar al acusado en un juicio penal es una creencia firme de la culpabilidad del acusado por parte del jurado. Al creer en una teoría de la *libre prueba*, los jueces no hacen nada por indicar al jurado qué tipos de inferencias o qué clases de evidencias, justificarían la formación de una creencia firme en la culpabilidad del acusado. Aparentemente, todo lo que importa es si, habiendo oído toda la evidencia, la creencia de los jurados es firme y sólida. Y si no es así, entonces debe votar por la absolución. Los jueces ni siquiera explican a los jurados lo que significa tener una duda razonable, manteniendo de manera vergonzosa que esta noción es auto-evidente. Esta tesis ha sido constantemente refutada por los numerosos pedidos de los jurados a los jueces para que expliquen lo qué significa esta doctrina. Básicamente, en estas circunstancias, la duda razonable queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien. Laudan, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Presentación y aporte de Edgar R. Aguilera García*, 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011, p. 63-64.

Distintos fallos han relacionado el estándar de la duda razonable con el principio de presunción de inocencia (*Taylor v. Kentucky*). En efecto, la regla de la carga de la prueba establece que, el jurado debe desprobeer de su mente toda suposición acerca del arresto y la acusación, y alcanzar su conclusión únicamente con la evidencia legalmente aducida en el juicio. El principio de presunción de inocencia, por su parte, además de requerir lo anterior, dispone que, el jurado al formar su veredicto sólo debe considerar la evidencia practicada en el juicio, desechando cualquier conjetura basada en la situación actual del acusado o en su conocimiento privado –del jurado²⁰¹.

En las Cortes de juicio existe una discusión truncada acerca del concepto de la *duda razonable*. Éstas la han definido como una duda substancial, como una duda real; definición que ha sido criticada y tachada de confusa, pues no aporta elementos objetivos para su control y evaluación²⁰². Chiesa²⁰³ apunta, desde una perspectiva cualitativa del estándar probatorio: *la prueba más allá de toda duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado*. Por consiguiente, no se puede colegir un estándar de prueba objetivo en el sistema adversarial estadounidense, pues éste atiende a criterios meramente subjetivos e, incluso, a la certeza moral del jurado que, en todo caso, intenta hallar justificación en aquella frase pronunciada por el juez Blackstone²⁰⁴, *es preferible que diez culpables escapen, antes que un inocente sufra*.

4.5.2. EN EL SISTEMA ACUSATORIO DE ESPAÑA

El Tribunal Constitucional de España reconociendo que uno de los problemas básicos del proceso penal es la fijación de los hechos probados y, que en esa fijación entra en juego el estándar de la pruebas más allá de la duda razonable, como proyección necesaria del derecho a la presunción de inocencia en tanto regla

²⁰¹ Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978), citado en Lafrance, Arthur B. y Loewy, Arnold H., *Criminal Procedure. Trial and sentencing*, Cincinnati, United States, Anderson Publishing Co., 1994, p. 424.

²⁰² Lafrance, Arthur B. y Loewy, Arnold H., op. cit., p. 425. Véase también, Simon, Dan, *In doubt. The Psychology of the criminal justice process*, London, England, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2012, pp. 195-197.

²⁰³ Chiesa Aponte, Luis Ernesto, *Derecho Procesal*, vol. III, citado en Carnevali Rodríguez, Raúl y Castillo Val, Ignacio, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, Revista Ius et Praxis, año 17, n° 2, 2011, p. 100.

²⁰⁴ Blackstone, William, *Commentaries on the laws of England*, lib. IV, Oxford, 1769, p. 352, citado en Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, España, Marcial Pons, 2013, p. 66.

de trato procesal, de juicio y de prueba; en la sentencia STC 81/1998²⁰⁵, señaló que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, opera, en el ámbito de jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de la duda razonable, en virtud de pruebas que pueden considerarse de cargo, obtenidas y producidas con todas las garantías aplicables –debido proceso, legalidad, inmediación y contradicción.

