

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ANÁLISIS COMUNICATIVO DE LOS INTERROGATORIOS JUDICIALES”

Por

VERÓNICA RODRÍGUEZ NAVA

ASESOR

DOCTOR ARTURO BERUMEN CAMPOS

Ciudad Universitaria, verano del 2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 275/SOPF/08

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

La alumna **RODRÍGUEZ NAVA VERÓNICA**, con número de cuenta **092121865**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Maestro **ARTURO BERUMEN CAMPOS**, la tesis profesional titulada **"ANÁLISIS COMUNICATIVO DE LOS INTERROGATORIOS JUDICIALES"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Maestro **ARTURO BERUMEN CAMPOS** en calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que la aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"ANÁLISIS COMUNICATIVO DE LOS INTERROGATORIOS JUDICIALES"**, puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **RODRÍGUEZ NAVA VERÓNICA**.

En la sesión del día 2 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 aquel 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".



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, A 15 DE AGOSTO DE 2008.


LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Ministerio

RECONOCIMIENTO Y DEDICATORIA

Mi preceptor, Arturo Berumen Campos, respetado catedrático en diversas instituciones educativas, entre las que destaca la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien con el ejercicio de su vocación magisterial, mediante sus clases, sus libros, artículos y conferencias, contribuye día a día, en la portentosa tarea de aterrizar en la práctica la filosofía del derecho, y con ello simultáneamente al ennoblecimiento de la abogacía, así como a su reivindicación moral. Reciba todo mi reconocimiento, el paradigma del maestro que hace del derecho y su enseñanza, todo un arte.

La premisa sobre la cual descansa esta obra es el reconocimiento recíproco como fundamento de la moral; y si con alguien aprendí su pleno sentido, fue con el profesor Octavio Vázquez, mi entrañable, sorprendente, admirable y siempre presente entrenador de tenis, porque mi encuentro con este deporte en la Universidad bajo su dirección, significó un camino insospechado para reencontrar mi esencia y reconstruir mi personalidad, elementos que desde hacía tiempo había convertido en mis blancos de muerte. Hombres como usted justifican la grandeza de la condición humana.

Por un sino misteriosamente tejido, el vórtice de mis pensamientos halló reposo en la serenidad del lago de tu alma, allende de tus ojos color vino luminoso. Rodeado por ese aire de poder del aristócrata de gran inteligencia y de carácter, discriminador y selectivo, que abjura de todo lo que es mediocre o mundano, para volverse majestuoso, radiante y espiritual. Eduardo Marín, no hay enigma en este encuentro, que sí estaba anunciado, urdido en nuestras voluntades, para reconstruir las formas destrozadas.

Dice Alejandro Jodorowsky: Sin padre y sin madre no hay hijo, para saber a dónde se va se tiene que saber de dónde se viene. *“El trabajo consiste en devolver el corazón de los padres...a sus hijos. Esto confirma...que...actualmente y por lo general, el corazón de los padres no se da a los niños sino a los propios padres, la humanidad ha padecido mucho a estos padres y madres que no están consagrados sino a sí mismos en vez de preparar el camino y de trabajar para el niño en tanto que niño, y no en tanto que prolongación narcisista de los padres. Los*

progenitores no se han... transformado en seres completos que crean un nuevo ser completo... Únicamente un padre sin rostro y una madre sin rostro pueden dar vida a un niño que no tenga rostro. Es una labor muy ardua.”. La pregunta es: ¿nosotros tenemos rostro?, lo que es un hecho es que nunca nadie triunfa sólo... a Irra y a Chimi.

Cuando las personas no sólo permanecen unidas sobre el tiempo y el espacio, sino que cuando se reencuentran se vuelven a reconocer, entonces resurge la chispa de la alegría...por nuestra amistad Bere. Y gracias a ti Jacqueline Ortiz, por el gusto de la complicidad con una mente brillante, que también puede hallar divertido un comentario irónico, para expresarlo con una sonrisa exultante y con una mirada casi maliciosa, igual que la de lo niños que han hecho una travesura.

En un ambiente en el que nadie le concede importancia a la educación, es para mí de gran valor el reconocimiento expreso que les he merecido cronológicamente, a mis tíos: Norberto Rubí, a Don Gildardo Cano, a Jorge Rodríguez Romero y a Rosendo Cano. Por el honor de mi familia, porque soy la primera universitaria.

Verónica Rodríguez Nava.

ÍNDICE

	Págs.
Introducción.....	8
Abreviaturas.....	12

CAPÍTULO 1. DISCURSO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

1.1. Hacia la ética del discurso jurídico.....	13
1.2. Reconocimiento recíproco.....	25
1.3. El mundo de la vida.....	29
1.4. Lenguaje objeto y metalenguaje.....	32
1.5. El acto de habla.....	33
1.6. Semiótica jurídica.....	35
1.7. Acción comunicativa.....	37
1.7.1. Primera etapa. Pretensiones de validez de los actos de habla.....	38
1.7.2. Segunda etapa. Problematización de las pretensiones de validez.....	40
1.7.3. Tercera etapa. Desempeño de las pretensiones de validez.....	41
1.8. Ética del discurso.....	42
1.8.1. La ética en el discurso legislativo.....	48
1.8.2. La ética en el discurso judicial.....	49
1.9. Estructura lógica de la prueba judicial.....	50
1.9.1. La verdad como correspondencia, como coherencia y como consenso.....	50
1.9.2. El modelo garantista.....	51
1.9.3. Esquema modus ponens o de acusación.....	58
1.9.4. Esquema modus tollens o de defensa.....	60
1.9.5. Esquema de la defensa por modus ponens.....	61
1.9.6. Esquema de la acusación por modus tollens.....	61
1.9.7. Hacia la verdad más probable.....	62
1.10. Redeterminación ética-jurídica.....	63

CAPÍTULO 2. DISCURSO JURÍDICO DE LOS INTERROGATORIOS EN EL JUICIO CIVIL Y SU ANÁLISIS COMUNICATIVO.

EL PROCESO JUDICIAL.....	66
EL PROCESO CIVIL.....	67
2.1. EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.....	67
2.1.1. La etapa probatoria.....	69
2.1.1.1. Concepto de prueba.....	70
2.1.1.2. Principios rectores de la actividad probatoria.....	70
2.1.1.3. Carga de la prueba, ¿a quién le corresponde probar?.....	73
2.1.1.4. Objeto de la prueba, ¿qué se prueba?.....	75
2.1.1.5. Procedimiento probatorio, ¿cómo se prueba?.....	76
2.1.1.6. Valoración de las pruebas, ¿qué valor tiene la prueba?.....	81
2.1.1.7. Formación de la decisión judicial.....	83
2.1.1.8. La sentencia.....	84
2.1.1.9. Medios de prueba, ¿con qué se prueba?.....	85
2.1.2. Discurso jurídico de la prueba confesional civil.	
2.1.2.1. Concepto de confesión.....	87
2.1.2.2. El objeto de la confesión y sus clases.....	89
2.1.2.3. Formalidades de la confesión judicial provocada.....	95
2.1.2.4. Confesión y testimonio o declaración de parte.....	103
2.1.3. Análisis comunicativo de la prueba confesional civil.	
2.1.3.1. Problematización del interrogatorio operativo en la confesión civil.	
2.1.3.1.1. Racionalidad del interrogatorio de la confesión civil.....	105
2.1.3.1.2. El enigma de la frase “diga si es cierto como lo es”.....	113
2.1.3.1.3. La protesta de decir verdad.....	118
2.1.3.1.4. El metalenguaje y el acta de la diligencia de la confesión civil.....	120
2.1.3.2. Desempeño del interrogatorio de la confesión civil.....	123
2.1.3.3. Coordinación comunicativa y confesión civil.....	132
2.1.3.4. Redeterminación ética-jurídica de la prueba confesional civil.....	136

2.1.4. Discurso jurídico de la prueba testimonial civil.	
2.1.4.1. El objeto del testimonio, concepto de testigo y su clasificación.....	140
2.1.4.2. Deber y capacidad para ser testigo.....	141
2.1.4.3. Tachas.....	143
2.1.4.4. Formalidades en la prueba testimonial.....	143
2.1.5. Análisis comunicativo de la prueba testimonial civil.....	147
2.1.5.1. Desempeño del interrogatorio de la testimonial civil.....	149
2.1.5.2. Coordinación comunicativa y testimonial civil.....	152
2.1.6. Discurso jurídico de la prueba pericial civil.	
2.1.6.1. Concepto, objeto de pericia y clases de peritos.....	155
2.1.6.2. Formalidades en la prueba pericial.....	157
2.1.6.3. Peritos y testigos.....	159
2.1.7. Análisis comunicativo de la prueba pericial civil.....	160
2.1.7.1. Desempeño del interrogatorio de la pericial civil.....	161
2.1.7.2. Coordinación comunicativa y pericial civil.....	164

CAPÍTULO 3. DISCURSO JURÍDICO DE LOS INTERROGATORIOS EN EL JUICIO PENAL Y SU ANÁLISIS COMUNICATIVO.

El proceso penal y los sistemas de procesamiento.....	167
3.1. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.	
3.1.1. Actos procedimentales que integran la averiguación previa.....	170
3.1.2. Clases de consignación.....	172
3.1.3. No ejercicio de la acción penal.....	174
3.2. EL PROCESO.	
3.2.1. La preinstrucción.	
3.2.1.1. Auto de radicación.....	176
3.2.1.2. Declaración preparatoria.....	178
3.2.1.3. Resolución del término constitucional.....	179
3.2.2. La instrucción. Las pruebas.	
3.2.2.1. Carga de la prueba y procedimiento probatorio.....	181

3.2.2.2. Los medios de prueba, su valor y la sentencia.....	184
3.3. Un análisis comunicativo del proceso penal mexicano.....	186
3.4. Desempeño de los fundamentos jurídicos para interrogar en el proceso penal.	
3.4.1. Principios jurídicos para interrogar en el proceso penal.....	195
3.4.2. La teoría del delito, factor que guía subrepticamente el interrogatorio.....	198
3.5. Discurso jurídico de la prueba confesional penal.	
3.5.1. Concepto de confesión.....	200
3.5.2. Clasificación, retractación, y requisitos legales para obtener la confesión.....	202
3.6. Análisis comunicativo de la prueba confesional penal.....	203
3.6.1. Desempeño del interrogatorio de la confesión penal.....	204
3.6.2. Coordinación comunicativa y confesión penal.....	208
3.6.3. Redeterminación de la confesión penal.....	214
3.7. Discurso jurídico de la prueba testimonial penal.	
3.7.1. Concepto de testigo, y la obligación de ser testigo.....	217
3.7.2. Requisitos del testimonio.....	220
3.8. Análisis comunicativo de la prueba testimonial penal.....	222
3.8.1. Desempeño del interrogatorio de la testimonial penal.....	223
3.8.2. Coordinación comunicativa y testimonio penal.....	228
3.8.3. Redeterminación de la prueba testimonial penal.....	233
3.9. Discurso jurídico de la prueba pericial penal.....	236
3.10. Análisis comunicativo de la prueba pericial penal.....	238
3.10.1. Desempeño del interrogatorio de la pericial penal.....	239
3.10.2. Coordinación comunicativa y pericial penal.....	241

CAPÍTULO 4. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA PRUEBA JUDICIAL Y EL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN

4.1. Juegos del lenguaje.....	244
4.1.1. Hipótesis de la acusación.....	246
4.1.2. Hipótesis de la defensa y crítica comunicativa.....	256
CONCLUSIONES.....	269
ANEXOS, BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y PÁGINAS WEB.....	277

INTRODUCCIÓN

Se ha definido al derecho como un sistema de normas de conducta (de primer grado), de competencia (de segundo grado), de principios morales (de tercer grado), de ideas, de exigencias morales e ideologías (de cuarto grado), las cuales regulan coactivamente la conducta del hombre, sin embargo, al sistema jurídico no le es innata la moralidad, sino que es sólo una presunción.

En este sentido la ética jurídica como una disciplina del derecho tiene como objeto, redeterminar las ideologías del ordenamiento jurídico, para transformarlas en principios morales que propicien el reconocimiento recíproco entre los individuos, mediante la crítica comunicativa racional a las normas de conducta y de competencia, pues por medio de la ética jurídica se critican y se redeterminan los preceptos jurídicos antes de aceptarlos tal y como son¹.

El estudio que a continuación presento, versa precisamente sobre la racionalidad de la comunicación jurídica, lo que implica reconocer al derecho como lenguaje, esta sí una cualidad inherente del mismo, pues si se reflexiona se admitirá que es por razón del lenguaje como se realiza todo proceso jurídico normativo. Por ejemplo los debates y acuerdos legislativos generadores de leyes que eventualmente regularán otros procesos de comunicación para dar sentido a su misma aplicación; también puede confirmarse en la práctica de un juicio o de un contrato y hasta en la infracción de tránsito, en todo aquello que se realice dentro del ámbito del derecho, porque supone ineludiblemente la interacción lingüística entre los sujetos afectados.

Y si el derecho es lenguaje entonces es susceptible de analizarse con el modelo de la comunicación racional de Habermas. La finalidad de un examen de esta índole, es verificar la validez discursiva de las normas jurídicas, lo cual se realiza por medio de la crítica y la redeterminación de los procedimientos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales, con los cuales se aplican dichas normas.

¹ Berumen, Campos Arturo. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 2000. pp. 200 y 201.

En esta ocasión el objeto de estudio son los procesos penales y civiles, en lo concerniente a las pruebas confesional, testimonial y pericial; y el objetivo específico será establecer la medida en que los interrogatorios judiciales cumplen con la racionalidad comunicativa. La hipótesis principal es la siguiente: la probable verdad judicial, está relacionada en gran medida, con la racionalidad del discurso jurídico de los interrogatorios judiciales realizados por las partes en los procesos judiciales.

Primera parte

En este apartado se dispone la exposición de la base teórica del proyecto, cada tema eventualmente se constituirá como una herramienta lingüística para el estudio propuesto. A reserva de que en su oportunidad se presente la explicación pertinente, parece adecuado ir mencionando dichas herramientas comunicativas, con el único fin inicial, de acercar al lector con la terminología de este trabajo, la cual podrá ser cotejada al final de la lectura.

Por ejemplo, la preinterpretación del mundo de la vida de Habermas, puede servir de herramienta para criticar las preinterpretaciones que subyacen en las normas y las prácticas de los interrogatorios judiciales. También se ha programado la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje, como método para comprobar la verdad como coherencia o como correspondencia en el discurso de los interrogatorios judiciales.

La teoría de los actos de habla para clasificar el discurso en actos de habla regulativos, constatativos, emotivos, o performativos, además para identificar elementos ilocucionarios y proposicionales, o en su caso, diferenciar elementos perlocucionarios; la semiótica jurídica para el estudio de la sintaxis, semántica y pragmática de los actos de habla, que a la vez, son retomadas por la acción comunicativa, aunque formuladas como pretensiones de validez de claridad, de verdad, de veracidad y de rectitud.

La teoría de la acción comunicativa propiamente dicha se refiere a la necesidad de establecer las condiciones indispensables para crear una situación ideal de comunicación, con el fin de satisfacer pretensiones de validez de los actos de habla, a través de la asunción de actitudes hipotéticas entre los interlocutores, dirigida a lograr la imparcialidad judicial, en este caso.

Luego, en esta misma vertiente, la ética del discurso de Apel previene sobre las dificultades de cumplir indefectiblemente con la ética de los principios, como le ha denominado al planteamiento de la acción comunicativa de Habermas, ante la dificultad centrada en la realidad de diferentes niveles de conciencia ética entre los interlocutores, lo cual haría casi imposible, conseguir acuerdos mediante la aplicación estricta de la ética de los principios, por lo que la ética del discurso propone la adopción alternativa de la ética de la responsabilidad, para encarar el agotamiento de las posibilidades de consenso.

Un parámetro de racionalidad indispensable, es el llamado garantismo penal y la estructura lógica de la prueba judicial de Luigi Ferrajolli. Estas construcciones conceptuales tienen un diseño lógico y jurídico, con fundamento en la premisa de que la verdad judicial, únicamente es una verdad probable, por lo que el sistema penal deberá ser mínimo, excluyendo o minimizando la responsabilidad y/o la pena, si no se cuenta con argumentos racionales seguros para decretarlas.

Finamente la última herramienta lingüística es la redeterminación ética-jurídica. Este es el método dialéctico de Hegel, en la interpretación de Berumen, quien sostiene que la ideología jurídica es una concepción abstracta que origina un concepto abstracto opuesto, la crítica jurídica, y al mantener la contradicción entre ellas, es posible su reconciliación por medio de su redeterminación mutua, para generar un concepto concreto: la moral.

Segunda parte

Este apartado principia con el esbozo del proceso en general de donde surgen los interrogatorios judiciales. Enseguida se describe a grandes rasgos el proceso civil, para ahondar en el período probatorio con la exposición del discurso jurídico de las pruebas confesional, testimonial así como la pericial, para luego presentar su examen lingüístico.

Tercera parte

Esta sección se dedica a los interrogatorios que se realizan en el proceso penal. Se expone una visión panorámica del discurso jurídico de este juicio, enfatizando las pruebas confesional, testimonial y pericial, para posteriormente examinarlas comunicativamente.

Cuarta parte

En este apartado se propone el examen comunicativo de un asunto concreto a manera de ensayo práctico, es pues un primer intento de aplicación de la filosofía del derecho en los juegos del lenguaje² reales propiamente.

² Brand, Berd. *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*. Tr. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Alianza Editorial. Madrid. 1987. pp. 131-132. “*parte de una acción o de una forma de vida...*”.

ABREVIATURAS

1. CCF. Código Civil Federal.
2. CCDF. Código Civil para el Distrito Federal.
3. CPCDF. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
4. CPPDF. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
5. CFPC. Código Federal de Procedimientos Civiles.
6. CFPP. Código Federal de Procedimientos Penales.
7. CPF o CP. Código Penal Federal.
8. CPDF. Código Penal para el Distrito Federal.
9. IEDF. Instituto Electoral del Distrito Federal.
10. IFE. Instituto Federal Electoral.
11. LFRASP. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
12. LFRSP. Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
13. MPF. Ministerio Público Federal.
14. PJJF. Policía Judicial Federal.
15. PGJDF. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
16. SHCP. Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

DISCURSO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

1.1. Hacia la ética del discurso jurídico.

La ética en el discurso alude a la exigencia de utilizar un lenguaje moral, ético, racional. Y lo mismo el derecho, también le es exigible ese componente ético del lenguaje cuando se le da el tratamiento de: “conjunto de procedimientos de comunicación sujetos a reglas establecidas por medio de otros procedimientos de comunicación”¹.

La ética del discurso jurídico valdría decirse, es sinónimo de validez jurídica, o mejor dicho, la primera condiciona la segunda², por ahora sólo conviene señalar que la validez jurídica se traduce en normas eficaces y no sólo efectivas³, con ello se destaca que el *telos* de una norma jurídica válida, es su cumplimiento valorativo y no sólo deóntico, lo cual proyectado en todo el orden jurídico, facilitaría su función integradora⁴ al caracterizarse por la racionalidad discursiva.

El problema de la validez jurídica de las normas es abordado entre otros autores, por Habermas, estudioso de temas jusfilosóficos, básicamente aplica métodos de teoría del derecho, sociología jurídica, historia del derecho, teoría de la sociedad y teoría moral, asimismo emplea la

¹ Berumen Campos, Arturo. *Op. Cit.* pp. XXIV y XXV.

² Gimbernat, José Antonio. et. al. *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Biblioteca Nueva. España. 1997. p. 216. El autor aduce, el derecho válido asume la moral objetiva derivado del consenso intersubjetivo, deslindando de responsabilidad a cada individuo para hacer uso de su propia moral subjetiva al interactuar con otros, “Podría incluso afirmarse, que el derecho consigue elevar a un nivel de reflexión superior lo que en el mundo de la vida aparece difuso y disperso.”

³ Correas, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Editorial Coyoacan. México. 1994. pp. 207-253. La diferencia entre efectivo y eficaz radica en que, mientras lo efectivo implica llegar al objetivo planteado, lo eficaz significa además conseguir el efecto deseado, p.e., construir una casa puede ser un objetivo que se cumpla, y entonces, existe efectividad, pero si también es destinada para vivienda de una familia, se lograría eficiencia. Otro ejemplo sería el programa “*hoy no circula*”, que aunque ha tenido aplicación, es decir, ha sido efectivo, no consiguió ser eficaz, pues su finalidad era disminuir los índices de contaminación mediante la regulación del uso de autos, y la consecuencia fue el aumento en la compra de éstos.

⁴ García Amado, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhman*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1997. p. 18.

teoría de la acción comunicativa concretamente a la validez jurídica, la cual considera resultado de la tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez comunicativa o racional⁵.

Se entiende por facticidad de la norma jurídica, el propósito de asegurar la legalidad de los comportamientos, con el seguimiento generalizado de la norma, garantizando su obediencia a través de un elemento coactivo, mientras que la legitimidad se referirá al reconocimiento o aceptación que los destinatarios de la ley hagan de la misma como digna de obediencia; en tanto que las normas deberán estar constituidas en un doble aspecto, como leyes coercitivas y como leyes de libertad⁶.

Pero, de dónde surge la validez de las normas jurídicas, tiene que originarse en algún lugar, y Habermas se da a la tarea de encontrarlo, concluyendo que para producir validez jurídica se requiere de una estructura específica del derecho y del poder.

El autor parte del concepto del derecho entendido como medio a través del cual se realiza la dominación política, por ello la necesidad de la imposición del derecho desde el Estado, cuya fuerza fundante de legitimidad sea resultado pero simultáneamente la garantía de un procedimiento legislativo, que cuente con una presunción de racionalidad basada en la libertad.

En síntesis, si el derecho sirve al poder entonces tendrá que justificarse moralmente, para ello se precisa de un Estado de derecho o poder político legítimo, una democracia como forma de gobierno, la cual se presume, es el producto de la racionalidad del discurso, y finalmente se requiere de un orden jurídico que contemple derechos fundamentales así como las pautas para una soberanía popular⁷.

La democracia por una parte permitirá la posibilidad de participar a todos los destinatarios de la ley, coadyuvando en la operación de un Estado de derecho que actúa en una obediencia cualificada, a partir del establecimiento de presupuestos procedimentales que comprende tanto

⁵ *Ibidem*, pp. 21 y 84. La justicia en Habermas, es lo fundado éticamente con base en un procedimiento racional como la ética del discurso, estableciendo la justicia como una dimensión más de validez.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ Gimbernat, José Antonio. et. al. *Op. Cit.*, pp. 215 y 222.

derechos humanos⁸ como soberanía popular⁹. Esto es evidente porque no se podría participar en un procedimiento discursivo normativo, si no se tiene derecho a vivir, si no sé es libre, si no se tienen derechos políticos, etc. Habermas considera que los derechos fundamentales tienen un valor intrínseco por lo cual merecen reconocimiento en el orden legal, al grado que si no se contemplaran entonces ese orden jurídico no sería digno de acatarse y justificaría la desobediencia civil¹⁰.

Este planteamiento surge de la necesidad actual de legitimar el derecho ya no en un orden superior como la religión, sino en este caso en la autonomía política de las personas, entendida como la capacidad jurídica para auto-legislarse, para producir normas jurídicas válidas, que los afectados puedan consentir como partícipes de un discurso racional, bajo la premisa de que los hombres solamente pueden actuar como sujetos libres, en la medida en que únicamente, obedecen aquéllas leyes de las que ellos mismos se dotan conforme a su comprensión intersubjetiva¹¹.

La autonomía política de las personas es el resultado del equilibrio dinámico entre autonomía privada y autonomía pública de los individuos, ambas se posibilitan recíprocamente, así una persona jurídica con autonomía privada, ejerciendo sus derechos de ciudadano, puede considerarse autor de los derechos a los que como afectado debe obediencia, y en razón de los cuales, puede actuar jurídicamente. En tanto, la soberanía popular se enumera en los derechos de participación y comunicación de los ciudadanos, esta sería la autonomía pública.

⁸ García Amado, Juan Antonio. *Op. Cit.*, p. 29. Habermas aclara, se trata de derechos fundamentales como principios jurídicos y no como derivaciones del derecho a la libertad; p.e., la libertad de acción privada en la que el sujeto no justifica su actuar privado, la libertad de acción pública para participar en la creación de la ley y permitir que el ciudadano se vincule al estar de acuerdo con la misma, el derecho derivado del *status* de ciudadano relativo a la pertenencia a una sociedad, el derecho a solicitar impartición de justicia o protección jurídica individual, etc., además de los derechos políticos que posibiliten alcanzar el rol de auto-legisladores que aseguren la participación de los ciudadanos, como la igualdad para participar en procesos legislativos.

⁹ El autor la define como: “*poder que circula comunicativamente y vincula la administración del Estado*”. La soberanía popular se relaciona con los derechos fundamentales de manera simbiótica como señala García Amado al decir: “*El buscado nexo interno entre derechos humanos y soberanía popular consiste en que a través de los derechos humanos deben cumplirse las exigencias de una institucionalización jurídica, de una praxis ciudadana del uso público de libertades comunicativas.*” *Ibidem*, pp. 30-42.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 28, 94-98. Habermas explica que la lucha por la transformación del derecho reordena a la ética del discurso para operar como ética política, asimismo, que la desobediencia a una norma válida, deberá estar prevista en el ordenamiento legal, pues deberá tratarse de desobediencia civil, de manera que el acto ilegal, sin embargo, sea legítimo, identificado como un principio activador del dinamismo del sistema jurídico, en la búsqueda de un nuevo consenso.