En la dogmática de esa nación, Vives²⁰⁶, analizando la noción de la prueba más allá de la duda razonable, propone que, *podemos predicar la verdad no sólo de aquellos enunciados respecto de los que la duda es lógicamente imposible, sino también de todos aquellos de los que no es razonable –aunque exista la posibilidad anómala del error–, pese a que entre unos y otros no haya una frontera bien delimitada, y la distancia entre el rigor de ese canon y la laxitud de la práctica, en la que, a menudo, se opta por la versión de los hechos que parece más probable, o por la que intuitivamente se cree verdadera, en lugar de atenerse a lo que puede afirmarse sin lugar a dudas como cierta, muestra lo lejos que están los tribunales –y, más aún la opinión pública– de respetar la presunción de inocencia.*

No obstante las definiciones que se han intentado en la dogmática procesal y jurisprudencial, el contenido del estándar aún es ambiguo. Nieva Fenoll observa la dificultad con que se topa el Tribunal Supremo al momento de atender esa regla y lo discutible que en muchos casos puede llegar a ser. En consecuencia, el Tribunal Constitucional acaba confiando en el criterio del juez *a quo*, realizando un control inferencial posterior en cada caso concreto, lo que lleva, en realidad y en parte, al concepto de certeza moral, no produciéndose ninguna novedad al respecto²⁰⁷.

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, citada en Camarena Grau, Salvador y Ortega Lorente, José Manuel, *Procedimiento penal abreviado, vol. I. Preparación del juicio oral*, Valencia, España, Ediciones Foro Jurídico, 2010, p. 53.

²⁰⁶ Vives Antón, Tomás S., *Más allá de toda duda razonable, Teoría y Derecho*, Revista de pensamiento jurídico, Tirant lo Blanch, 2/2007, citado en Camarena Grau, Salvador (et al.), op. cit., p. 58.

²⁰⁷ Nieva Fenoll, Jordi, op. cit., p. 80-81.

4.5.3. CHILE

Con motivo de la reforma procesal penal en Chile del año 2000, se incorporó el sistema procesal penal acusatorio, de ello siguió que el Código Procesal Penal chileno dispuso como criterio para precisar cierto grado de convicción que debe alcanzar el juez al momento de sentenciar, el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable. Consecuencia de ello, los tribunales de aquella nación han sustentado diversos fallos en torno a la duda razonable.

Así, la dogmática jurisprudencial estableció que el concepto de la duda razonable no responde a la idea de certeza absoluta, sino a aquella que excluya las dudas más importantes, considerándose como tal aquella que es tan convincente que determina que el juzgador se encuentre dispuesto a confiar y actuar de acuerdo a ella sin dudarlo, pero no significa una certeza absoluta²⁰⁸.

Para entender el significado de la convicción más allá de la duda razonable, la jurisprudencia de aquella nación señaló que se deben observar dos criterios, el de la vacilación para actuar y el de la certeza moral, siendo el primer estándar de convicción definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar de la prueba ha sido satisfecho, esto es, una duda que lleva a una persona razonable a vacilar de actuar en una materia de importancia en su vida personal, basada en la razón y en el sentido común, por lo que la prueba más allá de toda duda razonable deber ser una prueba de un carácter tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella en los asuntos más importantes. El segundo criterio, de la certeza moral, define el estándar en términos positivos, entendiendo por certeza la firme creencia de estar en posesión de la verdad, debiendo entender que no se trata de una certeza absoluta, como la que se puede dar en la demostración matemática, sino a la certeza moral, que es aquella que se puede obtener sobre la base empírica de los hechos²⁰⁹.

²⁰⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Chile, recaída en el recurso identificado con la clave: 270/2004, de 03 de noviembre de 2004.

²⁰⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, Chile, recaída en el recurso identificado con la clave: 93/2007, de 25 de mayo de 2007.

De lo anterior se colige, la doctrina jurisprudencial chilena se sitúa en el mismo problema de ambigüedad que el caso de Norteamérica y de España. No obstante, dicho sea de paso, ello no deriva en el problema de la íntima convicción, ya que incorpora las reglas de la sana crítica, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia como directrices para valorar de la prueba.

4.5.4. MÉXICO.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en recientes criterios ha estudiado la noción de la *duda razonable*, dictando las bases de una regla de prueba acorde al sistema garantista y estableciendo el vínculo entre dicho estándar y el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de prueba y estándar de prueba. En ese sentido, para poder considerar que hay prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora²¹⁰.

De tal forma, el estándar de prueba para establecer la culpabilidad del acusado, implica que la hipótesis de cargo debe ostentar en un sistema coherente de pruebas e indicios graves, precisos y concordantes de donde se deduzca la prueba de culpabilidad del acusado, la cual debe ser capaz de refutar las contrahipótesis y explicar las contrapruebas y contraindicios disponibles en la causa. Y en caso de que aquélla no logre refutar la hipótesis de la defensa y ésta, a su vez, no sea suficiente para demostrar la inocencia del inculpado, la duda se resuelve conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera. Por ende, las pruebas de descargo pueden dar lugar a una duda razonable tanto cuando cuestionen la fiabilidad de las pruebas de cargo, como en el supuesto en que la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatórios. Así, la

²¹⁰ Tesis 1a. CCCXLVII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, libro 11, octubre de 2014, p. 611, cuyo rubro dice: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. CONDICIONES PARA ESTIMAR QUE EXISTE PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUARLA.*

actualización de una duda razonable por cualquiera de estas dos razones impide considerar que las pruebas de cargo son suficientes para condenar²¹¹.

Empero, la doctrina jurisprudencial no aporta un criterio objetivo para determinar bajo qué condiciones es válido hablar de una duda razonable. Pues, siguiendo a Laudan²¹², *si no está claro qué es una duda razonable, el acto de justificar un veredicto como algo más allá de la duda razonable se convierte en un quijotesco ejercicio de autoengaño*. Ya que al no definir previamente los límites de dicho estándar de prueba, resulta imposible afirmar qué cualidad y cantidad de inferencias precisas y concordantes lo satisfacen. Lo cual no puede ser resuelto por la mera motivación de la sentencia.

4.6. UN ESTÁNDAR DE PRUEBA OBJETIVO.

Han sido diversos los intentos por dotar de contenido la noción de la duda razonable, sin embargo, es un lugar común que éstos atienden a la certeza moral de quien resuelve y el problema se agota en las motivaciones que el juez aduzca para justificar su convicción. En ese sentido, lo relevante de la sentencia condenatoria se vincula con las manifestaciones que sobre una particular visión del caso puede aportar el juzgador, sin que exista un estándar de prueba objetivo con base en el cual el imputado, y la sociedad en general, pueda comprender las razones que condujeron a la imposición de una pena y, en su caso, comprobar la validez del fallo. Entonces, es insoslayable la necesidad de un estándar de prueba objetivo.

El estándar de prueba objetivo que se pretende, parte de la teoría de la verosimilitud²¹³ y de la búsqueda de la verdad por medio de la discusión racional. En efecto, la falsificación de las teorías en conflicto y la crítica mutua a través de la argumentación son los medios para lograr un estándar de prueba. Ello se vincula con las funciones superiores del lenguaje humano: la función descriptiva y la función

²¹¹ Tesis 1a. CCCXLVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, libro 11, octubre de 2014, p. 613, de rubro: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO*.

²¹² Laudan, Larry, *Una breve replica*, p. 154, citado en Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*; pról. de Alberto M. Binder, Buenos Aires, Argentina, Del Puerto, 2013, p. 13.

²¹³ Véase, La verdad en el proceso penal y los grados de verosimilitud, *supra*.

argumentativa²¹⁴, ya que con la función descriptiva emerge la idea regulativa de la verdad, es decir, de una descripción que se apega a los hechos; y la función argumentativa presupone la función descriptiva: los argumentos son, fundamentalmente, acerca de descripciones desde el punto de vista de las ideas regulativas de verdad, contenido y verosimilitud.

Así, la regla de la prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable, requiere que el juzgador, como el científico, aprecie las pruebas desahogadas en el juicio atendiendo las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia, y al mismo tiempo emplee el método de eliminación del error mediante la crítica racional de las teorías en conflicto con base en el examen de las pruebas y contrapruebas disponibles en la causa, esto es, *hay que intentar examinar las probables debilidades de las teorías, hay que discutir las con espíritu crítico y determinar cuál de ellas ha superado con mayor rigor las pruebas y contrahipótesis que implican su falsación*. Pues sólo de esta manera podremos fundamentar una noción de la duda razonable epistémicamente válida.

Por consiguiente, para atender a la prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable, el tribunal debe verificar que la hipótesis acusatoria corresponda mejor con los hechos en función de las pruebas²¹⁵, dando cabal cumplimiento a las garantías procesales de necesidad de la prueba, de posibilidad de la refutación y de convicción justificada. De donde se deduzca que la teoría de cargo goce de mayor contenido informativo, que sea la mejor probada y que hasta ese momento haya soportado el rigor de la crítica eliminatoria. Permitiendo así el control intersubjetivo de la aserción, tanto por el acusado, el fiscal y las instancias superiores.