¹¹ Gimbernat, José Antonio. et. al. *Op. Cit.*, p. 215.

Cuando ambos momentos, autonomía privada y pública trabajan correctamente¹², se logra la autonomía política al tiempo que la posibilidad de auto-organización de una comunidad, dotada de sus propias normas por la voluntad soberana del pueblo. En ese momento el derecho se legitima como el medio que garantiza por igual a las personas, autonomía privada y pública, como un auténtico instrumento de dominación política.

El problema es vincular los dos conceptos, pues los derechos fundamentales no se pueden imponer al legislador, he ahí la utilidad de la teoría del discurso que permitiría revisar el procedimiento democrático legislativo, como único medio que podría fundar la legitimidad de las normas jurídicas. Como puede observarse, para Habermas el discurso legislativo se presume racional en principio. Es pues en este discurso donde habrían de coincidir la moral y el derecho, mientras que los problemas ético-jurídicos se presentarían en la aplicación normativa.

Luego, si lo anterior se vincula con la concepción del orden legal como un sistema, se obtendría que la validez jurídica se deriva; de ahí que si el discurso legislativo calificara en su eticidad entonces podría suponerse en derivación, que el discurso judicial también sería ético, y así sistemáticamente; sin embargo no es necesariamente así, porque la ética no es un atributo inherente del discurso en general, y especialmente no parece serlo en el lenguaje del derecho, pues la ética del discurso es una presunción que puede o no cumplirse, pero a la que debe aspirarse; y esta es la principal razón de hacer estudios comunicativos.

La legalidad entendida como congruencia de las partes con el todo, sin duda es el primer paso hacia la validez jurídica, en tanto cada norma refleje en lo particular el procedimiento discursivo racional, es decir, la idea de un orden jurídico válido descansa en la debida fundamentación de cada uno de sus componentes, los cuales deberán ser compatibles con los principios éticos discursivos para dotar de legitimidad al orden legal¹³.

¹² Gimbernat, José Antonio. et. al. *Op. Cit.*, p. 213. Para Habermas la autonomía privada y pública son aspectos de una misma cosa, sin privilegiar ni a los derechos humanos, ni a la soberanía popular, trata de superar los defectos del estado social y del estado liberal en su paradigma procedimental del derecho, empleando la ética del discurso para sostener el equilibrio de la autonomía.

¹³ *Ibidem*, p. 45.

Tal sería el ideal discursivo, pero no sería extraño como ocurre de hecho, encontrarse con normas jurídicas irracionales, lo cual tampoco autoriza a declarar la invalidez de todo el orden jurídico, antes habría que examinarlo discursivamente para determinar lo que puede conservarse y lo que habrá de superarse.

El discurso moral debe ser la guía del discurso jurídico, lo cual puede comprenderse si se tiene en cuenta que el derecho tiene limitaciones de tiempo y espacio, al ser creado en y para un grupo social determinado, congelando la idiosincrasia del momento; la moral en cambio va más allá, sus pretensiones son universales. Pero para que pueda coincidir derecho y moral, se requiere de un trabajo interior de los hombres.

Habermas compara la transición histórica de una conciencia moral universalista¹⁴, con la etapa de desarrollo de los jóvenes en la adquisición de una conciencia moral post-convencional¹⁵, ambas surgen como reacciones al entorno normativo establecido que se torna cuestionable, urgido de fundamentación, y el único medio que parece satisfacer las pretensiones normativas de validez es la argumentación.

La transición implica una nueva comprensión de las pretensiones normativas de validez como una validez intersubjetiva, expresión de un hipotético consenso libre entre los afectados por la norma. Ésta es la esencia de la ética del discurso como método procedimental¹⁶, basado en la argumentación y en la sustitución de criterios materiales¹⁷ característicos de una conciencia moral convencional. En esa medida, el presupuesto para la adquisición de una conciencia moral post-convencional, será la asunción de actitudes hipotéticas e intuiciones reflexivas que cuestionen y critiquen el contexto normativo establecido.

¹⁴ “...proceso en el que se torna socialmente activa la conciencia de que no existen fundamentos inquebrantables de posible validez, y de que una red de vigorosos elementos compartidos sólo se puede tejer, y robustecer una y otra vez, empleando los medios de una praxis comunicativa y argumentativa”. Wellmer, Albrecht. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Tr. Fabio Morales. UAM-I. México. 1994. p. 180.

¹⁵ Ver *infra* inciso 1.8. Ética del discurso.

¹⁶ Habermas retoma la moral “...en un concepto de razón procedimental y comunicativa...”. Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. INACIPE. México. 2000. p. 17. Asimismo se dice que, “...la validez del derecho no deriva de su contenido, sino de sus procesos de creación.” Gimbernát, José Antonio. et. al. *Op. Cit.*, p. 211.

¹⁷ Lo tradicional, aceptado sin reservas, adquirido por costumbre.

La ética del discurso es desarrollada a partir de la reformulación ética-discursiva del imperativo categórico de Kant, que reza del siguiente modo: *“Así pues, toda norma válida debe satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que su observancia generalizada tiene (previsiblemente) para la satisfacción de los intereses de cada individuo, puedan ser aceptados por todas las personas afectadas, y preferidos a los efectos que tendrían las opciones alternas de reglamentación posibles conocidas”*¹⁸. Dicha aceptación deberá de ser libre, sin coacción, como efecto de una situación ideal de comunicación. Habermas también le llama regla de argumentación porque guía el sentido de la misma.

La comunicación racional de Habermas supone la asunción de actitudes hipotéticas de los interlocutores, no buscando la justicia de las normas, sino como máxima, como un principio subjetivo de la acción que no tiene que ver con obligaciones morales, sino *“...Mas bien, el postulado...exige reflexionar acerca de si yo desearía vivir en un mundo en el que todos estuvieran obligados por una ley natural para actuar (en especial con respecto de mi) como lo sugiere mi máxima; si yo en suma, podría desear que la manera de actuar expresada por mi máxima se convierta en general”*¹⁹.

Aunque el hecho de que previa reflexión, alguna persona desee una manera de actuar en una situación específica, por sí misma no le otorga obligatoriedad, sólo adquiere sentido mediante el imperativo categórico, el cual permitirá saber lo que es debido o moralmente indeclinable, *“...no me está permitido realizar una acción p en una situación S, si no puedo desear que la manera de actuar correspondiente se convierta en general”*²⁰, pues en los juicios morales en primera instancia cada uno se confronta consigo mismo. Wellmer sintetiza todavía más la reformulación ética discursiva del imperativo categórico: *“Actúa, sólo conforme a máximas, de las que nosotros podamos desear que sean reconocidas como leyes generales”*²¹.

¹⁸ Wellmer, Albretch. *Op. Cit.*, p. 80.

¹⁹ *Ibidem*, p. 87.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 89.

La versión de Habermas de la teoría del discurso establece así, la validez de las pretensiones que puedan ser objeto de consenso cuando cumplan con las condiciones de una situación ideal de habla, con ese fin estructuró un esquema relativo a la oportunidad equitativa entre los participantes para emitir actos de habla y a la liberalidad en los cambios de planos del discurso²².

En una situación ideal de comunicación donde las posibilidades de comprenderse mutuamente están presentes y se encuentran argumentando personas racionales así como juiciosas, se anticipa un posible consenso racional, en tanto que se estima tutelada la interacción por el principio ético discursivo, el cual obligaría a actuar a los participantes como de hecho cada quien actuaría, aunque con la orientación de un juicio invariablemente hipotético²³.

Una situación ideal de comunicación se supone satisfecha cuando se trata de una argumentación seria²⁴, con la expectativa de derivar más no forzar un consenso racional, esto último desembocaría en un pseudoconsenso. De tal manera que cada participante adquiere obligaciones discursivas como la de exponer cualquier argumento relevante o responder objeciones sin buscar inexorablemente el acuerdo²⁵.

Ergo, la comunicación racional es útil en la obtención de percepciones de racionalidad o dicho de otro modo, en la obtención de apreciaciones intersubjetivas de estar en lo cierto, como medida para generar o identificar la ética en el discurso, no como fórmula infalible para crear la eticidad. Wellmer define la racionalidad como la apreciación correcta de sí mismos, del mundo y

²² *Ibidem*, pp. 95 y 130. Tales normas dirigen el discurso y la conducta de los participantes para que se den trato de compañeros con iguales derechos, tales como contradecir, interrumpir, comenzar de nuevo, pedir que se continúe la argumentación, aportar nuevos puntos de vista, son normas que propician el reconocimiento mutuo.

²³ "...idea de una comprensión mutua ideal como un querer-y-poder-entenderse-una-y-otra-vez, y al mismo tiempo... la idea de un consenso racional en perpetua renovación". *Ibidem*, p. 115.

²⁴ García, Amado Juan Antonio. *Op. Cit.*, pp. 77 y 78. Habermas presume que cuando se inicia una comunicación entre personas que se reconocen como racionales, argumentar racionalmente se convierte en una obligación, al tratar de buscar un consenso libre, ya no como gesto de buena conciencia o como recomendación para convivir, por lo que un actuar egoísta, manipulando, violentando sería de acuerdo al autor, una "contradicción pragmática...La comunicación sólo tiene como razón y sentido el entendimiento mutuo, lo que no permite a nadie eludir las condiciones para realizar la comunicación racional. El lenguaje se eleva entonces como opción ante la violencia social".

²⁵ Apel sostiene, "De las presuposiciones inherentes a nuestro hablar y argumentar habrían surgido ideales de realidad que nosotros, en cuanto hablantes y argumentantes, estaríamos obligados a materializar (he aquí la quintaesencia de la ética del discurso)". Wellmer, Albrecht. *Op. Cit.*, p. 107.

de situaciones ajenas, la percepción acerca de la certeza de mis razones o nuestras razones, previa convicción individual o colectiva, lograda también a través de razones. Sin embargo no debe confundirse la verdad con la racionalidad²⁶.

La verdad consensual hace referencia al acierto de las razones expuestas, y la racionalidad a la apreciación personal de estar en lo cierto. Además, no es regla general su presuposición mutua, porque la *“racionalidad y verdad consensuales sólo coinciden desde la perspectiva interna de las personas involucradas”*²⁷, por lo que no sería válido inferir la verdad consensual de la racionalidad del consenso, ni la falsedad, de un consenso irracional²⁸.

Enseguida, Wellmer identifica en la ética del discurso una función cercioratoria. Cada participante debe estar convencido de antemano de que las suyas son buenas razones, aunque únicamente se podrá discernir argumentando en una situación ideal de habla, premisa necesaria para reconocer los mejores argumentos, aquéllos que tengan consideraciones por el bien común. Entonces la ética del discurso operará también como un mecanismo de la sociedad, para verificar la producción de normas jurídicas que procuren el bien común, que sean generales y públicas. En esta función se puede observar una relación entre la validez de las pretensiones de verdad y la comunidad del mundo²⁹ manifiesta en la expresión *“común acuerdo”*.

Inicialmente nos es común el lenguaje porque lo necesitamos para entendernos, de modo que se hacen acuerdos espontáneos, fácticos o naturales con respecto al uso de las palabras. Pero dichos acuerdos, además de referirse a definiciones y reglas lingüísticas, también implican acuerdos sobre juicios morales, creencias, etcétera.

Posteriormente ese lenguaje formado de manera natural puede someterse a un análisis comunicativo con el fin de convertirlo en un lenguaje apropiado, generado por consenso racional y con pretensiones de verdad. Tal empresa requerirá primero, de convencerse y acordar sobre la

²⁶ Wellmer, Albrecht. *Op. Cit.*, pp. 95-132.

²⁷ *Ibidem*, p. 97.

²⁸ Un consenso racional puede ser autorizado con un contenido verdadero en un momento dado, que a la postre se verifique como parcialmente verdadero o incluso erróneo, pero ello no faculta para calificar a ese consenso progenitor como irracional, como tampoco sería justificable determinar absolutamente, la veracidad de un consenso fundamentado.

²⁹ *Ibidem*, p. 99.

necesidad de transformar el lenguaje para un mejor entendimiento, después convencerse y estar de acuerdo en un contenido racional con pretensiones de validez (incluyendo juicios morales, creencias, etc.), todo lo cual constituye una verdadera reconstrucción lingüística del mundo.

Por lo que la razón para justificar el carácter formal de la racionalidad se basa en la existencia de distintos mundos, diferentes lenguas y formas de vida, cada uno con sus propios y arraigados criterios de verdad y falsedad, de manera tal que utilizar formalmente la racionalidad permite dar cabida a cualquier contenido, cambiando pretensiones de validez de una racionalidad material propia de cada cultura, en una racionalidad formal, toda vez que “...no es el acuerdo fáctico de los hablantes de un idioma lo que proporciona parámetros últimos de verdad o falsedad, sino únicamente aquél acuerdo que merezca el nombre de consenso racional”³⁰.

Se ha visto que el principio ético discursivo tiene dos aspectos, uno moral y otro jurídico, como principio moral universalista y como principio democrático de legitimidad, lo que los hace diferentes pero no indiferentes. Por ejemplo, en ambos lo correcto o incorrecto lo debe determinar la colectividad libremente, pueden participar personas racionales o no, y resuelven la forma en que actuaría “yo” en una situación concreta y si es generalizable, planteando primero el problema en lo personal y luego sometiéndolo al análisis intersubjetivo.

La diferencia principal entre ambos parece radicar en la formación de la voluntad colectiva, es decir, en el proceso legislativo. Si el discurso jurídico se forma con la orientación del discurso moral, se podrá formar como un verdadero principio democrático de legitimidad que tendrá manifestación fáctica en una ley, pero si la moral no es recogida por las normas jurídicas difícilmente podría encontrar mejor medio de expresión que el proceso legislativo.

La unidad de la moral y el derecho es la propuesta del principio ético discursivo, por lo que cada involucrado en la creación de las normas jurídicas habrá de reflexionarlas para sí, como para los demás, con el propósito de producir las normas que todos se hubiesen dado a sí mismos, y de cumplirse se estaría coadyuvando con otro objetivo jurídico: impactar con la mayor observancia posible.

³⁰ *Ibidem*, p. 100.

El modo de lograr la positividad de la norma jurídica, es afianzándola en la legitimidad que le otorgaría la argumentación pública de razones morales, si *“Argumentar a favor de una norma jurídica...equivale en este caso a intentar demostrar, con razones y frente a cada uno de los afectados, por qué todas las personas bienintencionadas y sensatas deberían poder juzgar como igualmente ventajosa para todos la vigencia social de una o varias de esas normas”*³¹. De ahí que la unión entre validez social y legitimidad sea la argumentación.

Consecuentemente el principio ético discursivo se presenta no sólo como un método para resolver cuestiones morales y jurídicas, sino como una forma de realizar procesos de aprendizaje moral a través de la argumentación, buscando la validez colectiva de sus razones, el *“nosotros debemos poder querer”*.

En cada grupo social como matriz colectiva de interpretación, existen concepciones tradicionales sobre casi cualquier tema, la homosexualidad, el aborto, la educación, los derechos de los niños, el papel de la mujer, etc. Pero cuando en un momento dado se tornan cuestionables determinadas concepciones y ya no es posible mantenerlas con buenos argumentos, sus fundamentos morales se debilitan y los cuestionamientos dan principio a procesos de aprendizaje moral, a la transición a un nuevo nivel de conciencia ética y a nuevos razonamientos.

La transformación habitualmente no se da de forma pacífica, surge a raíz de luchas sociales, presionando a nuevas experiencias por el reconocimiento precedidas por una nueva comprensión, desde la forma de hablar hasta la forma de comportarse ante los demás y ante sí mismos. Moralmente ocurre la eliminación de la desigualdad y la discriminación, dado que *“...los procesos colectivos de aprendizaje moral consisten en una ampliación de las relaciones de reconocimiento mutuo causada por el deterioro crítico de matrices de interpretación y actitudes socialmente arraigadas”*³².

³¹ *Ibidem*, p. 100.

³² *Ibidem*, p. 147.

Los procesos de aprendizaje moral anuncian la necesidad del reconocimiento mutuo ante concepciones tradiciones equivocadas, en la medida en que el progreso moral no es tanto perfeccionar el sentido como suprimir el sinsentido.

La aplicación del principio ético-discursivo como criterio de generalizabilidad³³ en situaciones simples, origina invariablemente una norma *prima facie*, una prohibición o permisión categórica, por ejemplo “*no mentir*”, “*permitido expresarse*”, etc. Y es diferente en situaciones complejas, en las cuales se obtienen cuando menos dos normas *prima facie*, así una persona puede percibir que una acción es correcta y otro individuo puede apreciar que la acción contraria es la acertada para resolver una misma situación concreta.

En consecuencia, la solución de situaciones complejas con el principio ético-discursivo, implica la argumentación de excepciones a las normas *prima facie*, reflexionando nuevamente y de forma detenida la situación, sin buscar la coincidencia necesaria entre el parecer personal y el general, para concluir si “yo” desearía realmente una forma de actuar que en principio me parece correcta, se convierta en general.

En la frase “*impediré la invasión de mi país matando a cualquiera que cruce el límite territorial*”, de inicio no puede expresarse así si se trata de una situación compleja, porque entonces parece la solución categórica de una situación simple. Siguiendo a Wellmer, la fundamentación de excepciones a normas *prima facie* deberá expresarse con indefinidas cláusulas restrictivas como “*bajo determinadas circunstancias es moralmente correcto*”. En el ejemplo de la norma *prima facie* “*prohibido matar*”, la excepción pudiera ser “*a menos que tengas una razón defendible en público, una buena razón*”.

La resolución de situaciones complejas se realiza pues, con la comprensión de la situación individualmente, para luego exponerla a los demás y entre todos interpretarla de forma común, evidentemente tendrá que ser un acuerdo fundamentado en razón de la complejidad de la situación. Esta es por lo general, la antesala moral de las normas jurídicas.

³³ *Ibidem*, p. 148-152.

Cada máxima personal es el principio hacia una conciencia ética universal a través de la coacción incoercitiva del mejor argumento. Una máxima personal puede irradiar en conciencia, puede engendrar el reconocimiento mutuo si se le hace fluir por los canales de las pretensiones morales de validez, hacia un conocimiento práctico de lo que es necesario e igualmente bueno para todos, desembocando en la aceptación general y el compromiso de acatar la norma³⁴. Este proceso es concebido no en una comunidad ideal futura, sino presente, que retoma toda experiencia patológica, inhibidora o irracional, siempre sobre la base del aprendizaje del reconocimiento mutuo, por lo que la falta de sentido moral indica que este aprendizaje no ha surtido efecto.

³⁴ *Ibidem*, pp. 160 y 161. “...hay que concebir la superación de un deber ser, en un querer –la cual redundaría a su vez, en una superación de la oposición entre la ética deontológica y la ética teleológica- como la configuración de una conciencia moral, para la cual, han dejado de ser contrarios el amor hacia sí mismo y la solidaridad con el prójimo, la autoafirmación y el reconocimiento de los demás...expresión de un posible esclarecimiento de la conciencia moral acerca de sí mismo, y de una superación de la (mera) virtud en un conocimiento (práctico). En este sentido, toda moral universalista es cognitivista.”

1.2. Reconocimiento recíproco.

Se ha dicho que por naturaleza el hombre pertenece al mundo animal, que sin idea no hay humanidad, que el hombre sin ideas no es hombre, pues sólo adquiere su humanidad por medio de los demás, en tanto es el contexto lo que lo hace humano³⁵. El hombre y los animales tienen necesidades comunes, instintos, pero entonces, ¿qué los hace diferentes?, ¿qué constituye al ser humano?, no lo constituye su ideología. El hombre tiene necesidades específicamente humanas, tal vez la más importante es el reconocimiento. Todo hombre en la transición hacia su humanidad siempre busca reconocimiento.

Quien no es reconocido sufre, se frustra, cualquiera lo ha sentido, ¿a quién no le gusta le reconozcan un buen trabajo, un detalle, o incluso su apariencia?³⁶. La vida es una serie de reconocimientos, nadie puede existir sin por lo menos haber sido reconocido una vez por alguien más, toda la vida es una lucha sempiterna por ser reconocido, lo que puede llegar a convertirse en una lucha a ultranza.

Cuando el hombre tiene miedo a morir, no desarrolla su humanidad, conserva su animalidad y su vida, renuncia a satisfacer su necesidad de reconocimiento para subordinarse a otro³⁷. La contraparte, es descrita como un hombre reconocido por alguien subordinado, por alguien que no quiere luchar por el reconocimiento, ante el temor de perder en ello la vida, el amo confía en el reconocimiento del esclavo, más no le satisface, pues es reconocido pero no reconoce, de modo que busca dominar a otros, aunque una vez sometidos nunca le satisfacen los reconocimientos obtenidos, pues no está dispuesto a reconocer, lo cual explica la inagotable ambición de poder en el hombre, que no se contenta con el poder conseguido, sea poder político,

³⁵“...es un ser que primero es...aislado, individual, sin relación alguna; luego, es un ser...que sale de sí a conocer al mundo de los objetos y de otros sujetos a los que conoce y reconoce, o sea, es un ser que se enajena de sí; y, por último, ...es un ser que retorna con todo lo adquirido, y así, enriquecido, se constituye, concretamente, como sujeto, como espíritu.” Berumen, Campos Arturo. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. Op. Cit., p. 80.

³⁶“Cualquiera que sea nuestro nivel, ser reconocido es siempre emocionante.” Jodorowsky, Alejandro. *Los evangelios para sanar*. Mondadori. México. 2006. pp. 52 y 53.

³⁷ *Ibidem*, p. 19. Jodorowsky también admite que el reconocimiento es una cualidad humana, mientras que el miedo es propio de los animales, como reacción simplemente instintiva.

intelectual, económico, o cualquier otro, siempre busca mayores y más amplios reconocimientos, ésta es la dialéctica del amo y del esclavo de Hegel, en su explicación de la esclavitud³⁸.

Si un sujeto no reconoce a otro como capaz de reconocer, el reconocimiento no tiene valor, y por tanto, ni siquiera quien reconoce se siente realizado, esto es muy común en las relaciones sentimentales, si a un chico le gusta una chica, pero a ella no le gusta él, ¿de qué le sirve a ella que a él le guste?, el amor de él hacia ella, para ella no vale nada, en cambio, cuando es recíproco, entonces hay reconocimiento mutuo, y precisamente en esto consiste la moralidad, en el reconocimiento recíproco de los sujetos valorados como tales.

El reconocimiento mutuo es la única manera de satisfacer la necesidad de reconocimiento, solamente que no ha sido aprendido, generalmente sólo experimentamos el reconocimiento unilateral, que me reconozcan, pero no reconozco o simulo reconocer, y por ende, como no reconocemos a los demás como seres capaces de reconocer, el reconocimiento de los demás no nos sirve, afectando la adquisición de nuestra humanidad.

La capacidad de reconocer de los demás lleva a la auto-conciencia humana, el reconocimiento recíproco envuelve definir: ¿quién soy?, pues ello no depende de cada hombre independientemente de los demás. Es el reconocimiento unilateral lo que provoca todas las desgracias, la ambición de poder que no cesa más que con la muerte, y no es que al reconocer, una persona pueda parecer o querer ser virtuosa, es que es vital reconocer al otro para reconocerse a sí mismo³⁹.

Incluso la personalidad va cambiando en relación a los reconocimientos, quizás a un niño le dicen que es el más inteligente, pero al paso del tiempo se da cuenta de que hay más, y a lo mejor no es el más inteligente, así sucede en la escuela, en la vida, desde que se nace, dependiendo de la relación que se tenga con los demás, así del reconocimiento de ellos se va formando la auto-conciencia, la identidad personal.

³⁸ Berumen Campos, Arturo. ***La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural.*** Op. Cit., p. 79.

³⁹ "...la misericordia consiste justamente en aceptar el valor del otro. No es cuestión de piedad. Tener piedad por alguien que está en un nivel más bajo que el propio no es misericordia: es un nuevo medio de valorarse y de sentirse superior." Jodorowsky, Alejandro. ***Los evangelios para sanar.*** Op. Cit., p. 209

Cuando se reconoce y sé es reconocido, ambas partes tienen el sentimiento de bienestar, parece que todo es perfecto, pero cuando el reconocimiento es unilateral existe la sensación de insatisfacción, de malestar, hasta de vacío o de una tristeza muy profunda, pues despreciar es despreciarse a sí mismo, humillar es humillarse, engañar es engañarse, violentar es violentarse. Y al no recibir ningún reconocimiento, surge la pregunta: ¿quién soy yo?.

El reconocimiento mutuo se caracteriza porque los que intervienen en una relación se reconocen como sujetos, como seres capaces de auto-desarrollarse, y es que de otro modo se estaría considerando al sujeto como a un objeto. Y ¿cómo se crea el reconocimiento recíproco o el reconocimiento unilateral?, se lleva a cabo por medio del lenguaje.

Los humanos somos seres dialógicos⁴⁰, hasta la conciencia es lingüística. Estamos determinados por el lenguaje, por los medios de comunicación, por la economía, por la religión, por el derecho, por todo, aunque también tenemos la prerrogativa de redeterminarlos haciendo uso de la auto-determinación, igualmente a través del lenguaje. Comunicativamente se puede eliminar la ideología, la opresión, la violencia, todos aquellos inhibidores del proceso del reconocimiento recíproco⁴¹.

El reconocimiento puede presentarse en cuando menos tres distintas formas⁴², como reconocimiento político o de dominación, el llamado reconocimiento de piedad y el reconocimiento ético o recíproco. Los dos primeros por definición son reconocimientos unilaterales, en tanto la relación que los caracteriza es de supra-subordinación, no obstante pueden transformarse en otro tipo. Y finalmente, el reconocimiento mutuo que introduce la moral.

⁴⁰ Berumen Campos, Arturo. *Op. Cit.*, p. 83.

⁴¹ "Pues bien, será moral, todo aquello que propicie el autodesarrollo del sujeto, e inmoral, aquello que lo obstaculice, que lo haga objeto, que lo considere un ser finito, incapaz de autodesarrollarse. Y, como el autodesarrollo del sujeto, sólo se puede lograr mediante el autodesarrollo de los demás sujetos, la moralidad radicará en el reconocimiento recíproco de los sujetos, como capaces de autodesarrollo,..." *Ibidem*, p. 95.

⁴² *Ibidem*, p. 96.

De manera que el discurso jurídico para calificar en su eticidad, deberá ser causa y efecto del reconocimiento moral⁴³, de no ser así se estará ante una fuente de reconocimiento unilateral, al tratarse en principio, de una relación de supra-subordinación, como lo es la dominación política por medio del derecho⁴⁴.

La tarea que deja la comprensión del reconocimiento ético como condición de validez jurídica, es la indispensabilidad de comprender que las personas debemos esforzarnos por alcanzar un nivel ético post-convencional, en tanto que no reconocerse mutuamente tiene un efecto auto-destructivo, es una contradicción pragmática, al obstaculizar el desarrollo moral individual e interpersonal, pues no somos sino seres sociales por naturaleza, vivimos en una sociedad y somos el reflejo de los demás.

En la realización del reconocimiento mutuo hay que empezar por uno mismo, reconociendo nuestra capacidad de auto-desarrollo como individuos, para después proyectarlo y expandirlo a los demás, de este intercambio continuo, surgirá el reconocimiento mutuo, una frase que puede explicarlo es: “*mi bienestar no está separado del tuyo*”, de este modo, se debe actuar con miras a un compromiso social, entre padres e hijos, entre maestros y alumnos, entre gobernados y gobernantes, en cada rol. De tal forma, que podamos emprender la reconstrucción del mundo de la vida.

⁴³ Gimbernat, José Antonio. et. al, *Op. Cit.*, p. 216. El derecho y la acción comunicativa en armonía estabilizan expectativas de comportamiento y propenden a la realización del reconocimiento recíproco.

⁴⁴ En el derecho, p.e., el principio de la igualdad procesal entre las partes.

1.3. El mundo de la vida⁴⁵.

La teoría de la pre-interpretación del mundo de la vida de Jürgen Habermas es por antonomasia una teoría hermenéutica, sustentada en el razonamiento que señala: cuando una persona nace es recibida por un mundo pre-existente, y el nexos que los une es el lenguaje, luego si la concepción o la interpretación del mundo de la vida es lingüística, entonces nacemos en un mundo pre-interpretado por el lenguaje.

El mundo en el que vivimos es el mundo de la vida, el cual tiene tres aspectos: un mundo objetivo o de la naturaleza pre-interpretado por un lenguaje constataivo, que a la vez crea el mundo de la vida de los hechos o lo que se entiende por hechos. Es también un mundo social o de la sociedad, pre-interpretado por el lenguaje normativo, que genera el mundo de la vida de los valores. Y es un mundo subjetivo o del sujeto, pre-interpretado por un lenguaje emotivo, que forma el mundo de la vida de las vivencias.

En conjunto, el mundo de la vida se compone por razón del lenguaje, de hechos, valores y vivencias, instituido en un grupo social, en un tiempo y espacio determinado, como si fuese un único mundo, se procura conservar sólido y profundamente arraigado, para posteriormente heredarse a la siguiente generación.

También se aplica esta teoría al ámbito jurídico, resultando que la pre-interpretación del mundo de la vida de los hechos, condiciona la interpretación del mundo jurídico también de los hechos. La pre-interpretación del mundo de la vida de los valores condiciona la interpretación del mundo jurídico de las normas. Y la pre-interpretación del mundo de la vida de las vivencias condiciona la aplicación de las consecuencias de derecho.

Se observa pues, que la teoría de la pre-interpretación del mundo de la vida, da cuenta por un lado, de la limitación en la libertad para interpretar, y por otro lado, abre la posibilidad de volver consciente la realidad de la pre-interpretación, para emprender la crítica de lo heredado y empezar a ejercer la libertad personal de re-interpretar el mundo de nuevo.

⁴⁵ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 2003. p.26.

El mundo no puede o por lo menos no debe, reducirse a una interpretación única, fija o preestablecida, rígida o cerrada, generalmente todo puede interpretarse de muchas formas, lo importante es darse cuenta que aquello que vemos corresponde a una proyección de uno mismo, es como un espejo, y para poder lograr una interpretación adecuada es necesario aprender a ver el mundo sin prejuicios, parece ser que esta es la primera condición para conseguir una concepción válida.

Pero qué se requiere para interpretar sin prejuicios. Toparse con esta teoría sería una forma, pero la más cercana es estar en contacto con otros mundos. Por ejemplo, los niños de alrededor de dos y tres años que no tienen contacto con diversidad de personas no ven muchas opciones a un cuestionamiento determinado, pero el niño que interactúa con varios individuos se da cuenta que hay multiplicidad de respuestas, de interpretaciones.

El medio idóneo para deshacerse de preinterpretaciones insostenibles según la ética del discurso es la argumentación, catalizador del avance hacia un nuevo nivel de conciencia ética, lo cual significa que en el camino hacia la evolución humana del individuo, se incrementa el radio de personas que puede reconocer con capacidad de autodesarrollarse, y en consecuencia, aumentan las probabilidades de que se relacione de forma ética con sus semejantes.

Cada persona es producto de un mundo de la vida particular matizado por su origen, su educación, su trabajo, su familia, por todo aspecto que constituye y condiciona su esencia así como su personalidad. Igualmente, cada practicante del derecho también es resultado de su propio mundo que lo condicionará en la manera en que procesará la información y el modo como manejará las normas jurídicas.

A toda interpretación jurídica⁴⁶ la condiciona irremediablemente una pre-interpretación. El operador del derecho, llámese abogado, juez, notario público, MP, magistrado u otro, de no comprender sus propias restricciones y de confiarse en un único mundo posible que lo ha gestado, como inmutable, absoluto y verdadero, emitirá juicios que previsiblemente adolecerán de objetividad, de justicia y de validez.

⁴⁶ Para ampliar el tema remítase a Vernengo, Roberto. *La interpretación jurídica*. UNAM. México. 1979.

En la vida como en el derecho, cobra especial importancia tener en cuenta nuestros propios límites para no actuar parcialmente, sino tratar de lograr la mayor objetividad posible. Cuán importante es comprender nuestros impedimentos, la historia está colmada de desgracias causadas por prejuicios; el fanatismo religioso es el mejor ejemplo como valuarte de intolerancia y síntoma de preconcepciones dogmáticas.

En derecho, imagínese a un MP que tiene a su cargo definir si consigna o no a una mujer polígama, acusada de asesinar a uno de sus amantes, y el servidor público profesa la religión judía, pues lo más seguro es que llevado por sus propios principios no valore adecuadamente las pruebas recabadas y movido por sus prejuicios consignará a la mujer. Lo mismo pasaría con un funcionario racista, machista, feminista, con complejo de pobre o de rico, si fue abandonado, si quiere llamar la atención, si quiere ganar fama, etc. Y si todo se transmite a través de la forma lingüística, sea oportuno hacer alusión al lenguaje objeto y al metalenguaje.

1.4. Lenguaje objeto y metalenguaje⁴⁷.

Si el derecho es discurso⁴⁸ puede hacerse objeto de estudio del componente lingüístico llamado lenguaje objeto y metalenguaje. El discurso por sí mismo no es ni lenguaje objeto ni metalenguaje, el primero para serlo debe ser referido por otro lenguaje, es decir, por un metalenguaje. Así, el lenguaje del que se habla es el lenguaje objeto, mientras que el lenguaje que habla de aquel, se constituye como metalenguaje, existe entre ambos una relación recíproca de referencia.

Pueden producirse diversos niveles de metalenguaje conectados a un sólo lenguaje objeto, dependiendo de las veces que un metalenguaje aluda a otro. Un metalenguaje de primer nivel será aquel primer lenguaje que se refiera a un lenguaje objeto, luego un metalenguaje que haga mención al metalenguaje de primer nivel, constituirá un metalenguaje de segundo nivel, y así sucesivamente. Por ejemplo: “*Pericles era el más justo*”, por sí no es ni lenguaje objeto, ni metalenguaje, hasta que alguien cite esta frase se convierte en lenguaje objeto, como al decir: “*Decía Zenón que Pericles era el más justo*”, enunciado que denotaría un metalenguaje de primer nivel, y si alguien a su vez refiriera: “*Cuenta Taylor Caldwell, que Zenón decía que Pericles era el más justo*”, se estaría elaborando un metalenguaje de segundo nivel.

La práctica del derecho sobre todo implica su referencia, es decir, da lugar a una serie de metalenguajes, en tanto se tiene que emplear para la fundamentación y motivación de todo acto dentro del ámbito jurídico. En este proyecto en particular, se utilizará esta herramienta lingüística para determinar el grado de congruencia entre el lenguaje objeto comprendido por las diligencias en las cuales se practican interrogatorios judiciales y su metalenguaje contenido en las actas respectivas, en virtud de que la falta de reciprocidad entre los mismos podría propiciar malos entendidos, básicamente por la intromisión de elementos perlocucionarios, factores referidos en la teoría de los actos de habla, composición incluida en el siguiente inciso.

⁴⁷ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho. Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 13.

1.5. El acto de habla⁴⁹.

El acto de habla es definido como: “...la unidad de un elemento proposicional y de un elemento ilocucionario para dar un sentido mínimo a la comunicación lingüística”⁵⁰. El elemento proposicional se refiere a la descripción de un estado de las cosas, en tanto que el elemento ilocucionario a la expresión de un estado de ánimo, es la intención del hablante. Y cuando el elemento ilocucionario se encuentra oculto, supuesto o sobrentendido, deliberadamente, se convierte en elemento perlocucionario.

Por ejemplo en el enunciado: “*creo que la ley es absoluta*”, el elemento ilocucionario es: “*creo que*”, y el elemento proposicional: “*la ley es absoluta*”. Si se omitiera deliberadamente el elemento ilocucionario, entonces el “*creo que*”, sustraído, y sin embargo, implícito en el contexto, se transformaría en elemento perlocucionario, como al decir solamente: “*la ley es absoluta*”.

Cuando el elemento ilocucionario se oculta como elemento perlocucionario, se puede propiciar la tergiversación de la información. En el mismo ejemplo: “*la ley es absoluta*”, puede cambiar el sentido de la oración para el receptor, podría confundirlo, pues tal vez quien emite la oración, sólo está dando su opinión en sentido figurado y el receptor podría darle un sentido serio, o más aún, puede hacerlo suyo como un dogma, aunque pudiera ser la intención oculta del emisor, engañar al receptor. De hecho, al emplear enunciados con elementos perlocucionarios se actualiza usualmente una intención subrepticia de cambiar o invertir el sentido de la oración.

Por otro lado, se encuentran los actos de habla performativos o declaraciones, estos son actos de habla que por el sólo hecho de declararlos o decirlos, hacen que se actualice lo dicho en su contenido. Los actos de habla performativos contienen un elemento ilocucionario cuya intención es la de perfomar o crear un hecho institucional. Por ejemplo la frase expresada por el

⁴⁹ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho. Op. Cit.*, p. 38.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 40-41.

juez de lo civil ante una pareja: “*Los declaro marido y mujer ante la ley y la sociedad*”, con lo cual se establece un matrimonio legalmente. Es la denominada demiurgia jurídica⁵¹.

Habermas relaciona la teoría de los actos de habla con la teoría de la pre-interpretación del mundo de la vida, y obtiene de ello: los actos de habla regulativos, los actos de habla constatativos y los actos de habla expresivos. Los actos de habla regulativos son aquellos en los cuales el elemento ilocucionario es una norma, y el elemento proposicional es una descripción, p. e., una norma como: “*se prohíbe defraudar*”, el elemento ilocucionario es “*se prohíbe*”, y el elemento proposicional es “*defraudar*”.

Los actos de habla constatativos se caracterizan por contener un elemento ilocucionario que se trata de una verificación, así como por un elemento proposicional descriptivo. Un ejemplo pudiera ser: “*doy fe de la legalidad del acto*”. En donde el elemento ilocucionario sería: “*doy fe de*”, y el elemento proposicional: “*la legalidad del acto*”.

Y por último, los actos de habla expresivos, cuyos componentes son un elemento ilocucionario emotivo y un elemento proposicional relativo a una descripción. La denotación podría ser: “*no quiero que vea a mis hijos porque es una psicópata*”, en donde el elemento ilocucionario sería: “*no quiero que*”, y el elemento proposicional: “*vea a mis hijos porque es una psicópata*”⁵².

A continuación, para darle un acabado completo a la teoría de los actos de habla y a los temas anteriores, es oportuna la exposición de la herramienta lingüística llamada semiótica jurídica.

⁵¹ Tamayo y Salmorán, Rolando. “*Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica*” (*entre actos de habla ilocucionarios y actos mágicos*). *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. No. 13. 1993. pp. 195-225.

⁵² Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho. Op. Cit.*, p. 45.

1.6. Semiótica jurídica⁵³.

La semiótica es definida como la ciencia que estudia los signos, y el signo como la unidad de significado y significante. El significante es el aspecto sensible, el elemento material del signo, el modo como podemos conocerlo. Por ejemplo, el signo \mathcal{V} puede identificarse cuando se ve o se lee su representación gráfica: dos líneas unidas por el vértice inferior, o bien, cuando se escucha el sonido “*Ve*”.

El significado es la manera como se ha de entender algo, es el sentido del significante, lo que se denomina referente. Los significantes por sí mismos no son signos, por ejemplo, una lengua como el arameo, no significará nada para quien la escucha o la ve si sólo conoce el español, pues le será necesario conocer el significado de los signos del arameo para entenderlo.

El estudio de la semiótica se divide en tres partes: sintaxis, semántica y pragmática. La sintaxis se refiere a la relación que guardan los signos entre sí, comprende las reglas para formar correctamente enunciados. La semántica estudia la relación del objeto con la palabra, esto es, la relación del significante con su significado. Y la pragmática se encarga del estudio de los signos con relación a su uso.

El referente a su vez, puede ser de tres tipos: empírico, normativo o emotivo. El referente empírico o fáctico, de inspiración positivista, es aquél que se puede señalar físicamente. No toda palabra tiene un referente empírico, pero no quiere decir que todo aquello que no se pueda señalar, no existe. Sin embargo, identificar referentes empíricos permite determinar qué palabras lo tienen y a cuáles se les atribuye ficticiamente, cuando carecen de éste.

El referente normativo contiene palabras referidas a normas, en sus tres variantes deónticas: permisión, obligación o prohibición. Si una palabra no está modalizada deónticamente, entonces no tiene referente normativo, el paradigma por excelencia es el derecho. Empero en la práctica jurídica se tiende a confundir los significados de los términos usados en la ley, p.e., piénsese en expresiones como: propiedad, territorio, soberanía popular, ciudadanía, persona

⁵³ *Ibidem*, pp. 3 y ss.

jurídica, constitución, pena, sanción, amparo, etc., cada una de estas palabras, podría decirse que tienen un referente empírico, porque puede verse en un mapa una delimitación territorial, porque se tiene una credencial de elector, o porque se tiene en las manos un libro llamado constitución.

En el caso de las ficciones jurídicas como las personas morales o entidades abstractas como el Estado, pareciera que por obra del derecho son creadas en la realidad, por actos de habla performativos, ¿pues acaso tales palabras no tienen un significado perceptible por los sentidos?. En realidad no, todas tienen sentido solamente en relación directa o indirecta a derechos y obligaciones establecidas en el orden jurídico.

El referente emotivo o expresivo, es relativo a las emociones, sentimientos o estados de ánimo. En el derecho frecuentemente se confunden referentes normativos y emotivos, en razón de que casi siempre las expresiones jurídicas tienen un impacto emotivo, lo cual hace muy probable la aparición de ideologías jurídicas⁵⁴.

Es necesario pues, atender a las palabras empleadas para determinar cuáles son sus referentes correctos, ponderando y superando palabras sin sentido. La semántica jurídica tiene la pretensión de identificar la verdad en las palabras que se aplican en el discurso jurídico, y en su caso, detectar el uso de ideologías jurídicas. En este punto, con ésta y las anteriores herramientas presentadas, se está en condiciones de abordar la teoría de la acción comunicativa.

⁵⁴ Correas, Oscar. *“Alternatividad y derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho”*. *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. No. 13. 1993. pp. 51-64.

1.7. Acción comunicativa⁵⁵.

La vida en grupo se desarrolla gracias al lenguaje, porque comunicándonos es como nos entendemos. Habermas considera que el uso más pragmático del lenguaje es la coordinación de la acción social. La acción social es concebida como la sucesión de interacciones recíprocas entre dos o más sujetos capaces de lenguaje y de acción, de modo que el lenguaje habrá de sostener dicha interacción⁵⁶.

En la coordinación de la acción social no se contempla la emisión de simples opiniones, sino de convicciones⁵⁷, de argumentos que por lo general contienen juicios morales, pues en sociedad cada individuo se convierte en sujeto capaz de juzgar moralmente, pero también es sujeto de los mismos cuestionamientos, de ahí que en principio los juicios morales tengan un origen auto-referencial, sin embargo por muy conciencizado que sea el juicio, no puede imponerse a los demás, presentándose expectativas de aceptación y reconocimiento, de validez intersubjetiva para conseguir su aplicación⁵⁸ lo cual implica generar derechos y obligaciones que vinculan a los afectados.

La coordinación de la acción social de conformidad con Habermas se realiza por medio de la comunicación racional⁵⁹, la cual plantea en tres etapas. La primera denominada pretensiones de

⁵⁵ El tema es tratado ampliamente en Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I, Tr. Manuel Jiménez R. Taurus. Argentina. 1989.

⁵⁶ Berumen Campos Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 43.

⁵⁷ “Convicciones son aquellas opiniones en las que se funda su contenido intencional... a diferencia de emisiones sueltas, meras opiniones, deseos y sentimientos episódicos. Las fundamentaciones disuelven el conflicto de convicciones de modo que ayudan a superar los bloqueos de la acción.” Gimbernat, José Antonio. et. al. Op. Cit., p. 112.

⁵⁸ El juicio moral se fundamenta en pretensiones de validez dirigidas recíprocamente y para sí mismos, es lo que Lutz Wingert llama una moral del doble respeto, porque la moral obliga a respetar a cada individuo como ser insustituible y como integrante de una comunidad. *Ibidem*, p. 112.

⁵⁹ La teoría de la acción comunicativa presupone el reconocimiento recíproco, una moral del doble respeto: “En este proceso intervienen dos concepciones morales, por un lado, se tiene a uno mismo y a los otros por criticables, esto es, uno respeta a los otros como miembros en igualdad de derechos. Respetar a otro como miembro significa además escucharle. Por otro lado, uno trata al contrario como a alguien que debe convencerse por sí mismo de la pertinencia de mi convicción designada por el momento sólo como una afirmación. Con la provisoria relativización de las propias convicciones se le concede al otro una independencia en la formación del juicio. El otro no puede sustraerse a seguir la cadena de razones a favor de esa convicción. Y esto significa que se respeta al otro como insustituible en su toma de posición y en la adquisición de una convicción fundada. El establecimiento de convicciones compartidas intersubjetivamente, que forman las razones prácticas para los interactores, es la vía de fundamentación pública que cada uno recorre personalmente... es una formación autónoma del juicio.” *Ibidem*, p. 124.

validez, la segunda es la problematización de las mismas, y la tercera se refiere a su desempeño, enseguida se inicia la exposición de la primera etapa.

1.7.1. Primera etapa. Pretensiones de validez de los actos de habla.

En esta primera etapa de la acción social, los participantes exponen sus argumentos a los demás, argumentos que deberán de cumplir con las pretensiones de validez de los actos de habla, las cuales de conformidad con la comunicación racional se enumeran en:

a. Intelligibilidad o claridad, se refiere simultáneamente a la obligación de los participantes para expresarse claramente y a su plena disposición para entender lo más posible. La intelligibilidad está emparentada con la sintaxis, por ello es menester que los interlocutores compartan el conocimiento y uso de la misma lógica lingüística. El estudio de esta pretensión de validez en los actos de habla, abarca tanto el elemento ilocucionario como el proposicional.

b. Verdad. Los interlocutores están obligados a emplear palabras que tengan referentes determinados o determinables, de manera que no haya confusión. Esta pretensión se encuentra relacionada con la semántica, y consecuentemente con el análisis del elemento proposicional de los actos de habla.

c. Veracidad. Relativa al uso de un lenguaje desprovisto de engaño total o parcial. Esta pretensión de validez es concerniente a la pragmática, y se enfoca en el elemento ilocucionario de los actos de habla.

d. Rectitud. Los participantes no deben usar violencia abierta o subrepticia en su lenguaje⁶⁰. Al igual que la veracidad se relaciona con la pragmática y con el elemento ilocucionario.

⁶⁰ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México. Op. Cit.*, p. 18.

Si los actos de habla satisfacen dichas pretensiones, entonces adquirirán autorización para sostenerse como válidos objetivamente, aunque siempre podrían ser cuestionados, con miras de mantener la racionalidad y el consenso. Sin embargo, es posible incumplir con alguno, varios o todos los requisitos que exige la comunicación racional, dando lugar a la injerencia de patologías del lenguaje.

Del incumplimiento de cada elemento surgiría una patología lingüística, de forma tal que a la pretensión de validez de inteligibilidad o claridad le corresponde la patología de ininteligibilidad u oscuridad. A la verdad, el error o confusión. A la veracidad, el engaño total o parcial. A la rectitud, la violencia abierta o subrepticia, además esta última incluye una patología más al hacer uso de coacción y ocultarla simultáneamente.

La presencia de patologías lingüísticas limita la racionalidad de la comunicación y hace patente el uso de actos de habla perlocucionarios, dirigiendo la comunicación hacia un pseudoconsenso y hacia la producción de normas irracionales.

COMUNICACIÓN RACIONAL	COMUNICACIÓN IRRACIONAL
Pretensiones de validez	Patologías comunicativas
Inteligibilidad o Claridad	Ininteligibilidad u oscuridad
Verdad	Error o confusión
Veracidad	Engaño total o parcial
Rectitud	Violencia abierta o subrepticia
ENTENDIMIENTO MUTUO	ÉXITO A CUALQUIER PRECIO
Consenso Legítimo (Con base en actos de habla ilocucionarios)	Pseudoconsenso (Con base a actos de habla perlocucionarios)
Normas moralmente vinculantes.	Normas irracionales, con bajo nivel de vinculación.

1.7.2. Segunda etapa. Problematización de las pretensiones de validez.

A esta fase se ingresa cuando el acto o actos de habla, en la exposición de algún participante, no convence a los demás en sus pretensiones de validez. Entonces los interlocutores cuestionan al emisor con preguntas que conduzcan a la aclaración, a la explicación, a la interpretación, a la justificación, o lo que se requiera de la convicción expuesta. En este momento adquiere relevancia la asunción de actitudes hipotéticas o en tercera persona⁶¹ de los participantes, para neutralizar contextos de acción y coadyuvar al establecimiento de las bases para argumentar y contra-argumentar.

En la comunicación racional no debe adoptarse una actitud asertórica, en primera o segunda persona, porque la dificulta y entorpece. La actitud asertórica se refleja cuando alguien no quiere dar explicaciones, no quiere ejemplificar, etc. Una actitud asertórica por lo general indica la utilización de elementos perlocucionarios. Además, cada una de las pretensiones de validez puede ser objeto de problematización, incluyendo los respectivos elementos de los actos de habla. Por ejemplo, un primer acto de habla regularmente se realiza de forma asertórica como: “*Confieso que asesiné*”, en donde “*Confieso que*” sería el elemento ilocucionario y “*asesiné*” el elemento proposicional.

Podría suceder que este acto de habla no convenciera a los receptores en sus pretensiones de validez, de modo tal que pasan a la segunda fase de la comunicación racional, y los interlocutores asumiendo una actitud hipotética, problematizan el acto de habla, p.e.: “*supongamos que no asesinó*”, el elemento ilocucionario hipotético sería: “*supongamos que*” y el elemento proposicional “*no asesinó*” Una vez que se haya cuestionado un acto de habla, quien lo presentó tiene la obligación discursiva de llevar a cabo el desempeño de las pretensiones de validez problematizadas.

⁶¹ “...aceptar la posibilidad de que estemos equivocados y de que el otro tenga razón...”. Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 50.

1.7.3. Tercera etapa. Desempeño de las pretensiones de validez.

Sobre la base de una actitud hipotética, el interlocutor cuestionado deberá tratar de satisfacer las pretensiones de validez de su acto o actos de habla, que han sido problematizadas por sus interlocutores y tiene la obligación comunicativa de contestar a las interrogantes que se le plantean.