²¹⁴ Popper, Karl, op. cit., p. 74-77.

²¹⁵ Ídem.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Diversas han sido las formas de abordar la noción de la verdad en el proceso judicial, una importante es la que alude a la verdad formal y verdad material. En esa línea de pensamiento, se consideró que la verdad formal correspondía a los procedimientos del orden civil y la segunda a los del orden penal, pues en éste último los veredictos invariablemente tenían que hallar sustentó en la verdad histórica de los hechos ya que, contrario al orden civil, no bastaba con la acreditación o no acreditación de los elementos de la acción o excepción para así arribar a la condena o absolución del demandado.

SEGUNDA. En el sentido anterior, para establecer la culpabilidad del acusado, en el sumario tendría que existir prueba de cargo apta y suficiente para acreditar los elementos del delito y la responsabilidad del inculpado.

TERCERA. Estimamos por nuestra parte, que estas clasificaciones evidentemente son insustanciales y resultaban meramente dogmáticas. La doctrina procesal penal no desarrolló la noción de verdad material o histórica, limitándose a reconocer que ésta aludía a la verdad fáctica, a la verdad real de los hechos, postura que ha generado implicaciones en el estándar de prueba de condena y en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

CUARTA. En efecto, si en principio no se tiene una noción de la verdad evaluable según criterios epistémicamente válidos y, además, se parte del error conceptual de que la verdad posible en el proceso es distinta a la verdad fuera del proceso, resulta vacuo cualquier estándar de prueba en el proceso judicial. Más si con apoyo de la epistemología se válida el contenido de verdad de determinada aserción, en el entendido de que ninguna ciencia es capaz de establecer verdades absolutas, podemos delimitar la verdad en el proceso penal según el grado de verosimilitud de la hipótesis, reparando en que el grado de verdad varía en función del contexto en que se sitúa.

QUINTA. De acuerdo con la concepción de la verdad material en el proceso penal, se erigieron diversos estándares de prueba, en nuestro orden, hasta antes de

la reforma constitucional en materia de justicia penal de 2008, se atendían a la prueba plena circunstancial para establecer la culpabilidad del acusado.

SEXTA. Con el sistema de justicia penal acusatorio, el Código Nacional de Procedimientos Penales incorporó el estándar de la *duda razonable*, de origen anglosajón, regla de prueba que se tuvo como la más garantista, pues se internalizó la idea de que ésta tendría el efecto de disminuir las condenas arbitrarias y a la vez reduciría las falsas absoluciones, dado que restringiría la arbitrariedad del juez al formar su convicción sobre los hechos del caso, permitiendo su posterior comprobación y control intersubjetivo por parte del imputado, la víctima y las instancias superiores.

SÉPTIMA. En este trabajo se analizó la noción de la *duda razonable* en las distintas acepciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho comparado de Estados Unidos, España, Chile y México; de donde resultó que para delimitar el estándar de prueba más allá de la duda razonable –con excepción del orden jurídico mexicano–, éstos atienden al razonamiento meramente subjetivo del juzgador o, en otras palabras, a la certeza moral de quien resuelve.

OCTAVA. Estimamos que el caso de México es particular dada la evolución de nuestra jurisprudencia fuertemente influenciada por modernas teorías del derecho y de argumentación jurídica, aproximándose cada vez más al modelo ideal de Estado democrático de derecho, proveyendo el máximo goce y protección de los derechos fundamentales del ciudadano.

NOVENA. La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Constitucional ha delineado algunas directrices de la noción de la duda razonable, exigiendo el cumplimiento de las garantías procesales de verificabilidad, de comprobación o refutación y de convicción justificada, para excluir la actualización de la duda razonable con respecto a la hipótesis acusatoria. Sin embargo no dispone de criterios objetivos en cuya función se pueda determinar la verdad de la aserción acusatoria y, por ende, excluir la posibilidad de la duda razonable.

Lo expuesto nos lleva a formular la siguiente:

PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE EN LA SENTENCIA PENAL

Toda vez que la decisión sobre los hechos se fundamenta en la elección de la reconstrucción de ellos que, desde las pruebas, recibe un grado adecuado de confirmación.