En el acto de habla de desempeño, el elemento ilocucionario corresponderá a una explicación, una interpretación, una justificación, etc., como: *“por correcto entiendo que es aquello que está bien, y no necesariamente lo que es legal”*.

Como se ha ilustrado, la forma hipotética de problematizar y de desempeñar, permite el debate para la aclaración, para la eliminación de errores y confusiones, se procuraría la veracidad y la rectitud, asimismo la generación de nuevos actos de habla de desempeño, habilitando con ello las posibilidades de consenso. La acción comunicativa es el planteamiento de una situación ideal de habla, es la condición que permite la argumentación racional y se constituye como presuposición de la ética del discurso, a la que se encuentran obligados todos los afectados.

1.8. Ética del discurso⁶².

Ética del discurso es el nombre con el cual designa Apel a su interpretación sobre las exigencias morales que debe cumplir el lenguaje. Y en esta versión de la ética del discurso de la cual son autores tanto Apel como Habermas, se entrelazan todos los temas descritos en incisos anteriores, pero introduciendo ahora la ética de la responsabilidad como opción ante la ética de los principios, a efecto de disminuir o suprimir los efectos de las diferencias en los niveles de conciencia ética entre quienes interactúen con el fin de coordinar su acción social.

La coordinación comunicativa de la acción social de acuerdo a Habermas, se efectúa con lo que denomina: un plan de acción social. Este plan se desarrolla en tres etapas, en la primera los participantes deberán llegar a una interpretación común de la situación, en la segunda se determinarán las alternativas de acción y en la tercera se lleva a cabo la ejecución del plan⁶³.

Las fases se encuentran vinculadas en orden de prelación y el resultado de una condicionará la siguiente. Asimismo, los resultados del plan serán proporcionales al tipo de acciones que asuman los participantes, que pueden ser: orientadas al entendimiento mutuo o bien, orientadas al éxito a cualquier precio. La primera se basa en un lenguaje ético mientras que la segunda en un lenguaje patológico.

La acción social orientada al éxito a cualquier precio además se subdivide en: acción instrumental, acción estratégica y acción dramaturgica. La acción instrumental se identifica cuando los interlocutores se utilizan como si fuesen instrumentos o se perciben como obstáculos para lograr sus fines. Este tipo de acción infringe la pretensión de rectitud del lenguaje, por ser violento abierta o subrepticamente⁶⁴.

⁶² Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 366.

⁶³ Ver *infra* inciso 1.8.1. La ética en el discurso legislativo. Un ejemplo de un plan de acción social es la ley.

⁶⁴ "...el reconocimiento del amo y del esclavo, es el resultado y la condición de...la acción instrumental de los hombres que se tratan recíprocamente como medios, como instrumentos, como cosas, como seres finitos, incapaces de autodesarrollarse, recíprocamente". Berumen Campos, Arturo. *La Ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. Op. Cit., p. 101.

La acción estratégica se presenta cuando los participantes simulan un consenso, sin tener intención de cumplir, pero con el propósito de que el otro sí lo haga. En este caso, el lenguaje adolece de la pretensión de veracidad, engañando total o parcialmente. Y la acción dramática está representada por la manipulación de los sentimientos de los partícipes. El lenguaje está afectado por las patologías de violencia subrepticia o engaño parcial, quebrantando las pretensiones de rectitud y/o veracidad⁶⁵.

El plan de acción social desarrollado con acciones orientadas al entendimiento mutuo tiene diversas implicaciones. En principio se emplea como verdadero proceso de aprendizaje de reconocimiento recíproco a través de la argumentación, lo que sólo puede efectuarse por medio de la asunción de actitudes hipotéticas entre los participantes, a la vez esto significará que estarán fincadas las condiciones para la producción de la comunicación racional.

Ulteriormente los interlocutores en cumplimiento de obligaciones discursivas problematizarán y desempeñarán todo elemento relevante de la acción, de modo que todo se encuentre debidamente comprendido en actos de habla ilocucionarios. Esta acción hará viable además, la superación de posibles ideologías que como elementos relevantes de la acción pueden presentarse en patologías lingüísticas, las cuales serán tematizadas por los participantes para transformarlas de ideologías en verdaderos principios morales⁶⁶ que funcionen como alternativas de acción.

Luego la ejecución del plan de acción social tendrá un alto grado de probabilidad en su efectividad y eficacia, toda vez que los intereses de todos o de la mayoría de los participantes habrán sido tomados en cuenta, se encontrarán todos satisfechos, como en el reconocimiento mutuo, puesto que se soluciona el problema de los involucrados y con ello se estará también coordinando su acción social de forma racional, con soporte en el consenso.

Veamos ahora la operación de un plan de acción social desarrollado por personas que asumen acciones orientadas al éxito a cualquier precio. La idea básica es que uno o varios de los

⁶⁵ En el reconocimiento político o de dominación los participantes utilizarán primordialmente acciones estratégicas y acciones dramáticas.

⁶⁶ Ver *infra* inciso 1.10. Redeterminación ética-jurídica.

involucrados sólo intervienen con el fin de conseguir satisfacer sus intereses individuales o de un cierto grupo, y en esa medida sólo utilizarán el proceso de formación del plan de acción social, de manera tal que la argumentación únicamente la usarán mientras les beneficie. Su participación por tanto se reduce a la asunción de actitudes asertóricas estableciendo con ello una comunicación irracional o patológica.

El alcance de lo anterior abarca la emisión de actos de habla perlocucionarios, a la par de la proliferación de patologías lingüísticas, oponiéndose como obstáculos para la debida interpretación de la situación, incluso pueden constituirse como ideologías que definitivamente van a anular cualquier posibilidad de entendimiento, limitando a la vez, las alternativas de acción.

En la tercera fase de ejecución del plan, y en las circunstancias de irracionalidad discursiva, se anticipa un cierto grado de efectividad en relación con el porcentaje de personas beneficiadas lo cual también se puede derivar de la falta de participación de todos los interesados, asimismo se adelanta un bajo grado de eficacia porque el problema seguirá subsistiendo⁶⁷.

PLAN DE ACCIÓN SOCIAL	
Primera Fase. Interpretación común de la situación	
Acción social orientada al éxito a cualquier precio: se emplean acciones sociales instrumentales, estratégicas o dramatúrgicas.	Acción social orientada al entendimiento recíproco. Se sigue la comunicación racional.
No se tematizan ⁶⁸ , o se tematizan insuficientemente los elementos relevantes de la situación.	Se tematizan todos los elementos relevantes de la situación, sin dejarlos implícitos, reduciendo malentendidos al mínimo.
Segunda Fase. Alternativas de solución	
Los elementos que no se tematizaron surgen en esta fase como obstáculos inamovibles e intocables, originando ideologías ⁶⁹ , por lo que se limitan las alternativas de solución.	La interpretación común de la situación agrega alternativas adicionales de solución, porque los elementos relevantes surgen como recursos de solución, tematizando o retematizando para redeterminar moralmente.
Tercera Fase. Eficacia del plan de acción social	
Puede lograrse cierta efectividad y eficacia en la medida en que alguno o algunos de los participantes tienen éxito, pero el problema no se habrá solucionado.	Aumentan las posibilidades de eficacia y de efectividad del plan, satisfaciendo los intereses de todos los participantes.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 374.

⁶⁸ "Tematizar. Convertir en tema explícito del discurso los elementos o ingredientes relevantes de la situación, sin dejarlos sobrentendidos o implícitos, de modo que se reduzcan los equívocos o los malos entendidos a lo mínimo." Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 371

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 372 y 373. La abstracción de Hegel, la falacia abstractiva de Apel o lo que denomina Marx falsa conciencia de la realidad o inversión de la realidad de la conciencia.

El modelo de la comunicación racional se ha calificado de ideal, por la imposibilidad de que una interacción cumpla indefectiblemente con ella, lo cual no es más que un paroxismo de incompreensión, en tanto se trata de un método de análisis o un parámetro de racionalidad discursiva y no de la descripción de relaciones sociales reales⁷⁰.

No obstante, con base en esta crítica, Apel se encarga de darle a la comunicación racional ese toque realista que se le reprocha. Y en primera instancia confirma, la imperiosidad de presuponer una situación ideal de habla, que cumpla con las exigencias de la racionalidad discursiva como condición para la argumentación, en pocas palabras acepta la necesidad de reconocer ante todo, la comunicación racional habermasiana⁷¹.

Previamente Apel y Habermas, junto con otros estudiosos, han identificado diferentes niveles de conciencia ética en las personas, mismos que se reducen a tres principales: el primer nivel es el de la conciencia ética pre-convencional. En este nivel los hombres sienten la obligación de reconocer sólo a su familia y están guiados por intereses. El segundo nivel es asignado a la conciencia ética convencional, nivel en el que se encuentran los individuos que reconocen a un grupo más amplio al de su familia y se guían por normas. El nivel más alto es el de la conciencia ética universal o post-convencional, y la presentan aquellos que sienten la obligación de reconocer a todos sus congéneres, pues se encuentran guiados por principios.

Ahora bien, el planteamiento del problema es el siguiente: los sujetos en interacción tienen diferentes niveles de conciencia ética y se da el caso de que entre los interlocutores, alguno posee una conciencia ética universal o simplemente, un mayor grado con relación al de su interlocutor, lo que lo obliga a cumplir con la comunicación racional; sin embargo, el otro sujeto,

⁷⁰ *“La acción comunicativa es la acción orientada al entendimiento mutuo, en la cual los participantes están dispuestos a convencer y a dejarse convencer mediante los mejores argumentos. Es decir, es la acción social coordinada mediante actos de habla cuyo elemento ilocucionario es una actitud hipotética. Es la acción social paradigmática, es decir, la que sirve de modelo para criticar las acciones sociales y determinar la medida en que se acercan o se alejan de este modelo. No es que Habermas crea, como muchos malinterpretan, que sea esta acción la que describe las acciones sociales reales, sino que es el concepto, en sentido hegeliano, al que deben aspirar las acciones sociales reales. Podemos decir que la acción comunicativa es la medida ética de las acciones sociales, entre ellas, las acciones jurídicas.”* *Ibidem*, p. 297.

⁷¹ Apel, K. O. *“La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant”, en fundamentación de la ética y filosofía de la liberación de Apel, Dussel y Forneri.* Siglo XXI. UAM-I. México. 1992.

en un nivel ético menor, adopta acciones sociales orientadas al éxito a cualquier precio y por ende, incumple constantemente con la comunicación racional.

El efecto principal de este hecho es la dificultad para lograr consensos, pero también, surge la cuestión ¿hasta qué punto deberá permitir ser violentado el sujeto con un mayor grado de conciencia ética, para procurar el acuerdo?. Para resolver el problema sobre los distintos niveles de conciencia ética entre los participantes de una interacción, Apel y Habermas siguiendo a Weber, distinguen entre la ética de los principios y la ética de la responsabilidad.

La ética de los principios se encuentra normada por la acción social orientada al reconocimiento mutuo, mientras la ética de la responsabilidad, se asume cuando un sujeto tiene bajo su responsabilidad a otro o a un grupo social. Este tipo de ética opera cuando no es posible sujetarse incondicionalmente a la ética de los principios para la obtención del consenso, ante las diferencias éticas entre los interlocutores.

De acuerdo con esta propuesta, el sujeto más ético está obligado moralmente a conducirse bajo la ética de los principios para lograr el consenso. Pero habiendo llegado al límite para coincidir en un acuerdo con estas condiciones, y en razón del continuo incumplimiento de la comunicación racional por parte del sujeto menos ético, le es permitido moralmente al sujeto más ético, dejar de cumplir la ética de los principios y asumir una ética de la responsabilidad. ¿En qué momento se han agotado las posibilidades de consenso, y cuándo es justificable adoptar la ética de la responsabilidad?, Apel considera el momento en el que el sujeto menos ético se encuentre en peligro actual o inminente⁷².

La ética de la responsabilidad autoriza en el empleo de acciones instrumentales, estratégicas o dramatúrgicas, para repeler respectivamente acciones instrumentales, estratégicas o dramatúrgicas, con objeto de ponerse al mismo nivel e intentar nuevamente el consenso, por esa razón el paso a la ética de la responsabilidad deberá considerarse con la mayor seriedad y cuidado posible, ya que puede resultar contraproducente para el logro del consenso.

⁷² Como en la defensa legítima

La ética de la responsabilidad podría invocarla uno de los interlocutores disimulando el agotamiento de las posibilidades de consenso, es decir, el interlocutor actuando estratégicamente podría pretender justificar su incumplimiento de la ética de los principios y la adopción de la ética de la responsabilidad, pero sin fundamento alguno, puesto que estará buscando el éxito a cualquier precio.

Para verificar la correcta utilización de la ética de la responsabilidad, deberá ponerse especial atención a posibles *contradicciones performativas* del discurso, es decir, las contradicciones entre lo que se dice y la intención con la que se dice, entre el elemento ilocucionario (si está expreso) y el elemento proposicional, o bien, se tendrá que atender a la coherencia entre los elementos proposicionales (si se trata de un acto de habla perlocucionario).

En la localización de contradicciones performativas, es indispensable contar con toda la información que se tenga, evitando en la medida de lo posible caer en *falacias abstractivas*, las cuales consisten en “...no considerar los enunciados intencionales implícitos en algunos enunciados proposicionales, de modo que (quede) oculto, para la conciencia o la contradicción performativa entre ellos, o la inmoralidad del enunciado intencional. Por ejemplo, cuando se dice, proposicionalmente, que no es posible el consenso, se hace abstracción del enunciado intencional implícito, que puede ser: o que se quiere obtener el consenso de que no es posible el consenso, lo cual es contradictorio o, que se quiere imponer el enunciado proposicional al interlocutor, estratégicamente, lo cual es inmoral”⁷³.

Ante la sospecha de contradicciones performativas, es decisivo tematizar o retematizar. Deberá considerarse la negativa del interlocutor de esta acción, como un indicio de la presencia de tales contradicciones performativas, aunque puede seguirse trabajando en el consenso hasta que exista la posibilidad o la necesidad de evidenciarlas.

⁷³ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 380.

1.8.1. La ética en el discurso legislativo.

El proceso legislativo o procedimiento jurídico de creación normativa puede ser enfocado comunicativamente, como un procedimiento social de comunicación sujeto a reglas, también definido según la teoría de los actos de habla, como una estructura de actos de habla regulativos (normas que establecen procedimientos de creación normativa), y de actos de habla argumentativos (procedimientos concretos de creación de las normas)⁷⁴.

La connotación lingüística del proceso legislativo, facilita su examen de racionalidad, primero porque se podrán identificar los elementos ilocucionarios o perlocucionarios de los actos de habla y segundo, porque generalmente los actos de habla argumentativos, surgen primero que los actos de habla regulativos, además si la racionalidad comunicativa se deriva, entonces también sería posible en su caso, localizar efectos sistémicos a través de los cuales, la inmoralidad se reproduce a partir de los actos de habla argumentativos que afectan luego a los actos de habla regulativos, en una sucesión constante irreflexiva.

En ese sentido es que la racionalidad del proceso legislativo será proporcional a la vinculación entre actos de habla argumentativos y regulativos⁷⁵. Según el autor, la ley es como un gran un plan de acción social en cuya primera fase tienen lugar actos de habla argumentativos, en la segunda fase la redacción del articulado de la ley en la cual se reproducen actos de habla regulativos, y la tercera etapa se relaciona con la puesta en vigor de la ley, en la que se visualizan los resultados. En la realización del plan de acción social también los legisladores pueden desarrollar acciones sociales irracionales, de manera tal que las leyes producto de un proceso comunicativo irracional habrán de conducir a leyes parcialmente efectivas y con bajo nivel de eficacia⁷⁶, que pueden incidir en el discurso de aplicación.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 383.

⁷⁵ “la coordinación social sólo es efectiva cuando la estructura de los actos de habla regulativos y argumentativos se articulan mediante la ética del discurso jurídico”. *Ibidem*, pp. 384 y 385.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 386.

1.8.2. La ética en el discurso judicial.

El discurso judicial puede interpretarse como el conjunto de actos de habla que se refieren a la aplicación de las normas jurídicas; es en este discurso donde podría examinarse la efectividad y eficacia del plan de acción social de la ley respectiva⁷⁷. Los actos de habla judiciales frecuentemente contienen elementos ilocucionarios cuya intención es una interpretación, una explicación, un argumento, una declaración, etc., con fundamento en la ley⁷⁸, las cuales suponen actitudes hipotéticas encaminadas a la determinación de la verdad judicial. En este proyecto se analizará una parte nodal del discurso judicial: el discurso de los interrogatorios, los cuales sin duda forman parte de la base moral de la sentencia o de las decisiones judiciales.

Habermas ha diferenciado entre el discurso fundamentador⁷⁹ y el discurso de aplicación⁸⁰. El discurso fundamentador lo define como el discurso que funda normas válidas mediante la comunicación racional, en tanto el discurso de aplicación propiamente es la realización de un estudio comunicativo, el cual establece la interpretación correcta de la norma y la referencia adecuada al caso concreto, lo que se denomina un juicio reconstructivo de normas en términos comunicativos, pero en esta etapa la legitimidad ya no dependerá de la calidad de los argumentos, sino de la estructura efectuada por el juez⁸¹ al desarrollar libremente el proceso comunicativo y dando seguimiento a la lógica de aplicación del derecho⁸², punto de vista que se toma para la apertura del siguiente inciso.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 389.

⁷⁸ Por ejemplo: "...este órgano declara agotada la instrucción...".

⁷⁹ El principio del discurso reza del siguiente modo: "*Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*". Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Tr. Manuel Jiménez Redondo. Trotta. Madrid. 1998. p. 172.

⁸⁰ El principio de adecuación en la interpretación de Berumen con base en Habermas refiere que, el principio pretende reconstruir hermenéuticamente el proceso comunicativo de la legislación, para retematizar, argumentativamente, todos los aspectos relevantes de la situación, de modo que la nueva connotación del elemento proposicional del acto de habla regulativo de la ley denote o no el caso controvertido. Berumen, Campos Arturo. *El derecho como sistema de actos de habla* (Tesis doctoral). UNAM. México. 2007. p. 133.

⁸¹ En cuanto al principio de imparcialidad el autor sostiene que el juez dialógico es aquél que asume idealmente los roles de cada una de las partes con el objeto de argumentar de modo tal que se alcance el consenso también ideal. *Ibidem*, p. 240.

⁸² García Amado, Juan Antonio. *Op. Cit.*, pp. 52-59.

1.9. Estructura lógica de la prueba judicial.

El autor del tema es Ferrajolli⁸³, quien trata en esta oportunidad sobre la naturaleza cognoscitiva del proceso jurídico, específicamente del proceso penal. El jurista italiano interpreta que la verdad absoluta en el derecho se remite al ideal de la ciencia por alcanzar el absoluto a través del método científico, ideal filtrado en la jurisprudencia, con repercusión en la creación de normas jurídicas dogmáticas generadoras de ficciones jurídicas⁸⁴.

Ferrajolli quiere ser más atinado refiriéndose a la verdad judicial como la verdad probable. Prefiere el adjetivo *probabilidad* sobre la pretensión de manipular el absoluto, y basar en ello una condena o una absolución. En filosofía del lenguaje se distinguen tres tipos de verdad⁸⁵: la verdad como correspondencia, la verdad como coherencia y la verdad como consenso.

1.9.1. La verdad como correspondencia, como coherencia y como consenso.

La verdad como correspondencia se obtiene de verificar la relación entre enunciados y hechos, entre la idea y la realidad. Esta sería la verdad científica. Se caracteriza por ser demostrable, tiene carácter empírico y se transmite por medio de enunciados descriptivos. La verdad jurídica en parte es verdad como correspondencia, especialmente en la fase probatoria o en cualquiera donde se tenga que verificar algo materialmente, p.e., en los peritajes o en las inspecciones.

La verdad como coherencia es la expresión de la lógica entre enunciados o entre ideas. La verdad jurídica es una verdad como coherencia, cuando se trata de dar sentido lógico a los hechos ocurridos, ante la imposibilidad de ser recreados físicamente al estilo de la verdad como correspondencia. Se trata de una verdad histórica diferente a una verdad científica. Algunos consideran a la verdad como correspondencia una subespecie de la verdad como coherencia.

⁸³ Ferrajolli, Luigi. *Derecho y razón*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid. 1995. Capítulo III, par. 10. pp.129-155.

⁸⁴ Por ejemplo, el principio de inmediatez procesal ó la tasación de las pruebas.

⁸⁵ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Op. Cit., p. 252.

Y la verdad como consenso, es “...la demostración de la afirmación o de la negación de la verdad como correspondencia o de la verdad como coherencia, por medio de argumentos o razones capaces de convencer a cualquier auditorio, es decir, a un auditorio universal”. La verdad judicial es la verdad como consenso⁸⁶.

1.9.2. El modelo garantista.

El garantismo penal, obra de Ferrajolli, se trata de una teoría estructurada por diez axiomas o principios que funcionan como condiciones necesarias para tipificar un hecho delictivo, al tiempo que como presupuestos indispensables para responsabilizar penalmente y aplicar la pena.

Los axiomas son de carácter prescriptivo, plantean lo que debe ser, más que lo que es, por lo que se trata de garantías jurídicas sin las cuales, no se permite o se prohíbe castigar, pues el modelo garantista tiene por objeto “deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.”⁸⁷ El modelo garantista es el paradigma de un juicio racional, justo y legítimo.

Los principios garantistas tienen carácter fundamental, como condicionales que aunque no se derivan, si se implican, al estar ligados entre sí. Su combinación se basa en categorías jurídicas, a saber: delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Las seis primeras son requisitos o condiciones penales, es decir, son garantías penales, y las cuatro últimas son garantías procesales.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 254-255.

⁸⁷ Ferrajolli, Luigi. *Op. Cit.*, p. 92.

El modelo garantista contempla las siguientes reglas del juego del derecho penal⁸⁸:

1. *Nulla poena sine crimene*. Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito;
2. *Nullum crimen sine lege*. Principio de legalidad, en sentido amplio o en sentido estricto,
3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Principio de necesidad o de economía del derecho penal,
4. *Nulla necessitas sine iniuria*. Principio de lesividad o de la ofensividad del acto,
5. *Nulla iniuria sine actione*. Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción,
6. *Nulla actio sine culpa*. Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal,
7. *Nulla culpa sine iudicio*. Principio de jurisdiccionalidad, en sentido amplio o en sentido estricto,
8. *Nullem iudicium sine accusatione*. Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación,
9. *Nulla accusatio sine probatione*. Principio de la carga de la prueba o de verificación,
10. *Nulla probatio sine defensione*. Principio del contradictorio, de la defensa, o de refutación⁸⁹.

El axioma que caracteriza el sistema garantista es el de estricta legalidad, el cual exige no sólo la condición de la existencia previa de una ley para responsabilizar y penalizar, sino además contiene todas las demás garantías, unificando así la legalidad con la legitimidad.

⁸⁸ También llamado cognitivista, de estricta legalidad o de responsabilidad penal. Los axiomas: No hay pena sin delito, no hay delito sin ley, no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin injuria, no hay injuria sin acción, no hay acción sin culpa, no hay culpa sin indicio, no hay indicio sin acusación, no hay acusación sin prueba, no hay prueba sin defensa.

⁸⁹ “El modelo garantista...presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor, y además su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial, en un proceso público y contradictorio, con la defensa, mediante procedimientos legalmente establecidos.” Ferrajolli, Luigi. *Op. Cit.*, pp. 103-104.

De conformidad con el autor, la legalidad *lato sensu* se refiere al estricto apego a la letra de la ley, lo cual tiene lugar en la aplicación, mientras que la legalidad *stricto sensu* se ubica en la creación normativa, implicando la necesidad de una redacción precisa del supuesto delictivo, en el que se establezcan con claridad las garantías penales protegidas, para beneficio de la tipificación del hecho concreto al hecho delictivo en abstracto, así como la operación de una estricta jurisdicción⁹⁰, para afirmar o negar en concreto la hipótesis delictiva a través de las garantías procesales.

Las garantías se encuentran vinculadas, por lo cual la imprevisión o la endeble manifestación de alguna de ellas, incide en la disminución o supresión de las demás. Considerando que las garantías se dividen en penales y procesales, la afección de una garantía primero afecta a su grupo, para después impactar a todo el sistema. Por ejemplo, si no existe la ley, no existe la acción, ni la lesividad, ni la responsabilidad, y de omitirse las garantías penales no habría materia qué garantizar procesalmente. Y si se prevén garantías penales, pero no las procesales, entonces no habría manera de garantizar el cumplimiento de las primeras.

La combinación de los axiomas entre sí, puede producir hasta cuarenta y cinco teoremas, abarcando teóricamente cualquier orden penal. El autor esquematiza diez sistemas penales básicos y el sistema penal fundado en el principio de estricta legalidad representa el sistema garantista, en tanto los nueve axiomas restantes, ilustran órdenes jurídicos de mayor a menor grado de garantismo⁹¹. Para los efectos de este trabajo únicamente se exponen los sistemas penales denominados autoritarios o de mera legalidad⁹², que desincorporan garantías procesales y los convierte en los sistemas con menor grado de garantismo.

⁹⁰ La jurisdicción en sentido amplio se refiere a la necesidad del proceso para responsabilizar y penalizar.

⁹¹ Ferrajolli ve desarrollado el sistema garantista o derecho penal mínimo en un Estado de derecho, a diferencia del régimen de un derecho penal máximo que caracterizaría a un Estado absolutista o totalitario.

⁹² *Ibidem*, p. 98.