Los hechos entran al proceso como enunciados o conjunto de enunciados que describen las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del caso, de modo que son productos lingüísticos que se ocupan de acontecimientos acaecidos en la realidad empírica.

Como la verdad de los hechos implica, necesariamente, la verdad de los enunciados o del conjunto de enunciados que describen los hechos relevantes para la decisión, el juez deberá valorar racionalmente las pruebas según los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, con el objeto de fundamentar la sentencia en la reconstrucción verídica –enunciados o conjunto de enunciados– de todos los hechos relevantes de la causa.

Y para verificar si la hipótesis acusatoria satisfizo el estándar de *prueba más allá de la duda razonable*, la autoridad jurisdiccional deberá verificar que la aserción de culpabilidad supere la hipótesis de inocencia sustentada por la defensa o bien, aquella derivada del principio de presunción de inocencia.

Así, la hipótesis acusatoria tendrá que formular aseveraciones más precisas que la contrahipótesis de la defensa, y estas aseveraciones tendrán que hallar soporte en pruebas empíricas; tendrá que tomar en cuenta y explicar más hechos que la teoría de inocencia; tendrá que describir y explicar los hechos con mayor detalle que las hipótesis en conflicto con ella; si la hipótesis acusatoria sugiere pruebas científicas, éstas deberán apoyar la reconstrucción sustentada en la misma; y, finalmente, deberá unificar o conectar varios hechos entre sí, inconexos en la hipótesis de inocencia.

Caso contrario, de faltar alguno de los citados requisitos, será dable afirmar la *duda razonable* sobre la culpabilidad del acusado, imperando el principio

fundamental de presunción de inocencia propio del Estado democrático y social de derecho.

En suma, el estándar propuesto reúne postulados epistémicos para evaluar la certeza de la hipótesis y permite el control intersubjetivo de la misma, lo que no se limita a la simple motivación de la convicción moral del juzgador. Y la noción de verdad como grado de verosimilitud con relación al norte que podríamos identificar con la certeza absoluta, que si bien ninguna ciencia permite establecerla, es el punto de referencia al que se aspira llegar, y esto vale tanto en el contexto del proceso judicial como para aquellos fuera del mismo. Por ende, la evaluación crítica y analítica de la hipótesis de culpabilidad, expuesta en las razones de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia, de donde se concluya la superioridad de aquélla respecto a la de inocencia del acusado, lleva a afirmar la existencia de la prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abel Lluch, Xavier, *Derecho probatorio*, España, Bosch Editor, 2012.
2. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
3. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, S.A. Editores, 1956.
4. Aragonese Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, Aguilar, 1960.
5. Armienta Calderón, Gonzalo M., *Teoría General del Proceso, Principios, Instituciones y Categorías Procesales*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
6. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, México, Ángel editor, 2000.
7. Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código*, vol. I, 2ª ed., trad. de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
8. Camarena Grau, Salvador y Ortega Lorente, José Manuel, *Procedimiento penal abreviado, vol. I. Preparación del juicio oral*, Valencia, España, Ediciones Foro Jurídico, 2010.
9. Carnap, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, trad. de César N. Molina, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1963.
10. Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Penal, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal*, vol. 2, México, Oxford University Press, 1999.
11. —, *La prueba civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982.
12. Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Chile, Librotecnia, 2008.

13. Couture, Eduardo Juan, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1958.
14. Climent, Durán, Carlos, *La prueba penal*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999.
15. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal Civil, parte general*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1963.
16. Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002.
17. De Urbano Castillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Navarra, España, Aranzadi, 1997.
18. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*; pról. de Norberto Bobbio; trad., de Perfecto Andrés Ibáñez (et al.), 2ª ed., Madrid, España, Editorial Trotta, 1997
19. Fierro-Méndez, Heliodoro, *La prueba ilícita e ilegal. Efectos jurídicos en el proceso penal*, Bogotá, Colombia, Leyer, 2010
20. Franklin, James, *The science of conjecture: Evidence and probability before Pascal*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 2001.
21. García Muñoz, Pedro Luis, (et al.), *Estudios sobre la prueba penal*, vol. I, directores: Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González, Madrid, Wolters Kluwer España, 2010.
22. Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Madrid, España, Editorial Colex, 1999.
23. Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Argentina, Ad-Hoc, 2002.
24. Hassemer, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
25. Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva*, trad. de Patricia S. Ziffer, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 1998.