El sistema penal sin prueba y sin defensa en sentido estricto. En este tipo de sistema, se sustraen los axiomas noveno y décimo: el principio de la carga de la prueba de la parte acusadora y el principio del contradictorio o el derecho de la defensa para refutar. Sin prueba y sin defensa en sentido estricto, aún cuando el orden jurídico prevea estas garantías para su utilización como medios para decidir la verdad judicial, se pasan por alto en virtud de defectos en su previsión legal para operar como simples argumentaciones que pueden interpretarse y valorarse arbitrariamente, lo cual lleva a un sistema de mera legalidad y simple jurisdicción.

El sistema penal sin acusación separada. Este orden penal por definición, es de carácter inquisitivo, prescinde del axioma octavo, relativo a la imparcialidad judicial y a la abstención del juez para acusar. En los juicios que se siguen bajo este sistema, quien decide es juez y parte, comprometiendo la imparcialidad, en algunos casos la publicidad y la oralidad. La supresión o disminución de esta garantía repercute negativamente en las demás, particularmente en las garantías procesales, incluso puede anular la garantía de la carga de la prueba y el derecho de la defensa para refutar. Por ejemplo, un sistema que permite la prisión preventiva por la mera acusación de alguien.

El modelo de estricta legalidad propone garantizar la racionalidad del juicio penal, protegiendo y condicionando al máximo, la libertad del ciudadano ante sistemas penales arbitrarios o autoritarios. En este sistema la autoridad está obligada a motivar racionalmente, allegándose de argumentos racionales seguros sobre los presupuestos de la responsabilidad penal, para estar en condiciones de decretar procesalmente la verdad judicial y ante la menor duda, se excluya o se minimice.

El sistema garantista tiende al principio *in dubio pro reo*, en caso de duda favorecer al inculpado, concurriendo instituciones y principios generales del derecho, tales como la presunción de inocencia previa sentencia condenatoria, la carga de la prueba, el derecho de la defensa para refutar, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de duda sobre la verdad jurídica.

El derecho penal mínimo exige las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar, y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar. Mientras que un sistema de derecho penal máximo, establece las condiciones suficientes para condenar y las condiciones necesarias para absolver⁹³, asimismo no se precisan los hechos delictivos y las normas procesales adolecen de la misma inexactitud, prevalece la tergiversación de los supuestos jurídicos y predominan las opiniones subjetivas.

El derecho penal máximo gira en torno a la certeza de castigar a todo culpable ante la incertidumbre de castigar a inocentes, en cambio, el derecho penal mínimo opta por la certeza de exceptuar a todo inocente de ser castigado injustamente, sobre la incertidumbre de castigar al culpable. Ambas certezas reflejan contrapuestas posiciones e intereses políticos.

Puede preferirse la seguridad pública en relación a las ofensas causadas por los delitos, o bien, puede escogerse privilegiar la libertad personal a costa de las ofensas causadas por penas arbitrarias. Las dos concepciones son relativas y subjetivas, conducentes igualmente, a verdades relativas y subjetivas. El sistema garantista no se apoya en una certeza absoluta de comprobar con perfección la responsabilidad penal, sino que con base en ella, solamente se procura castigar inequívocamente a quien se debe.

Ferrajoli⁹⁴ diferencia dos tipos de incertidumbre, la primera es la incertidumbre de derecho, referente a la existencia de diversas calificaciones jurídicas para un mismo hecho probado como presumiblemente delictivo, lo cual constituye un problema de estricta legalidad, por deficiencias en las garantías penales para concluir una verdad jurídica.

Luego la incertidumbre de hecho, relativa a la obtención de distintas hipótesis explicativas sobre el probable hecho delictivo, elaboradas a partir de las pruebas recabadas; la incertidumbre de hecho se presenta como un problema de estricta jurisdicción como resultado de faltas en las garantías procesales para decidir la verdad fáctica⁹⁵.

⁹³ *Ibidem*, p.106.

⁹⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid. 1999.

⁹⁵ Como dejar al juicio del juzgador la decisión, la falta de estricta jurisdicción, la falta de pruebas, etc.

Es importante la distinción entre verdad jurídica y verdad fáctica porque no deben suplirse o confundirse, lo contrario sería en perjuicio del acusado. La garantía procesal en la que se puede determinar inicialmente dicha diferencia es en la formulación de la imputación⁹⁶. Esta garantía comprende la acusación, la cual deberá ser planteada en términos unívocos y precisos, habrá de delimitar el juicio con base en los indicios para que el acusado se halle en posición de justificarlos en su momento y no le sean ocultados en su perjuicio; deberá ser oportuna en relación a la preparación atinente de la defensa; deberá ser expresa y formal, susceptible de ser refutable desde la primera declaración o interrogatorio del acusado al formar el principal medio de defensa que producirá todo el material para estructurar la argumentación del acusado⁹⁷.

El proceso descansa fundamentalmente en la actividad probatoria, vertiendo importancia a la legalidad de los procedimientos que de conformidad con el garantismo penal, deberán de diseñarse para facilitar la obtención y formación de las pruebas, en tanto *“Paradójicamente, las formas solemnes y las liturgias del rito son tanto más legitimadoras cuanto más inútiles e incomprensibles”*⁹⁸.

En cuanto a reglas particulares del proceso, la estricta legalidad versa por ejemplo sobre la prueba confesional señalando, carece de valor probatorio si no se vincula con el demás material probatorio que la confirme en su contenido, lo mismo la prueba testimonial cuando es el juez quien interroga o cuando el declarante no asiste a la audiencia; así como el poder ilimitado del

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 616 y 622. La publicidad, la oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación son garantías procesales que a su vez aseguran la realización de los diez axiomas del sistema garantista, pues *“...sólo si la instrucción probatoria se desarrolla en público y por consiguiente, de forma oral y concentrada, si además es conforme al rito previsto con ese objeto y si, en fin, la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas contrapuestas que la motivan, es posible, en efecto, tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias...”*. Otras garantías procesales que coadyuvan en la racionalidad del juicio penal, son la previsión legal de la igualdad entre las partes, que introduce la asistencia y participación en toda la instrucción de un defensor para competir con el MP.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 608. Esta declaración, señala Ferrajolli, debe de ser asistida por una serie de instituciones para su correcta obtención, como la prohibición del juramento del imputado, el derecho a guardar silencio, la facultad del inculcado para faltar a la verdad en sus respuestas, la prohibición por respeto a la integridad física y mental del imputado del empleo de violencia física o mental, así como la negación decisoria de una confesión obtenida por tales medios, el derecho a la asistencia y presencia de un defensor, la realización de la declaración en un plazo razonable, preservar el derecho del imputado a toda la información en la cual se apoya la acusación, la prohibición de promesas o presiones para que el imputado colabore en su propia acusación, la redacción autógrafa del acta del interrogatorio por parte del interrogado en caso de proceso escrito, la tolerancia de interrupciones e intemperancias del imputado, y sobre todo la libertad del inculcado para que exista igualdad en la acusación y en la defensa.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 622. Como en la confesión civil.

juez para admitir o rechazar pruebas, la presión para no declarar en falso o la negativa para declarar bajo amenaza de incriminación y condena, son evidencia de un sistema inquisitorial.

La fase probatoria es el centro de gravedad del intercambio procesal de razones y pruebas entre la acusación y la defensa, y tienen expresión en lo que denomina Ferrajolli esquemas de argumentación. En la versión redeterminada de Berumen⁹⁹ la acusación en principio se formula a través del método por *modus ponens*, el modo de poner o de afirmar, mientras que la defensa con el método por *modus tollens*, el modo de quitar o de negar. Ambos métodos se proyectan en sentidos opuestos o complementarios, tanto para argumentar como para contra-argumentar recíprocamente con base en la demostración de tales argumentos, y el objeto de reconstruir coherentemente la verdad judicial.

⁹⁹ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de Filosofía del Derecho*. Op. Cit., p. 249. Ferrajolli utiliza ambos esquemas de argumentación de forma inductiva aunque su formulación original es deductiva para la obtención del mayor grado de probabilidad.

1.9.3. Esquema *modus ponens* o de acusación.

La fórmula para acusar o *modus ponens* es la siguiente: $(P \supset I) \supset H$, en donde **P** significa prueba o medio de prueba, **I** quiere decir indicio u objeto de la prueba, y **H** se refiere a un hecho tipificado como delito: “*si existe prueba entonces es verdadero un indicio, y si se prueba un indicio, se induce que existe un hecho delictivo*”.

La fórmula por *modus ponens* se desarrolla en tres fases, en la primera se determinan las pruebas y los indicios en lo particular, y en la segunda se generaliza, para que en su caso se induzca la existencia del hecho delictivo.

La primera fase se relaciona a la verdad como coherencia, aunque puede implicar también una verdad como correspondencia, cuando en determinadas pruebas se tenga que hacer una verificación empírica.

Un ejemplo podría ser una propiedad dañada, y los daños se atribuyen al Sr. Lestat. Se ofrecen tres pruebas para afirmar el hecho delictivo, dos pruebas testimoniales: una vecina de la casa que asegura haber visto cuando el Sr. Lestat, lanzaba piedras a las ventanas de la casa; el segundo testimonio está a cargo de un transeúnte que pasaba en ese momento y fue testigo ocular. Además, se ofrece una prueba pericial para verificar y estimar los daños.

Primera fase. Pruebas e indicios en lo particular:

Si existen pruebas, entonces los indicios son verdaderos, y si son verdaderos los indicios, se induce el hecho delictivo.	$(P \supset I) \supset H$
Si es el caso que existe la prueba 1, entonces es el caso, que el indicio 1 es verdadero.	$P_1 \quad I_1$
Si es el caso que existe la prueba 2, entonces es el caso, que el indicio 2 es verdadero.	$P_2 \quad I_2$
Si es el caso que existe la prueba 3, entonces es el caso, que el indicio 3 es verdadero.	$P_3 \quad I_3$

La segunda fase está diseñada para obtener la verdad como coherencia entre las ideas o enunciados de cada prueba, respecto de cada indicio, para inferir el hecho delictivo.

Segunda fase. Las pruebas e indicios en lo general:

<p>Se da el caso que se ha demostrado la existencia de P₁, P₂ y P₃, entonces los indicios I₁, I₂ y I₃ son verdaderos, por lo tanto, se ha realizado P, y se ha demostrado I.</p>	<p>P₁, P₂, P₃ I₁, I₂, I₃ P. I</p>
--	--

Tercera fase. Inducción del hecho delictivo.

<p>Si se da el caso de que se han probado los indicios, es probable la configuración del hecho delictivo.</p>	<p>P. I H</p>
---	----------------------------------

Los resultados de los esquemas de argumentación son inductivos y por tanto, la conclusión es sólo probable, lo cual permite en este caso, la refutación por la defensa a través del esquema de argumentación por *modus tollens*.

1.9.4. Esquema *modus tollens* o de defensa.

Para explicar mejor este método, Berumen invierte el esquema por *modus ponens* para negar la acusación por *modus tollens*. La fórmula es la siguiente: $H \supset (I \supset P)$ “Si es el caso que un hecho, entonces indicios, entonces pruebas, por tanto, se presume probada la existencia de un hecho delictivo, en virtud de indicios probados. La actitud de la defensa es la negación, refutando las pruebas para suprimir indicios.

Continuando con el ejemplo de la propiedad dañada, podría probarse que los testigos han sido aleccionados, y que el dictamen pericial sólo resuelve el indicio en forma mínima o insuficiente. El método de la acusación por *modus tollens* se lleva a cabo en tres fases:

Primera fase. La negación de cada prueba e indicio en lo particular.

Si es el caso que la parte acusadora prueba la existencia de un hecho delictivo, es porque existen indicios acreditados por pruebas.	$H \supset (I \supset P)$
Es el caso que se niega la prueba 1, por lo tanto, se suprime el indicio 1.	$\sim P_1$
Es el caso que se refuta la prueba 2, por lo tanto, se desvirtúa el indicio 2.	$\sim I_1$
Es el caso que se desvirtúa la prueba 3, que se refuta el indicio 3.	$\sim P_2$
	$\sim I_2$
	$\sim P_3$
	$\sim I_3$

Segunda fase. Generalización de las pruebas e indicios.

Si es el caso que se niega la prueba 1, ó la prueba 2, ó la prueba 3, entonces se suprime el indicio 1, ó el indicio 2, ó el indicio 3, respectivamente. Con sólo una prueba desvirtuada, se refuta la inferencia probatoria del indicio en general.	$\sim P_1 \vee \sim P_2 \vee \sim P_3.$ $\sim I_1 \vee \sim I_2 \vee \sim I_3$ $\sim P. \sim I$
--	---

Tercera fase. Inducción al hecho.

Si es el caso que no existe prueba, entonces tampoco indicio, por lo tanto, es probable la inexistencia de la tipificación del hecho delictivo.	$\sim I. \sim P$ $\sim H$
---	------------------------------

Tanto en la afirmación como en la negación, el resultado es probable, característico de la verdad judicial. Existe un grado de posibilidad que será determinado por la autoridad judicial, valiéndose de los argumentos aducidos por las partes para construir una verdad como consenso .

1.9.5. Esquema de la defensa por *modus ponens*.

La defensa no sólo puede refutar la acusación, sino que además podría presentar pruebas sobre indicios distintos, para afirmar en su favor, cambiando de posición y de esquemas de argumentación. Entonces la defensa utilizaría el esquema *modus ponens* y la parte acusadora el esquema *modus tollens*. En este punto del juicio el hecho delictivo es el mismo, pero los indicios a demostrar tendrán por objeto otros hechos relacionados para consolidar la defensa y conseguir la absolución. Con el ejemplo de la propiedad dañada, el acusado podría demostrar su presencia en un lugar diferente al del momento de la comisión del delito que se le atribuye. El esquema sería el siguiente:

<p>Si existen pruebas, entonces son verdaderos los indicios, por lo tanto, es probable que no se haya cometido el hecho delictivo.</p> <p>Es el caso que existe la prueba 4, entonces es verdadero el indicio 4, es el caso que existe la prueba 5, entonces es verdadero el indicio 5, es el caso que existe la prueba 6, entonces es verdadero el indicio 6.</p> <p>Se da el caso que se ha demostrado la existencia de P_4, P_5 y P_6, entonces los indicios I_4, I_5 y I_6 son verdaderos, con lo que se ha realizado P, y se ha demostrado I, para concluir, que son coherentes las pruebas entre sí, y correspondientes cada prueba con los respectivos indicios, por lo tanto, es probable que el acusado no haya cometido el hecho delictivo.</p>	$(P \supset I) \supset E (\sim H)$ P_4 I_4 P_5 I_5 P_6 I_6 P_4, P_5, P_6 I_4, I_5, I_6 P, I $E (\sim H)$
---	--

1.9.6. Esquema de la acusación por *modus tollens*.

<p>Si existe hecho absolutorio, entonces quiere decir que hubo indicios probados.</p> <p>Es el caso que se desvirtúa la prueba 4, que destruye el indicio 4, es el caso que se niega la prueba 5, que anula el indicio 5, es el caso que se refuta la prueba 6, que suprime el indicio 6.</p> <p>Es el caso que se niega la prueba 4, ó la prueba 5 ó la prueba 6, que destruyen los indicios correspondientes, con solamente una prueba que pierda sus efectos para demostrar la verdad de un indicio, anula la verdad como correspondencia y como coherencia respectivamente, y se induce la probabilidad de la no comisión del hecho delictivo por el acusado o hecho exculpatorio.</p>	$E (\sim H) \supset (I \supset P)$ $\sim P_4$ $\sim I_4$ $\sim P_5$ $\sim I_5$ $\sim P_6$ $\sim I_6$ $\sim P_4 \vee \sim P_5 \vee \sim P_6$ $\sim I_4 \vee \sim I_5 \vee \sim I_6$ $\sim P, \sim I$ $\sim E (\sim H)$
--	---

1.9.7. Hacia la verdad más probable.

Con la información derivada de los esquemas de argumentación y para determinar la verdad como *correspondencia* puede utilizarse la siguiente fórmula:

Existe o no existe la prueba 1, por ende, es verdadero o no es verdadero el indicio 1.	$P_1 v \sim P_1$ $I_1 v \sim I_1$
--	--------------------------------------

Con este tema de la estructura lógica de la prueba judicial y del garantismo penal, se va completando la exposición de herramientas lingüísticas y construcciones teóricas indispensables, para llevar a cabo el análisis comunicativo de los interrogatorios judiciales previsto, pero aún falta una herramienta importantísima.

En la ética del discurso, en toda su extensión, la crítica es un factor predominante, es el catalizador y de hecho cada herramienta lingüística descrita es un método de crítica. Pero no es suficiente señalar errores y defectos, la crítica además debe contribuir con propuestas de mejora, de superación, como manifestación del ejercicio de la libertad para reinterpretar. Esta prerrogativa puede materializarse como se explica en la redeterminación ética-jurídica.

1.10. Redeterminación ética-jurídica¹⁰⁰.

“El fin que persigue la virtud es, pues, el invertir de nuevo el curso invertido del mundo y hacer brotar su esencia verdadera”, con esta frase emblemática de Hegel, Berumen da paso a su estudio inspirado en la filosofía hegeliana, valiéndose de la filosofía del lenguaje para desembocar en su principal resultado: la idea de la redeterminación ética-jurídica.

La base de composición es la imperiosa necesidad de reconciliar la contradicción y unificar lo escindido¹⁰¹, lo que Hegel explica como *dialéctica positiva*, y cuya comprensión supone el entendimiento del concepto de abstracción así como el de concreción. Así, lo abstracto se define como lo que se piensa de forma indiferente y separado del todo al que pertenece, suprime sus relaciones que le permiten definir y ser definido recíprocamente, pues la abstracción se caracteriza por la pretensión de determinarse por sí, aisladamente, resultando una concepción parcial, limitada y unilateral. A diferencia, lo concreto es lo pensado en relación con aquello a lo que pertenece, en una determinación recíproca¹⁰².

Cuando se mantiene una abstracción ocultando o soslayando los lazos que le permiten una concepción concreta, puede transformarse en una falsa conciencia de la realidad, en una ideología, en tanto concepto parcial o momento que aparenta ser el concepto completo. Esto ocurre porque al hacer una abstracción automáticamente se posiciona de forma opuesta a las cualidades que la determinan, creando la contradicción, rompiendo la unidad. Esta es la “*dialéctica negativa*”.

¹⁰⁰ Berumen Campos, Arturo. *Op. Cit.*

¹⁰¹ *Ibidem*, p. XIII. Puntualiza Berumen, la redeterminación responde a la misma necesidad que trata de satisfacer la filosofía, parafraseando a Hegel: “la filosofía se hace necesaria cuando en el espíritu surge la escisión, cuando el anhelo de unidad ha huido del mundo y la particularidad se apodera del concepto. Cuando los hombres piensan, actúan y sienten como si no fuera posible la universalidad, la filosofía echa sobre sus hombros el fatigoso trabajo de reconstruir las formas destrozadas.”

¹⁰² Ouspensky, P. D. *Psicología de la posible evolución del hombre*. Tr. Aníbal Ferrari. Librería Hachete. Argentina. 1978. pp. 94 y ss. Si un concepto concreto implica la percepción de un elemento visto con todas sus relaciones que lo determinan y que determina a la vez, bien puede asimilarse a la idea de comprender un problema restringido en su relación con un problema más vasto, éste es, el concepto de comprensión. Y la comprensión desde el punto de vista de la evolución posible del hombre es la media aritmética entre el saber y el ser. La comprensión de forma inherente significa “*estar de acuerdo*”, de modo tal, que comprender a un hombre es estar de acuerdo con él, mientras que no comprenderlo es no estar de acuerdo con él, lo cual tiene sentido en tanto existan dos seres interactuando con un mismo saber, pero también con un mismo ser, tal es la única posibilidad de un entendimiento mutuo. La comprensión sólo es una, al reconocer la parte en relación con el todo, el problema es el concepto que cada quien tiene del todo, vinculado a los diferentes niveles de desarrollo humano, así, en los niveles más bajos existe la confusión de las lenguas, mientras que en el nivel superior, se unifica el lenguaje en universal, tal como los signos matemáticos, cuyo referente es comprensible en todas partes.

Cada abstracción tiende a positivizarse de manera exclusiva, imponiéndose y negando su opuesto, dando pie a una lucha por la hegemonía, en un movimiento pendular¹⁰³, yendo de extremo a extremo, así la abstracción aceptada hace abstracción de su antónimo, sucesivamente, en una constante dialéctica negativa. Para detener el ciclo negativo se hace necesaria la supresión de la mediación en la mediación misma entre las abstracciones, regresándolas a su origen, a su esencia, al concepto concreto que las incorpora para su mutua definición como unidad, incluyendo el eslabón excluido durante la contradicción o escisión.

Tomando de base la dialéctica negativa de Hegel y aplicada a la ética jurídica se obtiene: el concepto de ideología como abstracción de la moral, el concepto concreto, con lo cual explica la simulación de la ideología como moral, y la necesidad de que el concepto concreto resurja a través de lo que llama *redeterminación*, o sea, la superación de la ideología y la conservación de la moral por medio de la crítica comunicativa: “*tratando de concretizar la abstracción de la ideología con la abstracción de la crítica. Es decir, unificar la ideología y la crítica como elementos de la moral concreta...*”¹⁰⁴.

La redeterminación ética-jurídica se plantea en varios momentos: el primero es la localización del concepto abstracto, el concepto en sí o ideología jurídica¹⁰⁵; el segundo momento es otra abstracción, el concepto fuera de sí o crítica jurídica, la cual tiene su razón de ser en el estudio de la primera abstracción, por ello se dice que la crítica reivindica lo negativo, y por último, el tercer momento es la redeterminación, el concepto concreto en y para sí, o la ética jurídica, la negación de la negación, el retorno de lo negado a lo que niega.

La crítica es esencial para la restitución de la moral, mientras sea radical, absolutamente negativa¹⁰⁶, es la exigencia para el advenimiento de un concepto concreto, pues lo que sólo es positivo sigue abstracto. Todo extremo es abstracto, es preciso pasar del negativo absoluto a lo positivo, redeterminando los opuestos, de otro modo se vuelve a la dialéctica negativa.

¹⁰³ Berumen, Campos Arturo. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

¹⁰⁵ Ver Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*. UNAM. México.1993.

¹⁰⁶ Berumen Campos, Arturo. *Op. Cit.*, p. 32.

La crítica que sólo es negativa incluso *“se puede convertir en una crítica verdaderamente reaccionaria, que restablezca ideologías superadas históricamente”*¹⁰⁷, argumentando las razones verdaderas por las cuales se aceptó en su momento. El temor ante la crítica radical es que al intentar conservar la moral, se abra paso al resurgimiento de lo criticado, o bien, puede juzgarse a quien intenta hacer la redeterminación como un hipócrita que no toma una posición radical.

Para redeterminar se tienen que llevar al extremo las abstracciones, determinarlas tan unilateralmente que obliguen a pensar en su antítesis. Una vez colocada la contradicción, tendrá que soportarse, para después superarse, lo cual constituirá el mayor esfuerzo racional, pues habrá de conservarse lo positivo en lo negativo¹⁰⁸.

Con esta exposición se finaliza el discurso teórico que intitula este primer capítulo en el que se han considerado las herramientas comunicativas más importantes, para el objeto de estudio de este proyecto: el discurso jurídico de los interrogatorios judiciales, tópico que ocupa el siguiente apartado.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 33 y 34-39.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 40-44. Berumen citando a Hegel *“El método dialéctico propio de Hegel (...) consiste, ciertamente, en pensar una determinación en sí misma y por sí misma, hasta el extremo de que resalte su unilateralidad y ello nos fuerza a pensar su opuesto. Las determinaciones opuestas son exarcebadas (sic) hasta la contradicción, precisamente por ser pensadas en su abstracción, por sí mismas (...) En cambio, el entendimiento pugna por evitar contradicciones, y allí donde encuentra una antítesis procura restringirla, todo cuanto puede, a la indiferencia de la mera distinción.”*

DISCURSO JURÍDICO DE LOS INTERROGATORIOS EN EL JUICIO CIVIL Y SU ANÁLISIS COMUNICATIVO

Teniendo ya las herramientas lingüísticas para el examen comunicativo de los interrogatorios judiciales, ahora corresponde presentar el objeto de análisis. Los interrogatorios judiciales tienen lugar dentro del proceso, en la etapa denominada probatoria, principalmente en lo que hace a las pruebas confesional, testimonial así como la pericial, su regulación y por tanto su práctica, serán el objeto de examen, por eso sólo se hará un esbozo del proceso en general hasta llegar al discurso jurídico planeado.

EL PROCESO JUDICIAL.

Tanto el proceso civil como el proceso penal a los que se hará referencia, tienen un tronco común, el proceso en general. La palabra proceso tiene diversas acepciones, p.e., Carnelutti lo caracteriza como *“un proceder, un recorrer un largo camino, cuya meta parece señalada por un acto solemne, con el cual el juez declara la certeza”*¹. También se le define como un método de debate o como el medio a través del cual se materializa la jurisdicción o la administración de justicia². Comunicativamente pudiera ser más adecuado el concepto que alude al debate, porque remite a la interacción y a la argumentación.

Dentro del proceso existe una parte llamada probatoria, de fundamental importancia para la decisión judicial, compuesta en buena medida por la ejecución de diversos interrogatorios de los cuales se obtiene información que puede eventualmente constituir indicios y pruebas para estructurar la argumentación de las partes en juicio, para llegar a este punto se iniciara la exposición del discurso del juicio civil en su modalidad de juicio ordinario.

¹ Carnelutti, Francisco. *Cómo se hace un proceso*. Colofón. México.1990. p. 20.

² Molina, González Héctor. *Derecho procesal civil II. Instrumento metodológico*. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. UNAM. México. 1996. Glosario. p. 7.

EL PROCESO CIVIL.

Ovalle Favela explica que el proceso civil mexicano se rige por un principio dispositivo³, en razón de las siguientes características: el juicio civil principia a iniciativa de parte, por lo que al juez no le está permitido de oficio comenzar. Las partes son quienes deben dinamizar el desarrollo del proceso, disponen de su respectivo derecho sometido a consideración judicial, para allanarse o desistirse de la demanda o para negociar un arreglo; además, delimitan el objeto del proceso a través de los escritos iniciales fijando el objeto de las pruebas. Exclusivamente las partes tienen legitimación para impugnar y por regla general, la cosa juzgada sólo tiene efecto entre ellas. Asimismo, el juicio civil se rige por los principios de igualdad procesal y de contradicción entre las partes. (Arts. 1, 29, 34, 56, 279, 689, CFPC; y 1, 3, CFPC) Y su desarrollo está previsto como se detalla a continuación.

2.1. EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.

Es una idea generalmente aceptada que el juicio ordinario civil se despliega en una serie de procedimientos sucesivos, concatenados por cronología, por lógica y teleología, como efecto del manejo de plazos, presupuestos y consecuencias. El proceso ordinario civil se divide en seis etapas: **a.** la etapa preliminar, **b.** la etapa expositiva, **c.** la etapa probatoria, **d.** la etapa conclusiva, **e.** la etapa impugnativa y, **f.** la etapa ejecutiva.

a. **La etapa preliminar** tiene lugar antes de iniciar el proceso y se caracteriza por la realización de medios preparatorios. Los medios preparatorios son procedimientos llevados a cabo para contar con elementos necesarios, a fin de plantear posteriormente en la demanda, determinadas pretensiones en forma correcta⁴. Su utilidad consiste en despejar dudas, eliminar obstáculos o subsanar deficiencias antes de ir a juicio. Por ejemplo, obtener un acta de matrimonio antes de interponer una demanda de divorcio. (Arts. 193 y ss. CPCDF; 92, 379 y ss. CFPC)

³ Ovalle Favela, José. *Derecho procesal civil*. Harla. México. 1999. p. 8. Ver también Gómez, Lara Cipriano. *Derecho procesal civil*. Harla. México. 1997.

⁴ Molina González, Héctor. *Op. Cit.*, p.19.

En esta etapa también tienen lugar las medidas cautelares o procedimientos destinados a impedir que un demandado se insolvente o se ausente del lugar del juicio, para asegurar en la medida de lo posible la eficaz ejecución de una sentencia⁵. (Arts. 235 y ss., 9, 22, 323 y 389 CFPC)

b. La etapa expositiva es el estadio en el cual cada una de las partes expone sus pretensiones y excepciones recíprocamente. Se enmarca por la demanda, la contestación y en su caso por la reconvencción así como por la contestación a la misma. (Arts. 255-277 CPCDF)

La audiencia previa de conciliación se celebra en esta fase. Su finalidad primordial es resolver posibles excepciones procesales, tendientes a atacar la relación procesal, p.e., la incompetencia, la incapacidad, la falta de personalidad, la falta de legitimación, así como todo error que convierta a una demanda en irregular, frenando su continuidad. Pero también la audiencia está pensada para intentar un acuerdo entre las partes, mediante la intervención del juez, quien conminará a las partes a resolver sus diferencias y lograr un convenio que dé fin a la incipiente controversia. (Arts. 260, 261, 272-A, 290, y 483 CPCDF)

c. La etapa probatoria está planeada en este período de manera que los litigantes aporten los medios de prueba pertinentes para demostrar los hechos en los que fundan cada uno sus pretensiones y excepciones. Se divide en varios momentos: el ofrecimiento, la admisión y el desahogo de las pruebas. El escenario para producir todas y cada una de las pruebas admitidas y preparadas, es la audiencia de pruebas y alegatos. (Arts. 278 y ss., 385 y ss. CPCDF, 79 y ss. CFPC)

d. La etapa conclusiva momento procesal en que las partes declaran sus alegatos⁶, tiene lugar en la misma audiencia después del período probatorio. Después el juzgador dicta sentencia. (Art. 394 CPCDF)

⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁶ “razonamientos jurídicos que deben formular las partes...después del desahogo de pruebas para influir en el ánimo del juzgador.” *Ibidem*, p. 2.

e. **La etapa impugnativa** puede presentarse luego de haber sido dictada sentencia definitiva. Cuando se sabe quien gana y si alguna de las partes no está conforme con la decisión, tiene la opción y el derecho de promover un medio de impugnación. (Arts. 683 y ss. CPCDF)

f. **La etapa ejecutiva** es la última parte del juicio, se llega a este punto para ejecutar una sentencia. (Art. 500 y ss. CPCDF)

Con este bosquejo de los momentos procesales del juicio ordinario civil, puede ya tenerse una idea de la ubicación de las pruebas, tema que enseguida se aborda.

2.1.1. La etapa probatoria⁷.

De Pina considera el trabajo del juez esencialmente como el de un historiador. El juez no tiene idea de cómo ocurrieron los hechos generadores de la controversia interpuesta a su consideración, porque de haberlos presenciado entonces sería testigo. Con ese razonamiento surge la necesidad de reconstruir los hechos por medio de otros que si pueda certificar, como los medios de prueba.

Esta percepción remite a la verdad como coherencia. Las partes procesales tienen que convencer al juez de sus respectivas pretensiones y excepciones, correspondientes en esencia a dos versiones sobre los hechos controvertidos, a partir de indicios probados y mostrados en un discurso coherente. Salvo las cuestiones que impliquen pruebas que requieran de la presencia de la autoridad y de las partes, como una inspección judicial, en cuyo caso la autoridad estaría verificando por sí misma la realidad con los hechos controversiales, es decir, se estaría ante una verdad como correspondencia, aunque eventualmente se tiene que documentar a través de un discurso coherente⁸.

⁷ De Pina Vara, Rafael. *Tratado de las pruebas Civiles*. Porrúa. México. 1981.

⁸ Ver *supra* inciso 1.8. La ética del discurso.

2.1.1.1. Concepto de prueba.

Según la Real Academia una prueba es una razón, un argumento, un instrumento o un medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. También se refiere a un indicio, señal o muestra que se da de algo. La definición jurídica indica que es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley⁹.

En el discurso jurídico la palabra prueba tiene varios sentidos: puede entenderse como medio de prueba, p.e., *“prueba testimonial”*, como actividad probatoria, p.e., *“el actor debe probar su dicho”*, o como acción de demostrar, p.e., *“que el actor ha probado su acción”*.

2.1.1.2. Principios rectores de la actividad probatoria.

Ovalle Favela describe estos principios rectores de la actividad probatoria, basado en principios generales del derecho, derivados del artículo 14 constitucional aplicables al proceso en general, y enseguida se enumeran:

a. La necesidad de la prueba. Los hechos afirmados por las partes deben ser probados. El juez basará su decisión en lo demostrado, por consiguiente, este principio jurídico además es un principio lógico. Y no debería ser de otro modo, sin embargo en la práctica se observa en una situación difícil de creer, al órgano judicial incurriendo usualmente en negligencia al no leer o leer defectuosamente los expedientes, en una falta gravísima que sabotea, ya no digamos la justicia, sino el sentido común. Así, muchas controversias pueden iniciar por un asunto determinado, y es olvidada la lógica del proceso de tal modo, que se resuelve otra cosa diferente a la litis inicial o principal.

Estas experiencias tiran por la borda el principio citado, de qué sirve probar los hechos, si el juez va a resolver sobre quién sabe qué cosa, quién sabe qué va a tomar en cuenta, porque quién sabe si conoce el litigio. Ahora, se podrá criticar que es increíble que las partes lo permitan,

⁹ <http://www.rae2.es/prueba>. 29/05/2008. 19:23 p.m.

sobre todo porque son los afectados, solamente que hay un elemento que no se ha considerado: la intervención de los abogados, y tampoco leen su expediente. De manera que el litigio algunas veces es un barco sin timón, dirigido por los azares del viento.

b. La prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.

Este principio podría tener diferentes lecturas. La doctrina alude a la prohibición del órgano judicial para aportar lo que sabe con respecto de los hechos, es decir, deberá abstenerse de introducir información que pudiera tener digamos, como testigo. Otra interpretación es la relativa a la no permisión del juez para suplir pruebas, esto es, el trabajo judicial debe enmarcarse con lo aportado por las partes, no deberá solicitar probanzas que las partes no hayan ofrecido. Y siguiendo la comunicación racional puede significar la obligación del juez de conducirse, en la medida de lo posible, sin prejuicios¹⁰.

Ante todo, el juez tiene obligación de ser objetivo, lo cual implica la imparcialidad. Si el juzgador está involucrado personalmente en el asunto, y/o considera que realmente no podrá dejar de ser subjetivo o parcial en el caso concreto, existen las figuras de la excusa y la recusación. (Arts. 170 y ss. CPCDF, 43-53 CFPC)

En lo respectivo a no suplir las pruebas, al parecer tiene sustento en el respeto a la igualdad procesal entre las partes, con la única exclusión fundamentada en por lo menos una disposición, que faculta al juzgador para ordenar la realización o la ampliación de determinadas probanzas, con la condición de estar enfocadas hacia la solución de los puntos en cuestión. (Art. 279 CPCDF)

El código dispone la libertad del juez para guiarse por la *experiencia* en la inducción de la verdad judicial. De inicio parece que no se establece con claridad dicha garantía procesal, al no explicar el método de la experiencia, quedando como una norma que remite a la subjetividad del juez.¹¹ Esta imprevisión podría arriesgar la objetividad judicial y por consiguiente, la racionalidad de la decisión. (Art. 402 CPCDF)

¹⁰ Ver *supra* inciso 1.3. El mundo de la vida.

¹¹ Ver *supra* inciso 1.9. Estructura lógica de la prueba judicial.

c. La adquisición de la prueba. Una vez aportada una prueba pertenecerá al proceso, perderá su calidad de prueba de una de las partes. Como se ha indicado, el proceso es el camino hacia la reconstrucción histórica de los hechos, de manera que cada elemento probatorio se deberá tornar de parcial a imparcial, para ser considerado sólo, en tanto se relacione lógicamente con el demás material probatorio¹². Cuidado con esta apreciación, recuérdese que para identificar acciones orientadas al éxito a cualquier precio debe tenerse especial cautela en la detección de contradicciones performativas, por lo que no necesariamente lo no coherente deberá desecharse, podría más bien utilizarse para el efecto de ubicar el actuar irracional de la contraparte¹³.

d. La contradicción de la prueba. Las partes tienen interés en que el juez conozca los hechos controvertidos, colaboran en su reconstrucción, aunque cada litigante exteriorizará su versión con el objetivo de demostrar su dicho. Por tanto, lo usual son versiones contradictorias o complementarias, y al juzgador como se ha mencionado, le concierne relacionar racionalmente el discurso probatorio de las partes, para concluir sobre la probable verdad judicial. Este principio bien puede representar toda la etapa probatoria.

e. Publicidad de la prueba. Las pruebas ofrecidas por las partes y admitidas por el juez, deberán hacerse del conocimiento de los interesados, de modo que se encuentren en posición de hacer valer sus derechos para argumentar a su favor.

f. Inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba. En la práctica lo frecuente es la ausencia del juzgador, realmente los encargados de hacer toda la labor, aunque con la supervisión del juez, son los secretarios de acuerdos. (Art. 395 CPCDF)

¹² Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 128.

¹³ Ver *supra* inciso 1.8. Ética del discurso.

2.1.1.3. Carga de la prueba, ¿a quién le corresponde probar?.

Se dice que la carga de la prueba es el interés de los litigantes de demostrar y/o de refutar los hechos afirmados respectivamente. Este principio *onus probando* faculta a las partes para hacer uso de los medios de prueba eficaces en la demostración de su dicho, por ello la carga de la prueba más que una obligación es un interés por probar.

Los artículos 281 del CPCDF y 81 del CFPC, establecen la primera regla de distribución a este tenor: “*Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones*”. Y los artículos 282 del CPCDF y 82 del CFPC plantean la segunda hipótesis de la cual se interpreta la regla general: “*el que afirma tiene obligación de probar*”, en cambio el que niega no, excepto que:

a. La negación envuelva la afirmación expresa de un hecho, como cuando se trata de una doble negación implicando una afirmación p.e., “*no, no le debo*”, para señalar que se ha pagado lo que se debía.

b. Quien niegue una presunción legal que le asista a su colitigante, p.e., la ley presume que quien tiene la posesión de un bien es el propietario, y en una acción reivindicatoria, a quien le corresponde probar sobre la propiedad, es a quien diga ser propietario del bien que posee el colitigante. (Art. 4 CPCDF)

c. Cuando se desconozca la capacidad de la contraparte, v.g., cuando se niegue la capacidad procesal de quien se ostenta como representante legal del contendiente.

d. Y cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción, p.e., en una pretensión reivindicatoria, se deberá demostrar la no posesión del bien. (Art. 4 CPCDF)

La Corte se ha pronunciado al respecto, señalando que una negativa es susceptible de prueba si está determinada en circunstancias de lugar y tiempo¹⁴, porque se relativiza la respuesta. Por ejemplo al preguntar: - *¿John Lennon estaba en Londres el 8 de diciembre de 1980?*, podría responderse simplemente que no, y ante esta respuesta categórica se imposibilita la problematización y desempeño de la misma. Pero si en lugar de una respuesta asertórica se obtiene una respuesta circunstanciada: *“no, él estaba muerto fuera del Hotel Dakota, en N.Y.”*. Al incluir un complemento circunstancial en la respuesta, se posibilita su cuestionamiento y eventual demostración.

Lo anterior podría confirmarse con el siguiente comentario de Rafael De Pina Vara: *“la distinción de los hechos en negativos y positivos carece de justificación racional porque la imposibilidad de probar aquellos no existe. Un hecho negativo se convierte en afirmativo, cambiando la construcción de la frase...afirmar que no he estado ayer en tal lugar...equivale a decir que estaba en otra parte.”*¹⁵

La legislación federal en su artículo 83, dispone que quien funda su derecho en una regla general no necesita probar que su caso siguió la regla general y no la excepción; en cambio quien alega la excepción de una regla general, debe probar que así es. Y el artículo 84 del mismo ordenamiento agrega, quien afirma que otro contrajo una liga jurídica, sólo debe probar el hecho o acto que la originó, y no que la obligación subsiste, por ejemplo, presentando un contrato.

¹⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹⁵ De Pina Vara, Rafael. *Tratado de las pruebas Civiles. Op. Cit.*, p. 95.

2.1.1.4. Objeto de la prueba, ¿qué se prueba?.

El objeto de prueba lo integran los hechos afirmados por las partes, fijados con los escritos iniciales y a los cuales el juez deberá limitarse en su resolución. El objeto de prueba no es ninguno de los significados reconocidos de la prueba en sí, no es ni medio de prueba, ni actividad probatoria, ni la acción de probar, sino el objeto de cada uno de ellos: los hechos¹⁶. (Art. 285 CPCDF)

La doctrina y el código se refieren a los hechos exceptuados de prueba, a saber: los hechos confesados o admitidos, los hechos notorios, los hechos que se apoyan en una presunción, los hechos irrelevantes y los hechos imposibles. Los hechos confesados o admitidos están exentos de prueba porque versan sobre hechos propios de quien confiesa, y opera como una presunción salvo prueba en contrario¹⁷. Un hecho confesado o admitido debería ser explícito en la intención de quien confiesa o admite, no implícito como considera Rafael de Pina¹⁸, pues se fomenta la presencia de actos de habla perlocucionarios¹⁹.

Los hechos notorios pueden ser invocados por el juez aunque no hayan sido alegados, ni probados por las partes. Un hecho notorio según el código, es aquél que normalmente es del conocimiento de un hombre de tipo medio, perteneciente a un determinado sector social y dotado por ello de cierta cultura²⁰. (Art. 286 CPCDF y 88 CFPC) Es inevitable relacionar los hechos notorios con la preinterpretación del mundo de la vida cuando se le concibe como un único mundo, lo cual es completamente inaceptable comunicativamente.

La ética del discurso exige de todo elemento sobreentendido, su tematización, para evitar intenciones ocultas, pues nada es obvio, todo debe tematizarse para conseguir un acuerdo ético, por lo menos respecto de los hechos en este particular.

¹⁶ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 132.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, IV, Octubre de 1996, Tesis: XXI.1o.38 C, p. 508.

¹⁸ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 133.

¹⁹ Ver *supra* inciso 1.5. El acto de habla.

²⁰ Ver *supra* inciso 1.3. El mundo de la vida.

Conforme a la ley, un hecho presumido es eximido de prueba cuando es derivado de un hecho conocido. Son las llamadas presunciones legales, las cuales pueden admitir prueba en contrario o no. Un hecho irrelevante es aquél que nada tiene que ver con el proceso que se sigue y, por lo tanto, se suprime por no ser pertinente. Y un hecho imposible es aquél cuya posibilidad de realizarse es nula, así como su demostración imposible. (Arts. 379 y ss.) A esta clasificación de hechos se le puede hacer el mismo señalamiento que a los hechos notorios, en virtud de que pueden filtrar elementos perlocucionarios, con salvedad quizás de los hechos imposibles.

El derecho nacional y la jurisprudencia no son objeto de prueba porque es obligación del juez conocerlos. El derecho extranjero, estatutario, histórico o consuetudinario debe probarse cuando alguna de las partes lo invoque, dado que el juez deberá cerciorarse del contenido, texto, vigencia, etc. Y por último, las costumbres y usos se prueban siempre que en ellas se base el derecho. (Art. 395 CPCDF)

2.1.1.5. Procedimiento probatorio, ¿cómo se prueba?²¹.

En general se acepta el planteamiento del procedimiento probatorio en varios actos procesales: **a.** el ofrecimiento de las pruebas, **b.** la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas, **c.** la preparación de las pruebas admitidas y, **d.** el desahogo de las pruebas admitidas y preparadas.

a. Ofrecimiento de pruebas. Al termino de la celebración de la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales o a más tardar al día siguiente, y de no haber concluido la controversia por convenio, el juez abrirá el juicio a período de ofrecimiento de pruebas por diez días comunes, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda la apertura del juicio a prueba. (Art. 290 CPCDF)

Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad, cuál es el hecho o hechos a demostrar, incluyendo las razones por las cuales el oferente estima que comprobarán sus afirmaciones, y agregando en su caso, el nombre y domicilio de testigos y peritos, pidiendo la

²¹ De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 38.

citación de la contraparte para absolver posiciones. Si a juicio del juez las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones legales, serán desechadas. (Art. 291, 298 CPCDF y 87 CFPC)

En el escrito de ofrecimiento de pruebas puede incluirse la prueba confesional, exhibiendo el pliego de posiciones, o sólo puede solicitarse la citación del absolvente. La prueba pericial se ofrece señalando los puntos a examinar, y en ocasiones, se anexan las preguntas que el perito tendrá a su cargo resolver. Las pruebas se tienen por ofrecidas con el escrito respectivo, e incluso algunas de ellas desde los escritos iniciales, como son la confesión o los documentos. (Arts. 292, 293 y 297 CPCDF)

b. Admisión de pruebas. Al día siguiente en que termine el período de ofrecimiento de pruebas, el juez deberá dictar un auto de admisión o desechamiento de las mismas, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente. En la práctica, el juez dicta el auto de admisión a solicitud de una o de ambas partes, señalando fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, programable dentro de los 30 días siguientes a la admisión, considerando el tiempo necesario para la preparación de cada medio de prueba. (Art. 299 CPCDF)

Los criterios considerados por el juez en la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes son: su pertinencia, su relación con los hechos controvertidos, que no se refieran a hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, su idoneidad, que no sean ofrecidas extemporáneamente, y que no vayan contra la moral o el derecho. (Art. 298 CPCDF y 87 CFPC)

De lo cual surge el siguiente cuestionamiento: ¿Cómo determinará el juez la inmoralidad o moralidad de una prueba?. El orden jurídico no contiene las herramientas para establecerlo, el único medio legal previsto son las reglas de la lógica y la experiencia.

En realidad se trata de una insuficiencia legal. El voto de confianza en la experiencia y la buena lógica judicial, no garantiza, mas pone en peligro el arribo a juicios morales correctos como sustento de la decisión judicial. La principal causa sería el bajo nivel ético predominante en los juzgados, la falta de cultura, de conocimiento sobre sí, sobre los demás y sobre situaciones morales específicas como las que pudieran presentarse en un litigio.

Se puede observar que el discurso fundamentador relativo a las reglas de la lógica y la experiencia, entendida como una insuficiencia legal, autoriza en su calificación de irracional, y por tanto, el discurso de aplicación se torna tanto más vulnerable a la injerencia de immoralidades. Habría que iniciar la redeterminación del discurso fundamentador, mientras tanto en el discurso de aplicación hay la posibilidad de emplear el método de la comunicación racional, como forma plausible de acercarse a la racionalidad mediante una adecuada argumentación que supla la irracionalidad de la norma.

c. Preparación de las pruebas. Cada parte previene sus pruebas admitidas. Por ejemplo, en una prueba confesional se elabora el pliego de posiciones y se cita al absolvente; en una prueba testimonial, se cita al testigo con oportunidad; en una prueba pericial se acuerda con el perito la cita en el juzgado para la protesta y aceptación del cargo, se le hace entrega del cuestionario sobre el cual versará el peritaje, etc. De no estar preparadas las pruebas se puede diferir su desahogo solamente una vez, y se programa la audiencia dentro de los 20 días siguientes, excepto por caso fortuito o fuerza mayor se dará un plazo de hasta diez días más²². (Arts. 385, 388 CPCDF)

d. Ejecución o desahogo de las pruebas. En esta fase el juez procederá a la recepción y desahogo de las pruebas en forma oral, durante la audiencia de pruebas y alegatos, en fecha y hora señalada en el auto admisorio.

Constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalada al efecto, serán llamados por el secretario: los litigantes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban intervenir en el juicio, y se determinará quiénes deben permanecer en el salón. La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos, peritos y/o abogados. (Art. 387 y 398 CPCDF)

²² Si una prueba requiere ser desahogada fuera de la jurisdicción del tribunal, se concede un plazo extraordinario (entre 60 y 90 días naturales), de acuerdo con ciertos requisitos: que la solicitud se realice en el período de ofrecimiento de pruebas con los datos necesarios, que admitida la prueba el interesado exhiba el importe de un depósito previendo una multa de no ser desahogado el exhorto, asimismo se le condenará a pagar indemnización de daños y perjuicios en beneficio de su contraparte, y además se dejará de recibir la prueba. (Arts. 300 y 301 CPCDF)

La audiencia se celebrará con las pruebas preparadas, las que no lo estén, podrán recibirse posteriormente, indicándose en el acta respectiva la fecha para su continuación, dentro de los 20 o 30 días siguientes (en caso fortuito o fuerza mayor). No es necesario seguir el orden establecido para la recepción de las pruebas. La audiencia no se suspenderá ni se diferirá por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas. (Art. 299 CPCDF)

Concluida la recepción de las pruebas, el juez acuerda la apertura del juicio a período de alegatos. Durante este período cada parte argumentará en su favor, por sí, a través de su representante legal o apoderado, alternadamente, primero el actor y luego el demandado. El Ministerio Público alegará también en los casos en que intervenga, procurando la mayor brevedad y concisión. No se podrá hacer uso de la palabra por más de un cuarto de hora en primera instancia y de media hora en segunda. Los alegatos deben ser verbales, está prohibido dictarlos, pero pueden presentarse por escrito. (Arts. 393 y 394 CPCDF)

El juez dirigirá los debates previniendo a las partes para que se concentren exclusivamente en los puntos controvertidos. Se permite interrumpir a los litigantes para pedirles explicaciones e interrogarlos sobre los puntos que estimen convenientes sobre las constancias de autos o sobre otros particulares relativos al negocio. Cuando se invoque jurisprudencia, doctrina o leyes de los Estados, es exigible su presentación en el acto mismo. (Art. 395 CPCDF)

Durante el debate en el que tienen lugar los alegatos, podría observarse con mayor claridad una interacción entre las partes, incluso se da la impresión de que la legislación instituye ciertas obligaciones discursivas, sin embargo, la práctica se encuentra reducida a la presentación ocasional de un escrito, volviendo a esta disposición una ficción jurídica²³.

²³ “Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado... [es] un arbitrario desvío de la realidad... Ese desvío... es consciente, práctico y completamente fructífero... Las ficciones existen en todos los campos del pensamiento, en el nivel normativo del discurso, pueden mencionarse como ejemplos de ficciones, la autoridad de la cosa juzgada, la ley reputada como conocida por todos, igualdad de todos los habitantes ante la ley, la representación del pueblo en el gobierno, etc.”. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Bardelli.htm>, 30/ 05/2008, 15:18 p.m.