26. Hernández Franco, Juan Abelardo, *Dialéctica y racionalidad jurídica. Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*; pról. de Rodolfo Vigo, México, Porrúa, 2006.
27. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Dato de prueba en el proceso acusatorio y oral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
28. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, vol. I, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
29. —, *Derecho procesal penal chileno*, vol. II, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
30. Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Bogotá, Colombia, Temis S.A., 2009.
31. Jakobs, Günther, *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
32. Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal–Culzoni Editores, 2002.
33. Jiménez Martínez, Javier, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, México, Editorial Flores, 2013.
34. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Argentina, Colihue, 2007.
35. Laudan, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal; presentación y aporte de Edgar R. Aguilera García*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2011.
36. Lafrance, Arthur B. y Loewy, Arnold H., *Criminal Procedure. Trial and sentencing*, Cincinnati, United States, Anderson Publishing Co., 1994.
37. Langbein, John H., *The origins of adversary criminal trial*, New York, Oxford University Press, 2003.
38. Lynch, Michael P., *La importancia de la verdad. Para una cultura pública decente*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Barcelona, Paidós, 2005.
39. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., México, Tirant lo Blanch México, 2012.

40. Navarro Albiña, René David, *Bases para una sana crítica. Lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico*, Santiago de Chile, Ril Editores, 2014.
41. Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, España, Marcial Pons, 2013.
42. Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3ª ed., México, Harla, 1989.
- 43.– *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., México, Oxford University Press, 2005.
44. Popper, Karl R., *Escritos selectos*, David Miller comp., trad. de Sergio René Madero Baéz, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
45. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, ed. Trotta, 2013.
46. Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, España, Marcial Pons, 2011.
47. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., trad. de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, del Puerto, 2003.
48. Sentís Melendo, Santiago, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, 1945.
49. Simon, Dan, *In doubt. The Psychology of the criminal justice process*, London, England, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2012.
50. Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*; pról. de Alberto M. Binder, Buenos Aires, Argentina, Del Puerto, 2013.
51. Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1988.
52. Taruffo, Michele, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- 53.– *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2011.
- 54.– *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

55. Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Nueva visión, 1972.
56. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005.
- 57.– *Criminología. Aproximación desde un margen*, vol. I, Bogotá, Colombia, Editorial Temis S. A, 1988.
58. Zamora Pierce, Jesús, *Juicio oral utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011.

HEMEROGRAFÍA:

1. Carnevali Rodríguez, Raúl y Castillo Val, Ignacio, *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*, Revista *Ius et Praxis*, año 17, n° 2, 2011, p. 100.
2. Emiro Restrepo, Jorge, *Inferencias inductivas y deductivas: una revisión desde la lógica clásica, la teoría de conjuntos y la cognición humana*, Revista de filosofía.
Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/restrepo45.pdf>.

LEGISLACIÓN NACIONAL:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014, México.
2. Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014, México.
3. Código Federal de Procedimientos Penales, 2014, México.
4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2014, México, GODF.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

1. Aguilar López, Miguel Ángel, Módulo VII, Ensayo: *La prueba en el sistema acusatorio* [en línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
Disponible en:

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf>.

2. Martín Ostos, José, Modulo V, Ensayo: *La prueba en el proceso penal acusatorio* [en línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

Disponible en:

<http://www.sitios.scjn.gobmx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20%20PRUEBA%20%20EN%20%20EL%20%20PROCESO%20%20PENAL%20%20ACUSATORIO%20%28Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos%29%20Modulo%20V.pdf>.

3. Módulo IV para defensores públicos, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano* [en línea], Colombia, Defensoría del Pueblo, 2005.

Disponible en:

<file:///C:/Users/Hogar/Downloads/LA%20PRUEBA%20SIST.%20PENAL-%20ACUS.%20COLOMBIA%20DEFENSORES.pdf>.

4. Whitman, James Q., *The origins of reasonable doubt* [en línea], United States, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 1, 2005.

Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1.

5. Semanario Judicial de la Federación [en línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Semanario-Index.aspx>.

6. Base de datos de fallos completos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina [en línea], Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, 2015.

Disponible en:

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta>.

7. Buscador de jurisprudencia del Tribunal Supremo de España [en línea], España, Tribunal Supremo de España, 2015.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

DICCIONARIOS:

1. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22.^a ed. Madrid, España, 2012.