El secretario de acuerdos levanta el acta de la diligencia, haciendo constar el día, lugar y hora de realización, la autoridad judicial que preside, los nombres de las partes, de los abogados, de los peritos, de los testigos, de los intérpretes, de quienes no concurrieron, las decisiones judiciales sobre legitimación procesal, la competencia, la cosa juzgada e incidentes, las declaraciones de las partes, *el extracto de las conclusiones de los peritos y de las declaraciones de los testigos*, el resultado de la inspección ocular, y los documentos ofrecidos como pruebas si no constaren ya en el auto de admisión, las conclusiones de las partes en el debate oral, excepto que por escrito las hubiesen presentado los litigantes, y los puntos resolutivos del fallo. Los peritos y testigos pueden retirarse de la audiencia después de desempeñar su cometido, firmando al margen del acta. (Art. 397 CPCDF)

El juez tiene una serie de responsabilidades al celebrar la audiencia de pruebas y alegatos, entre las cuales se encuentran: darle continuidad al procedimiento hasta que concluya, desechando de plano las recusaciones e incidentes que pudieran interrumpirla; asimismo el juez que resuelva debe ser el mismo que asista a la audiencia, a menos que concurra una causa insuperable; también puede ordenar la ampliación de cualquier diligencia probatoria; debe mantener la mayor igualdad entre las partes, evitar interrupciones, reprimir promociones de las partes que tiendan a suspender o retardar el procedimiento. (Art. 398 CPCDF) Esta disposición podría corresponder a la intención discursiva de minimizar en lo posible acciones procesales dirigidas al éxito a cualquier precio y procurar el entendimiento.

2.1.1.6. Valoración de las pruebas, ¿qué valor tiene la prueba?.

Se tiene conocimiento de por lo menos tres sistemas de apreciación probatoria: **a.** el sistema legal o tasado, **b.** el sistema de libre apreciación razonada o de la sana crítica y, **c.** el sistema mixto²⁴.

a. Sistema legal o tasado. Su origen se remonta a los procedimientos bárbaros, con su auge en el procedimiento romano canónico. El ordenamiento jurídico que lo adopta establece el valor específico de cada prueba. El juez debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para reconocerle el valor previsto. En este sistema se prescinde del criterio de interpretación y argumentación personal del juez, restringiendo su actuación a la simple aplicación del texto legal, prevaleciendo el criterio del legislador.

En este caso puede observarse la preponderancia del discurso fundamentador, al grado de otorgarle la calidad de verdad absoluta, previsor de toda controversia. Quita cualquier posibilidad a la operación del discurso de aplicación judicial. Actualmente, este sistema sólo se considera en las legislaciones modernas como excepción.

b. Sistema de libre apreciación razonada o de la sana crítica, también llamado de la persuasión racional del juez. En este sistema el juez es libre de fijar el valor probatorio con la condición de razonar su calificación. La justificación del sistema es la diversidad de hechos controvertidos y la necesaria libertad judicial para estudiar cada caso concreto con amplitud suficiente, como para confiar en un juicio riguroso.

Dentro de sus características se encuentran: la admisión de toda prueba, la regulación más o menos detallada de los principales medios de prueba, sin perjuicio de recurrir a alguno no previsto; el valor de cada prueba no está fijado, el juez tiene plena libertad para justipreciar cada una, según las reglas de la lógica y la experiencia²⁵. Como se ha anotado, esta regla general, está vinculada a una deficiencia legal²⁶.

²⁴ De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 56.

²⁵ *Ibidem*, p. 71.

²⁶ Ver *supra* inciso 2.1.1.5. Procedimiento probatorio, ¿cómo se prueba?, b) Admisión de las pruebas.

c. **Sistema mixto.** Opera a través de la libre apreciación del juez y la excepción es la tasación de ciertas pruebas²⁷. El sistema adoptado en México al parecer es mixto. Las pruebas son valoradas en su conjunto por el juez, de acuerdo a las reglas de la lógica y de la experiencia (en materia local), motivando y fundando su juicio de valor, salvo la confesión expresa y los hechos admitidos, además de los documentos públicos cuyo valor probatorio es pleno a menos que en juicio se demuestre su falsedad o falta de autenticidad. (Arts. 123, 199, 200 y 202 CFPC, 266 y 403 CPCDF)

La valoración de las pruebas en este sistema tiene como único parámetro las reglas de la lógica y la experiencia del juez, por ello, vale la pena dar un vistazo para determinar sus referentes. Según Couture las reglas de la lógica son, entre otras, los principios lógicos fundamentales de identidad, del tercero excluido, de falta de razón suficiente y de contradicción. Para Stein las máximas de la experiencia son un conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre cotidianamente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio, definiciones o juicios hipotéticos del 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 validez para otros nuevos²⁸.

En cambio en el ámbito federal mexicano el artículo 197 del CFPC dispone: *“El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación...”*. Como puede notarse, se ha eliminado la regla de la lógica y la experiencia.

²⁷ *Ibidem*, p. 67.

²⁸ Citados por Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 179.

2.1.1.7. Formación de la decisión judicial.

La forma común de terminar un proceso es mediante la pronunciación de una sentencia, pero, ¿cómo es que llega el juez a la decisión judicial?. Ovalle Favela²⁹ explica que inicialmente se pensaba en el empleo de un silogismo lógico: una premisa mayor, la norma general; la premisa menor, el caso concreto; y la adecuación de ambas para obtener una decisión. El problema que presenta el silogismo judicial como método lógico para emitir una sentencia, es la imposibilidad de establecer la premisa mayor o norma general aplicable al caso concreto, antes de conocer los hechos, sin olvidar la complicación de delimitar los hechos controvertidos. Todo lo cual elimina la deducción para arribar a la decisión judicial.

En apoyo a lo anterior, Perelman asevera: *“La estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no formar ninguna decisión.”*³⁰

Calamandrei³¹ propone un método de tres pasos: primero, examinar la trascendencia jurídica de los hechos, establecer sin prejuzgar la veracidad de los hechos como suposición, precisar posibles consecuencias jurídicas; segundo, verificar la certeza de los hechos a través de la interpretación y valoración de las pruebas (interpretación particular de cada prueba que determine su valor)³²; tercero, construir y calificar jurídicamente los hechos concretos, formando una historia o verdad coherente de cómo sucedieron los hechos en la realidad, determinar su prevención en una norma jurídica, aplicar el derecho según la correspondencia del caso concreto con la norma general, y finalmente indicar cuál es el efecto jurídico.

²⁹ *Ibidem*, p. 196.

³⁰ *Ibidem*, p. 197.

³¹ Citado por Ovalle Favela, José. *Idem*.

³² *“Se trata de uno de los más importantes y delicados momentos en la formación de la decisión: la precisión de los hechos específicos, realizada sobre las versiones contradictorias de las partes y sobre la base de las pruebas practicadas en el proceso... [pues] en la gran mayoría de los casos la bondad de las sentencia está en razón directa del grado de esmero puesto por el juez al indagar exactamente la relación de hecho”.* *Ibidem*, p. 198.

Y así como Calamandrei se pronuncia Wroblewski³³ y otros autores desde la perspectiva de la sociología, de la ciencia política, de la filosofía y de otras disciplinas, para advertir sobre la influencia de distintos factores en la formación de la decisión judicial. Con ello se apuntala la importancia en la creación de métodos lógicos con aplicación social.

Ferrajoli³⁴ es pionero en esta área inexplorada, al desarrollar el garantismo penal y la estructura lógica de la prueba judicial, método por el cual es posible la reconstrucción lógica de la verdad como coherencia de los hechos controvertidos, conduciendo hacia la probable verdad judicial, de manera que sólo se condene con argumentos seguros. Sin embargo, sólo representa una ínfima parte del trabajo pendiente en el derecho.

2.1.1.8. La sentencia.

La sentencia tiene un aspecto formal, enmarcado por el proemio (los datos que identifican e individualizan la sentencia, como la fecha, el lugar, el número de juzgado, el nombre de las partes, la clase de juicio, el número de expediente, el nombre del juez, etc.), por los resultandos o síntesis de la litis, los considerandos o estudio jurídico del litigio y los puntos resolutiveos que engloban la decisión judicial.

También tiene un aspecto material, configurado por la congruencia, que implica la motivación y la exhaustividad. La congruencia tiene que ver con la identidad entre lo que se resuelve y lo interpuesto por las partes. Su fundamento se encuentra en los artículos 14 y 16 de la Constitución, al disponer que todo acto de autoridad deba estar fundado y motivado. El juzgador está obligado a motivar o a precisar los hechos discutidos³⁵ y a argumentar con razones la aplicación del derecho. La exhaustividad se refiere a la obligación judicial de resolver todos y cada uno de los puntos cuestionados. La interpretación y valoración de las pruebas se reflejan en los considerandos de la sentencia.

³³ Citados por Ovalle Favela, José. *Ibidem*, p. 199.

³⁴ Ver *supra* inciso 1.9. Estructura lógica de la prueba judicial.

³⁵ “*PRUEBAS, EXAMEN DE LAS. INDEPENDIENTEMENTE DE QUE FAVOREZCAN A QUIEN NO LAS OFRECIO.*”...*pesa en el juzgador el deber de examinar absolutamente todas las pruebas de autos, a fin de determinar, con el resultado de ese análisis, si se probaron o no y en qué medida, los hechos fundatorios del derecho exigido o de las excepciones o defensas opuestas...*” Tesis de jurisprudencia 339 de ASJF 1917-2000, T. IV, pp. 285 y 286.

El proceso debe ajustarse a la inducción de la verdad judicial, e innegablemente la fase probatoria es el lastre, de manera tal, que la racionalidad de todo el proceso adquiere mayor significado en las pruebas, porque se exige de ellas una estructura coherente de la verdad sobre los hechos cuestionados, que sustente y autorice racionalmente la decisión del juez. Ello tendría como principal efecto del plan de acción social denominado proceso, su efectividad y eficacia, pues si la sentencia se funda en la racional argumentación del juez, las partes se sentirán moralmente vinculadas aunque alguna no gane.

Finalmente cabe hacer mención del artículo 82 del CPCDF, que a la letra dice: *“Quedan abolidas las antiguas fórmulas de las sentencias y basta con que el juez apoye sus puntos resolutivos en preceptos legales o principios jurídicos, de acuerdo con el Artículo 14 Constitucional”*.

2.1.1.9. Medios de prueba, ¿con qué se prueba?.

El código señala que los medios de prueba son todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos. (Art. 289 CPCDF). La doctrina clasifica los medios de prueba³⁶ en:

a. Pruebas directas e indirectas. Las primeras son aquéllas que pretenden demostrar un hecho de forma directa, como la inspección judicial. Una prueba indirecta es aquélla con el objetivo de demostrar un hecho a través de la evidencia de otro, o bien, comprobando hechos diferentes pero relacionados con los hechos cuestionados, por ejemplo la confesión, el testimonio o el peritaje.

b. Pruebas preconstituidas y por constituir. Se dice que las pruebas están preconstituidas, cuando existen antes del juicio, p.e., los documentos. Las pruebas que se constituyen son las que se producen dentro del juicio, en la audiencia de pruebas y alegatos, es el caso de la inspección judicial, la confesión, el testimonio, entre otras.

³⁶ De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 129.

c. Pruebas históricas y críticas. Las primeras reproducen un hecho pasado, como las fotografías. Las pruebas críticas refieren hechos inferidos de otros, como las presunciones.

d. Pruebas reales y personales. Las pruebas reales tienen por objeto las cosas v.g., los documentos, en cambio las personales son relacionadas con conductas, como la confesión o el testimonio.

e. Pruebas supervenientes. Las pruebas deben presentarse junto con los escritos iniciales o en el período de ofrecimiento de pruebas, salvo las pruebas y excepciones supervenientes, esto es, cuando no se tengan las pruebas al iniciar el juicio pero se haga señalamiento de su existencia y las circunstancias por las cuales no se pueden presentar, de ser necesario el juez puede intervenir para su obtención. La otra hipótesis es que las pruebas se originen a raíz del juicio.

En las legislaciones local y federal, los medios de prueba regulados son: la confesión, la prueba instrumental o documental, la prueba pericial, el reconocimiento o inspección judicial, la prueba testimonial y, las fotografías, copias fotostáticas, y demás elementos.

En esta oportunidad, se dará paso al estudio de la primera de las pruebas motivo del presente proyecto, la prueba confesional civil.

2.1.2. Discurso jurídico de la prueba confesional civil.

La confesión es una de las pruebas en las cuales se emplea un interrogatorio, aunque se trata como se verá, de un cuestionamiento judicial *sui generis* en la práctica del juicio civil.

2.1.2.1. Concepto de confesión.

La confesión es definida de varias maneras, p.e., Wittmack señala, se trata de una exteriorización del confitente sobre la veracidad de las preguntas que se formulan; Canstein sostiene, la confesión tiene únicamente importancia como declaración de verdad; Bullock afirma, la confesión judicial es una simple manifestación de verdad³⁷; Ovalle considera, se trata de una declaración vinculativa de parte que contiene la admisión de que determinados hechos propios son ciertos³⁸. Puede notarse un carácter común en las primeras tres definiciones citadas: *la pretensión de verdad y de veracidad en la confesión*, al parecer para algunos autores tales pretensiones determinan la prueba.

Existen otras acepciones de la confesión, por ejemplo: Molina refiere, “*es una declaración sobre hechos propios que hace en juicio alguna de las partes y que produce efectos en todo lo que perjudica al absolvente*”, ó “*un medio de prueba... que produce efectos en todo lo que perjudica al absolvente*”³⁹. Ramírez Fonseca por su parte afirma: “*Por confesión debe entenderse el reconocimiento que una persona hace de un hecho propio que se invoca en su contra, y dicha prueba sólo produce efectos en lo que perjudica a quien la hace.*”⁴⁰

La legislación federal por su parte define la confesión en los siguientes términos: “*La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace; pero si la confesión es la única prueba contra el absolvente, debe tomarse íntegramente, tanto en lo que lo favorezca como en lo que lo perjudique*”. (Art. 96 CFPC)

³⁷ *Ibidem*, p. 141.

³⁸ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 147.

³⁹ Molina González, Héctor. *Op. Cit.*, p. 8.

⁴⁰ Ramírez Fonseca, Francisco. *La prueba en el procedimiento Laboral. (Comentarios y jurisprudencia)*. Editorial Pac. México. 1984. p. 93.

Se observa en estas últimas connotaciones que la palabra coincidente es “*perjuicio*”, como una de las características de la confesión. Según las precedentes definiciones, la confesión implica la intención del oferente de la prueba de perjudicar al absolvente, además se da cuenta del hecho de que una declaración bajo confesión, puede seccionarse en perjudicial y benéfica.

Existen pues, por lo menos dos vertientes para definir la confesión civil, por un lado las que establecen como característica principal las pretensiones de verdad y de veracidad, y por otro lado las relativas al perjuicio que se cause al absolvente, ésta última es la postura que adopta el código, como se ha visto, y la única definición disidente es la de Ovalle, relativa a una declaración vinculativa de parte⁴¹.

De lo anterior surgen las cuestiones siguientes: ¿es racional dividir la confesión en perjudicial y benéfica?, ¿es justificable moralmente vincular la validez de la confesión al perjuicio?, ¿es ética la concepción de la confesión perjudicial?, ¿por qué razón se toma íntegramente cuando es la única prueba disponible?. Para tratar de responderlas, es indicado establecer antes, el objeto y las clases de confesión.

⁴¹ Ouspensky, P. D. *Op. Cit.*, p. 54. La teoría regularmente es el sustento racional de la ley, pero ello no obsta para ocurrir un efecto sistémico entre ambas, aunque eso dependerá del estado o nivel de la ciencia jurídica dentro de la evolución cognoscitiva.

2.1.2.2. El objeto y las clases de confesión⁴².

Se confiesa o se declara sobre hechos propios relacionados con los hechos controvertidos, y en general, la doctrina clasifica la confesión como se detalla enseguida:

a. La confesión judicial y extrajudicial. La confesión judicial se realiza en el juicio, ante el juez y conforme las formalidades establecidas en la ley. La confesión extrajudicial se ejecuta fuera del proceso, ante autoridad incompetente, persona diferente o sin cumplir con las formalidades de ley. Este tipo de confesión sólo alcanza valor probatorio si el juez de la causa la ratifica o si está plasmada en un documento público.

b. Confesión judicial espontánea o provocada. La confesión judicial a su vez se subdivide en estas dos especies. La primera se presenta en alguno de los escritos iniciales, aunque se ha criticado que en realidad no se trata de una confesión espontánea sino más bien, se trata de los llamados hechos admitidos, los cuales se sustraen de la controversia porque quien los admite no tiene empacho en hacerlo, excepto que el colitigante exponga su importancia controversial. La confesión es provocada cuando a petición de parte o del juzgador, el absolvente debe responder a las preguntas que se le dirigen.

c. Confesión judicial expresa o tácita (ficta). Es expresa cuando se formula claramente, sin lugar a dudas⁴³. Y en cuanto a la confesión ficta Rafael De Pina asegura⁴⁴, opera como una presunción legal y su efecto consiste en tener por admitidos hechos propios contenidos en la demanda o en el pliego de posiciones⁴⁵.

Por tanto puede derivarse que la confesión ficta puede ser al mismo tiempo una confesión espontánea. Y en lo que hace a las hipótesis de aplicación que plantea el autor, tendría que extenderse a todos los escritos iniciales no sólo a la demanda, asimismo se infiere que la confesión ficta sólo se aplica al articulante. Al respecto, la Corte también considera la confesión

⁴² De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, pp. 149-151.

⁴³ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 147.

⁴⁵ Molina González, Héctor. *Op. Cit.*, p. 8.

ficta como presunción *juris tantum*, salvo prueba en contrario⁴⁶. Comunicativamente se diría que esta división corresponde a una confesión ilocucionaria o una confesión perlocucionaria.

El código prevé diversas hipótesis de confesión ficta, a saber: cuando sin justa causa no comparezca el absolvente, cuando se niegue a declarar, cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente, y en caso de no contestar la demanda. (Arts. 266, 271 y 322 CPCDF y 95 CFPC). Tal parece que la confesión ficta hace las veces de una sanción, con el objetivo de provocar y garantizar la adecuada actividad procesal, por lo que sólo tiene lugar en situaciones específicas.

d. Confesión judicial simple o cualificada. Se está ante una confesión judicial simple cuando quien confiesa acepta lisa y llanamente los hechos, tal y como se le preguntan. La confesión es cualificada cuando además de aceptar que ocurrieron los hechos como se plantean en las preguntas, a la respuesta se le agregan nuevas circunstancias.

Cabe señalar que la forma de articular posiciones en la práctica, es incluyendo en cada pregunta toda la información del hecho controvertido en un planteamiento categórico, al parecer con la finalidad de limitar la absolución a una respuesta asertórica “*si o no*”, con la posibilidad de admitir después los comentarios que el absolvente considere convenientes⁴⁷.

De lo anterior se presume que la ejecución de la confesión civil ha sido diseñada de forma mixta, con el esquema básico de la confesión simple y por excepción se posibilita la confesión cualificada. Lo cual significa que el desahogo de la confesión es asertórica fundamentalmente e incidentalmente hipotética.

e. La confesión judicial cualificada divisible o indivisible. Es divisible cuando la circunstancia o modificación puede separarse del hecho al que se refiere la pregunta, la cual tiene fuerza de confesión simple, a menos que el absolvente demuestre la relación de la circunstancia complementaria. Luego, la confesión judicial cualificada indivisible integra la circunstancia o

⁴⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, IV, Octubre de 1996, Tesis, XXI.1o.38 C, p. 508.

⁴⁷ Ver Anexo I

modificación de la respuesta asertórica, de modo tal que se considera el conjunto de la declaración para darle sentido, pues de tomarla parcialmente no se entendería⁴⁸.

Ahora se intentará responder las interrogantes planteadas antes, iniciando con las preguntas: ¿es racional dividir la confesión en perjudicial y benéfica? y ¿por qué razón se toma íntegramente cuando es la única prueba disponible?. Se contestará la segunda cuestión primero. Lo más probable es que al existir sólo una prueba, no queda otra opción, más que considerarla completa, surgiendo una nueva interrogante ¿es válida una sentencia basada en una sola prueba?, inicialmente puede decirse que sería muy difícil que de un juicio surgiera una única prueba, pues si hay confesión se supone que hay interacción, y por ende la presentación de otras pruebas, sino el mismo juez tendría necesidad de ordenar nuevas probanzas.

En cuanto a la primera pregunta, parece ser que se relaciona con la distinción de la confesión en simple y cualificada, divisible e indivisible, cuya razón de ser podría basarse en el intento de delimitar los hechos controvertidos, separando todo elemento irrelevante, impertinente o incongruente. Pero ojo, el juzgador y las partes tienen que estar pendientes de que no se desechen elementos que pueden ser significantes para la determinación de la controversia, habrá que tener precaución para no caer en falacias abstractivas al tratar de hacer la depuración de los hechos controvertidos⁴⁹.

Continuando con la cuestión primordial, ¿es ética la concepción perjudicial de la confesión? o ¿es justificable moralmente vincular la validez de la confesión al perjuicio?. De acuerdo a la comunicación racional, la confesión perniciosa de inicio, incumpliría con la pretensión de validez de rectitud, al ser violenta abiertamente, de lo cual se puede adelantar su irracionalidad lingüística y en ese caso, ni su concepción, ni su pretensión de validez tienen sustento en la moral.

¿De dónde se originó la determinación de la confesión como perjuicio?. Puede haber distintas explicaciones. Tal vez tiene que ver con la confesión ficta. Como se ha conjeturado la

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

⁴⁹ Ver *supra* inciso 1.8. Ética del discurso *in fine*.

confesión tácita tiene la función de sancionar pero, en casos particulares, con la mira de suscitar y garantizar la actividad procesal procedente y en esa tesitura se justificaría la violencia abierta al precederle presumiblemente la comunicación racional (el apercebimiento).

Otra hipótesis es que se trata del efecto de un prejuicio: “*el que confiesa es culpable*” o “*lo confesado se tiene por juzgado*”. La admisión de culpa o de responsabilidad respecto de un ilícito remite a la idea de que el absolvente es la parte mala, la parte a la cual no le asiste el derecho, ni la justicia, por consiguiente, la confesión sería perjudicial para quien la realiza.

Muy relacionada con la sospecha anterior, se revela el hecho de seguir con el lastre del pretérito valor pleno de la prueba confesional, igual sería un prejuicio, consistente en pensar que al obtener la prueba confesional realmente el juicio estaría resuelto, pues si el culpable reconoce su culpa no habría más indicios que reunir para verificar la situación, qué más verdad podría buscarse si no hay otra mejor que la de la propia boca del responsable.

Ahora aquí un hecho muy importante: la confesional civil, *sigue teniendo valor pleno* cuando se trata de *confesión expresa* o de *hechos admitidos*, con lo cual la confesión determinada como *perjuicio* al absolvente parece que haya perfectamente excusa en el *prejuicio* aludido: “*lo confesado se tiene por juzgado*”. Entonces la irracionalidad lingüística encontrada en la confesión civil apunta a su origen, es decir, a su concepto, el cual aparece preinterpretado.

Con lo antepuesto, a la concepción de confesión civil le urge ser redeterminada. Un concepto racional habría de tener en cuenta lo siguiente: en principio, que se trata de una prueba y no de una sanción, para apartarla de cualquier similitud con la confesión ficta. Segundo, debe reflexionarse: ¿la culpa es fatalmente de quien la asume?, ¿aceptarlo, no sería un acto de habla performativo?, es decir, legalmente no se estará *creando* un hecho institucional por la sola declaración de cierto contenido, ¿no se estará ensalzando la verdad absoluta al valor la confesión expresa o los hechos admitidos con valor pleno, y con el fin de aminorar el deber judicial de reunir *todos* los argumentos racionales seguros para inducir una decisión?.

Las respuestas a dichas interrogantes indican que la confesión no sólo está preinterpretada, sino que además se trata de una abstracción. La declaración de culpabilidad aporta un cierto grado de probabilidad de ser cierta, es decir, es un indicio que puede o no ser verdadero, en relación con la coherencia con el demás material probatorio. Esta es la idea correspondiente a una verdad judicial entendida como probable.

Pese a lo anotado, la ley hace abstracción de la probabilidad de que quien confiesa no sea responsable, al considerar verdad absoluta el asentimiento del absolvente sobre ciertos hechos del juicio, trasladando este medio de prueba de un indicio probable a un indicio necesario⁵⁰. Así el concepto abstracto de la confesión provoca por un lado: la segmentación en benéfica y perjudicial de la declaración en confesión, el propósito violento abiertamente de perjudicar al absolvente, así como su diseño de ejecución asertórico y por excepción hipotético.

El objetivo de probar es el de reconstruir coherentemente los hechos controvertidos, para que el juez se encuentre en condiciones de inferir una decisión sobre la probable verdad judicial. En particular, la confesión es útil en la reconstrucción coherente de los hechos, aportando información sobre hechos propios del absolvente relacionados con los hechos debatidos y que según algunos autores, exclusivamente adquiere validez probatoria, solventando las pretensiones de verdad y de veracidad.

Con estas características podría formularse un concepto de confesión, si no concreto por lo menos cercano, reivindicando el motivo racional de la confesión como prueba: la verdad como coherencia basada en hechos propios del declarante ligados con el litigio, y sería plausible integrar además todas las pretensiones de validez comunicativa.

La redeterminación de la confesión sería sobre la pretensión de inteligibilidad de manera que nada en una confesión quedará implícito, tendría obligadamente que recabarse una declaración ilocucionaria, lo cual implicaría la tematización de todo hecho sobreentendido, oculto o supuesto, como los hechos notorios, presumidos, admitidos e irrelevantes. También habría que redeterminar la confesión ficta para tornarla ilocucionaria y suprimir su determinación como

⁵⁰ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México. Op. Cit.*, p. 100.

sanción, para que operen en su lugar las medidas de apremio y en última instancia, la deserción de la prueba, con la mira de generar la participación de los involucrados y respetar su derecho de contradecir o refutar.

Subsiguientemente con base en la pretensión de verdad, el concepto de confesión tendría que propiciar la recopilación de datos verdaderos, con referentes determinados o determinables lo que además se relaciona con la veracidad de los mismos, todo lo cual habría de lograrse a través de su interrelación con las demás pruebas. Del mismo modo, la connotación redeterminada tendría que prescindir de toda motivación violenta oculta o abierta, protegiendo al absolvente de ser objeto de coacción en la rendición de su declaración.

Por ejemplo: *“La prueba confesional, es un medio de prueba con el objetivo de contribuir en la reconstrucción de los hechos debatidos, de forma coherente e ilocucionaria, a través de los hechos conocidos del declarante, y cuya validez probatoria, se funde en la solventación de las pretensiones de racionalidad comunicativa”*.

2.1.2.3. Formalidades de la confesión judicial provocada.

El Ofrecimiento. Desde los escritos iniciales y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, se podrá ofrecer la prueba de confesión y las partes se obligarán a declarar bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exija el contrario. (Art. 308 CPCDF)

La manera como se ofrece este medio de prueba usualmente es mediante la presentación de un pliego de posiciones⁵¹. No es necesaria la presentación del pliego, de hecho es admisible la prueba sin su mediación, sin embargo la importancia de su exhibición corresponde al interés del oferente de la prueba para obtener en su beneficio la declaración de confesión ficta⁵² del absolvente, siempre y cuando éste haya sido previamente apercebido de ello, en caso de no presentarse al desahogo de la prueba y además, abre la posibilidad de ejecutar el interrogatorio en ausencia del oferente. (Arts. 292 CPCDF; 89 y 201 CFPC)

En cuanto al oferente de la prueba (el articulante), también le es aplicable la confesión ficta, basada en las posiciones que haya formulado. La norma dispone que únicamente, sea efectiva cuando le perjudique lo respectivo a los hechos propios que consten en sus posiciones y contra ellos no se le admitirá prueba de ninguna clase. (Art. 126 del CFPC)

En la precedente disposición se hace uso de la confesión ficta en contra del articulante, quien tiene negada la posibilidad de desempeñar las pretensiones de validez de sus propias posiciones, es decir, no puede solicitar que se anule la confesión ficta dictada en su contra, argumentado error, confusión, engaño o violencia; a diferencia del absolvente que en materia común, si puede apelar la declaración de confesión ficta aunque hasta sentencia definitiva.

⁵¹ Anexo 1.

⁵² La declaración de confeso se hará a petición de parte en el mismo acto de la diligencia o dentro de los tres días posteriores. El auto en que se declare confeso al litigante o en el que se deniegue esta declaración es recurrible en apelación de la sentencia definitiva. (Arts. 323 y 324 CPCDF)

La preparación. La prueba se prepara elaborando el pliego de preguntas, presentándolo a tiempo, asimismo citando de forma personal y oportuna al absolvente⁵³. Las preguntas o posiciones deben cumplir con ciertos requisitos legales:

a. Las posiciones deberán articularse en términos precisos; y no han de contener cada una más que un sólo hecho y éste ha de ser propio de la parte absolvente⁵⁴,

b. No han de ser insidiosas⁵⁵. De acuerdo a la ley, son insidiosas las preguntas que se dirijan a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con objeto de inducirlo al error y obtener una confesión contraria a la verdad.

c. Un hecho complejo compuesto de dos o más hechos, podrá comprenderse en una posición cuando por la íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro⁵⁶.

d. Podrán articularse posiciones relativas o hechos negativos que envuelvan una abstención o que impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, siempre que se formulen en términos que no den lugar a respuestas confusas⁵⁷.

e. Las posiciones deberán concretarse a hechos que sean objeto del debate, debiendo repelerse de oficio las que no reúnan este requisito. (Arts. 311 y 312 CPCDF)

f. La legislación federal agrega que deben ser afirmativas, es decir, que se deben plantear de forma asertórica. (Art. 99 CFPC)

⁵³ Art. 309 CPCDF.

⁵⁴ “Hecho propio, o personal, es aquel en que ha intervenido la persona que confiesa, y aquel de que tiene conocimiento directo.” *Ibidem*, p. 155.

⁵⁵ “Insidioso, sa....Malicioso con apariencias inofensivas...”. *Nuevo Larousse Básico*. Samra. México. 1989. p. 794.

⁵⁶ Por ejemplo: -que el testamento está suscrito por el señor Ciro Rodríguez, quien era su abuelo paterno. Respuesta.- si.

⁵⁷ Por ejemplo: -Afirma que se abstuvo de firmar. Respuesta.- Si.

En estas reglas se observan exigencias equivalentes a las pretensiones de claridad en el inciso **a.**, de verdad en los incisos **b.** y **d.**, y de veracidad también en el inciso **b.**, sólo faltaría la pretensión de rectitud⁵⁸.

En el inciso relativo a la obligación de oficio de desechar toda pregunta que no se ajuste a los hechos controvertidos, no parece corresponder al principio dispositivo de las partes que supuestamente rige al proceso civil más bien corresponde a un carácter inquisitivo, al no permitir que el articulante manifieste la pertinencia de su pregunta y al contrario, propiciar la infiltración de patologías lingüísticas.

También es criticable la exigencia del código federal para elaborar posiciones en forma afirmativa. La formulación sería algo como: -“*que diga si es cierto como lo es que vivía en la casa de las rosas*”. Comunicativamente no es racional asumir actitudes asertóricas, ni positiva ni negativamente, porque entorpecen el entendimiento, particularmente porque es probable que se incida en la respuesta con dicha formulación.

Del mismo modo, las disposiciones que regulan la elaboración de posiciones no ayudan mucho, no explican lo que debe entenderse por posiciones, por absolvente, por articulante, ni siquiera se menciona en el código la frase introductoria de la diligencia: “*que diga si es cierto como lo es*”, tampoco se habla sobre sus efectos, se omite su explicación o funcionamiento, por lo que parecen operar como elementos perlocucionarios.

El desahogo. La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los abogados⁵⁹. Una vez abierta la audiencia de pruebas y alegatos el día y horas señalados al efecto, serán llamados por el secretario los litigantes y demás personas que deban intervenir en el juicio, se determinará quiénes deben permanecer en el salón y quiénes en lugar separado hasta que se requiera su presencia. Si son varios los absolventes y al tenor de un mismo interrogatorio,

⁵⁸ Si una de las partes estimare ilegal una pregunta, podrá manifestarlo al tribunal, a fin de que vuelva a calificarla. Si se declara procedente, se le repetirá para que la conteste, apercibida de tenerla por confesa, si no lo hace. (Art. 109 CFPC).

⁵⁹ Arts. 387 CPCDF y 103-128 CFPC.

las diligencias se practicarán separadamente y en un mismo acto, evitando que los que absuelvan primero se comuniquen con los que han de absolver después. (Art. 314 CPCDF)

Las personas que pueden articular y absolver posiciones son aquellas a quienes la ley les reconozca capacidad procesal, como se precisa:

a. Le es permitido articular posiciones al procurador que tenga poder especial para absolverlas o general con cláusula para hacerlo. (Art. 308 CPCDF)

b. Las personas físicas que sean parte en juicio sólo están obligadas a absolver posiciones personalmente, cuando así lo exija el que las articula y desde el ofrecimiento de la prueba se señale la necesidad de que la absolución deba realizarse de modo estrictamente personal y existan hechos concretos en la demanda o contestación, que justifiquen dicha exigencia, la que será calificada por el tribunal para así ordenar su recepción.

c. El mandatario o representante puede absolver posiciones por alguna de las partes, con la condición de conocer los hechos controvertidos propios de su mandante o representado, y no podrá manifestar desconocer los hechos propios de aquél por quien absuelve, ni podrá manifestar que ignora la respuesta o contestar con evasivas, ni mucho menos *negarse a contestar o abstenerse de responder de modo categórico en forma afirmativa o negativa, pues de hacerlo así se le declarará confeso de las posiciones que calificadas de legales se le formulen. Por último, el que comparezca a absolver posiciones después de contestar afirmativa o negativamente, podrá agregar lo que a su interés convenga.* (Art. 97 CFPC)

d. Tratándose de personas morales, la absolución de posiciones siempre se llevará a efecto por apoderado o representante, con facultades para absolver, sin que se pueda exigir que el desahogo de la confesional se lleve a cabo por apoderado o representante específico. En este caso también será aplicable lo dispuesto para mandatarios o representantes. (Art. 310 CPCDF)

En las disposiciones legales antepuestas se tiende a la asunción de actitudes asertóricas, condicionando y forzando también actitudes categóricas en los interlocutores, todo lo cual

contraría lo dispuesto por la comunicación racional para alcanzar el entendimiento mutuo, porque la idea es lograr una reconstrucción coherente de los hechos, una interpretación común de la situación.

e. Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública, no absolverán posiciones con el mismo procedimiento, pero la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las preguntas que quiera hacerles para que, por vía de informe, sean contestadas dentro del término que designe el juez y que no excederá de ocho días. En el oficio se apercibirá a la parte absolvente de tenerla por confesa si no contestare dentro del término que se le haya fijado o si no lo hiciera categóricamente afirmando o negando los hechos. (Art. 326 CPCDF)

Esto último desnaturaliza la confesión, sobre todo desde el punto de vista personal cuya trascendencia se trata de incorporar en la prueba, de modo que permite de una manera muy cómoda al servidor público, redactar su informe, incluso lo podría escribir su asesor jurídico. Y tal vez no sea tan grave, excepto porque se rompe el principio de la igualdad entre las partes, y es que ante la imperante corrupción actual debería de exigirse su cumplimiento.

El juez recibe la prueba confesional lista para ejecutarse. Se toman los datos generales del declarante, asimismo la protesta de decir verdad⁶⁰ y se le apercibe de las sanciones aplicables en caso de no apegarse a la protesta. Si lo hay, se abre el sobre contenedor del pliego de posiciones, se califican⁶¹ y aprueban las preguntas que se ajusten a la ley. El absolvente firmará el pliego de posiciones. (Art. 325 CPCDF)

No se permite que el absolvente esté asistido por su abogado, procurador, ni otra persona, ni se le dará traslado ni copia de las posiciones, ni término para que se aconseje. Con excepción de los traductores o intérpretes. (Art. 315 CPCDF)

⁶⁰ “La legislación mexicana ha sustituido el juramento por la protesta de decir verdad. Esta protesta tiene el valor de una promesa de veracidad formulada por el confesante previo requerimiento judicial... [establecida] como garantía de la sinceridad de la confesión, tiene su origen en la pretendida máxima de experiencia que atribuye a estas invocaciones la eficacia de provocar en el confesante la disposición de ánimo propicia a la veracidad. Estas invocaciones tendrían...un sustitutivo eficaz en la ilustración acerca de las consecuencias de la falsedad en juicio, hecha oportunamente por el juez. ”. De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, pp. 162 y 163.

⁶¹ Cabe destacar que contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno. (Art. 313 CPCDF).

Esto es, se suprime el derecho a la contradicción o a la defensa del absolvente. De lo dispuesto en esta norma, se cuestiona, ¿es racional impedir la asesoría de un abogado al absolver posiciones con la justificación del aleccionamiento?, ¿se mantiene la igualdad procesal entre las partes?, ¿no hay un desequilibrio?.

Desde el punto de vista de la igualdad entre las partes pudiera aseverarse que se mantiene el equilibrio, en razón de que el coligante tendrá la misma oportunidad para articular posiciones, no obstante, el hecho de absolver las posiciones articuladas por un abogado, sin la asistencia del defensor del absolvente para prevenir el aleccionamiento, en realidad lo deja en estado de indefensión porque quien realiza las preguntas es también un abogado, ¿entonces la ley supone que el abogado articulante no llevará a cabo acciones procesales orientadas al éxito a cualquier precio en la elaboración del pliego de posiciones, si el objetivo mismo de la confesional es perjudicar al absolvente?, ¿cómo va a saber el absolvente que está coadyuvando en su propio perjuicio?, su abogado sería quien se daría cuenta y en su caso, pediría al juez su intervención para que el articulante reformulará sus preguntas. Ahora, está normado que el juzgador realice esta operación, pero en la práctica no siempre preside el desahogo sino el secretario.

Volviendo al desarrollo del desahogo. El interrogatorio inicia por lo general con la frase: *“Diga usted, si es cierto como lo es: a la primera...”* y se lee la primera pregunta p.e., *“...que dejó de pagar...”*. Si el absolvente no contesta si o no, se insiste y se le apercibe para obtener su respuesta categórica, después se le permite hacer los comentarios que considere convenientes⁶². Luego se pasa a la segunda pregunta y así sucesivamente hasta finalizar el interrogatorio⁶³.

Enseguida el funcionario del juzgado cede la palabra al articulante para que en su caso formule nuevas posiciones⁶⁴. Al finalizar, cambian los roles y el que era absolvente puede desempeñarse como articulante e iniciar un interrogatorio a su contraparte (lo usual es que en la práctica no se dé así, por la ausencia del abogado del primer absolvente). También el juez puede

⁶² *“La pregunta que debemos contestar –pensemos en el ejemplo extremo del interrogatorio o de la declaración ante tribunal- es como una barrera que se establece contra el espíritu del lenguaje que quiere expresarse y quiere diálogo (“aquí hablo yo” o “responda a mi pregunta”). Lo dicho nunca posee su verdad en sí mismo, sino que remite, hacia atrás y hacia delante, a lo no dicho.”* Gadamer. *Verdad y Método II*. Tr. Manuel Olasagasti. Sígueme. Salamanca. 2000. p. 151.

⁶³ Art. 316 CPCDF.

⁶⁴ Interrogatorio directo.

interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias conducentes a la reconstrucción coherente de los hechos. (Arts. 317, 318 y 389 CPCDF)

En el acta de la audiencia *se hace constar la contestación del absolvente implicando la pregunta del articulante* (en materia federal, el artículo 114 señala que las declaraciones serán asentadas literalmente), iniciándose con la protesta de decir verdad y los datos generales. El acta deberá ser firmada al pie de la última hoja y al margen de las demás en que se contengan las declaraciones producidas por los absolventes, después de leerlas por sí mismos o por la secretaria. Si no supieren firmar se hace constar esa circunstancia. (Art. 319 y 389 CPCDF)

¿Por qué las actas de audiencia sólo muestran un resumen de lo dicho en la diligencia?, ¿y qué implicación tiene en la prueba confesional esta práctica?. Con base en la teoría de los actos de habla, los elementos perlocucionarios son las intenciones ocultas, supuestas o sobreentendidas de un acto de habla. Si en el acta de la audiencia se redacta la respuesta omitiendo la pregunta y haciéndola implícita en la respuesta, parece probable que dicha acta resulte perlocucionaria.

Los operadores del derecho justifican esta práctica con el principio de economía procesal, señalando que pueden suponerse las preguntas al leerse las respuestas que comprenden el acta de la audiencia, pero comunicativamente lo probable es la configuración de un metalenguaje de primer nivel que no corresponde al lenguaje objeto, facilitando la tergiversación o manipulación de la información.

En la reconstrucción de la verdad judicial entendida como coherencia entre las ideas, es menester contar con la mayor cantidad de información posible de manera que se eviten o se superen elementos perlocucionarios, pero por el contrario en esta línea, la norma está propiciando la generación de falacias abstractivas con la excusa del principio de economía procesal.

Continuando con el procedimiento de desahogo, cuando el absolvente se haya enterado de su declaración y manifieste no estar conforme con los términos asentados, el secretario procede acerca de las rectificaciones que deban hacerse. Una vez firmadas las declaraciones, no pueden variarse ni en la sustancia ni en la redacción. La nulidad a causa del error o la violencia se

substanciará incidentalmente y la resolución se reservará para la definitiva. Si el absolvente se encuentra enfermo, el personal del tribunal se puede trasladar al lugar donde aquél, para desahogar la prueba. (Arts. 320 y 321 CPCDF)

Como puede observarse, una vez firmada el acta de la diligencia el absolvente sólo podrá promover un incidente de nulidad que será resuelto en sentencia definitiva, cuando argumente en su favor, que su confesión adolece de las patologías de error y violencia, dejando fuera las patologías de confusión y engaño. Según se ha observado toda confesión tendría que ser impugnada porque siempre es violenta comunicativamente. Además, también tiene aplicación casi indiscriminadamente el principio de la inmediatez procesal, criterio por el cual el juzgador le otorga únicamente validez a las primeras declaraciones sobre las posteriores, de modo que lo usual será que se ratifique el valor de la confesión impugnada.

El CFPC establece en el artículo 123 que *en contra de la confesión expresa de hechos propios no se admitirá, a la parte que la hubiere hecho, prueba de ninguna clase*, a no ser que se trate de demostrar hechos ignorados por ella al producir la confesión, debidamente acreditados o de hechos posteriores, acreditados en igual forma. Esto es, se preinterpreta como la verdad judicial absoluta.

Por lo que *la confesión expresa es tasada como prueba plena también en el ámbito federal*, cuando es hecha por una persona capaz de obligarse, con pleno conocimiento (interpreto que se refiere a tener claro el sentido perjudicial de la confesión), sin coacción ni violencia (¡la concepción de la prueba es violenta!), y se trate de un hecho propio o en su caso, del representado o del cedente, y concerniente al negocio. Se predetermina pues, como voluntaria.

También los hechos propios de las partes, aseverados en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto del juicio, harán prueba plena en contra de quien los asevere, sin necesidad de ofrecerlos como prueba. (Arts. 199 y 200 CFPC) Igualmente, es criticable la preinterpretación de una certeza necesaria y no probable, o dicho de otro modo como prueba plena y no como indicio.

2.1.2.4. Confesión y testimonio o declaración de parte.

Durante mucho tiempo la confesión fue considerada reina de las pruebas⁶⁵ (como se ha visto, en México sigue siéndolo cuando menos en la confesión expresa y hechos admitidos), pero debido a su desprestigio y su repetida futilidad práctica, se ha venido desplazando para incorporar la declaración o testimonio de parte, incluso en algunos países como Inglaterra, Austria y Alemania han preferido sustituir la confesión por la declaración de parte. A diferencia de la confesión practicada a través de la articulación y absolución de posiciones, la declaración de parte se realiza con interrogatorios formulados libremente, con la única condición de circunscribirse a los hechos debatidos que conozca el declarante.

Si no asiste el declarante a la audiencia no se sanciona con la confesión ficta, sino que se aplican medidas de apremio para que asista. El tratamiento es el mismo dado a un testigo, con la única finalidad de reconstruir los hechos congruentemente. Esta sería una excelente propuesta para redeterminar comunicativamente la confesión.

En la declaración de parte se tiene la intención de liberar el interrogatorio de fórmulas cerradas como las posiciones, las cuales introducen toda la información del hecho controvertido en un planteamiento categórico para obtener a la vez una contestación asertórica y secundariamente, hipotética. La forma rígida de la confesión más bien obstruye la obtención de datos relevantes lo cual entorpece también la consecución de una verdad coherente.

⁶⁵ “Cuando ciertas verdades religiosas...tuvieron mayor ascenso..., la confesión gozó de gran prestigio y fuerza, y la solemnidad y el respeto de que la rodeaban el juramento hecho en nombre de dios...contribuyeron a mantenerla en una altura superior a la de todos los elementos demostrativos. De aquí, el axioma de que **lo confesado se tiene por juzgado**; que..., se invoca todavía en los tribunales...Mas el juramento ha perdido casi por entero su antigua respetabilidad y...después de haberse consignado,...el derecho a profesar todo género de creencias religiosas, y, como consecuencia, el de jurar por ideas u objetos a veces poco dignos de consideración, el Código ha venido, ... a omitir deliberadamente la calificación de plena con que se conocía esta prueba ..., permitiendo a los tribunales apreciarla en conjunto con todas las demás...**Este prejuicio** (considerarla prueba plena) ha servido para mantener, en los medios judiciales, el prestigio de la prueba de confesión y para que los legisladores contemporáneos no se hayan atrevido a alterar en lo fundamental, la regulación y los efectos que tuvo en los tiempos remotos...El espíritu acentuadamente conservador de las clases forenses siente todavía un apego irrazonado hacia este medio de prueba, que no es ni más ni menos apta que cualquier otra para la averiguación de la verdad, pues este resultado no depende tanto del medio de prueba que se utilice en una caso determinado, como de la probidad, de la pericia del juez, y de la lealtad de las partes...Algunos legisladores, han sustituido el juramento por la protesta de decir verdad o la promesa por el honor, pero no se han resuelto a configurar este medio de prueba como lo que realmente es, como un testimonio de parte, al que son aplicables, en cuanto a su práctica y apreciación, las mismas reglas que al testimonio de tercero”. De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, pp. 142-145.

Por último, la valoración de la confesión civil se rige por las reglas generales de la prueba. Su apreciación será fijada por el juez de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia, motivando y fundando su juicio. Según la Corte, la confesión ha dejado de ser una prueba plena, actualmente tiene el valor de un indicio⁶⁶ cuyo valor probatorio dependerá de su coherencia con las demás pruebas presentadas⁶⁷. De esta regla se exceptúan la confesión expresa y los hechos admitidos. Con esto se termina la exposición del discurso jurídico de la confesión civil para dar inicio a su análisis comunicativo.

⁶⁶ “Objeto material o circunstancia de hecho, que permite formular una presunción que deba razonar el juez”. Molina, González Héctor. *Op. Cit.*, p. 14

⁶⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª. Época, tomo IV, p. 426. “PRUEBA CONFESIONAL INVEROSIMIL. VALOR DE LA. La prueba confesional debe valorarse en relación con todas las constancias de autos, debiéndose destacar que el moderno derecho procesal rechaza el examen aislado e independiente de cada prueba, pues la convicción del juzgador se ha de formar por la concatenación de los diferentes datos que lleguen a su conocimiento, por lo cual si la confesión no se encuentra corroborada por algún otro elemento de prueba, sino que, por el contrario, resulta inverosímil y contraria a las constancias de autos, no se le puede asignar valor probatorio pleno, y es por ello correcta la actitud del juzgador cuando basado en las reglas de la lógica y la experiencia, funda su sentencia tomando en cuenta todas las constancias de autos y no solamente una confesión que incluso resultara contraria a las mismas. En consecuencia, la confesión no puede producir efecto probatorio alguno en aquellos casos en que la ley se lo niegue, o cuando venga acompañada de otras pruebas o constancias de autos que la contradigan y la hagan inverosímil”.

2.1.3. Análisis comunicativo de la prueba confesional civil.

Dentro del derecho probatorio civil, existe un elemento de prueba que opera por antonomasia a través de un interrogatorio, éste es el que corresponde a la confesión, paradigma *sui generis* de los interrogatorios judiciales.

2.1.3.1. Problematización del interrogatorio operativo en la confesión civil.

El primer paso obligado para realizar un análisis lingüístico según la teoría de la acción comunicativa, es la problematización, y conforme con ello el discurso jurídico como la práctica de la confesión tendrían que cuestionarse en su racionalidad.

2.1.3.1.1. Racionalidad del interrogatorio de la confesión civil

El interrogatorio destinado a la producción de una confesión en el juicio ordinario civil, se encontrará en el llamado pliego de posiciones⁶⁸. En este documento, en la diligencia, así como en su regulación, se alude a palabras que distinguen la confesión civil de otras pruebas por su empleo exclusivo, es decir, se emplea un *lenguaje técnico jurídico*, no obstante, no se encuentran connotados estos supuestos *tecnicismos* ni en el código, ni en ninguno de los metalenguajes correspondientes. Este hecho motiva su análisis lingüístico.

Comenzando con la pretensión de inteligibilidad, no son muy claras palabras como: *articular, articulante, posiciones, absolver, absolvente*, y la misma frase “*que diga si es cierto como lo es*”, ésta última probablemente la más enigmática en su origen y función, pese a que la mayoría de los operadores del derecho coincidan en que se trata de palabras y frases perfectamente entendibles y tradicionales en la jerga jurídica, sin embargo, lo frecuente es que las partes procesales e incluso los abogados que no litigan en el ramo civil, encuentran estos vocablos oscuros, pero se les percibe y acepta como *lenguaje técnico jurídico* e incluso se les considera parte de un lenguaje “*elegante o culto*”, como si el utilizarlo otorgara un status social.

⁶⁸ Anexo 1

El problema que se presenta ante la patente patología de oscuridad en el discurso de la confesión, es la dificultad para el entendimiento entre las partes, puesto que la comprensión entre las personas requiere ante todo, de compartir un lenguaje común si es que se quiere llegar a un consenso⁶⁹. En cuanto a la pretensión de verdad, los referentes de tales expresiones según el diccionario de la Real Academia Española⁷⁰ son los siguientes:

a. Articular. Del latín, *articulāre*, de *articŭlus*, juntura. En derecho significa proponer medios de prueba o preguntas para los litigantes o los testigos.

b. Absolver. Del latín, *absolvĕre*, en derecho procesal, desestimar, a favor del demandado, las pretensiones contenidas en la demanda. Es sinónimo de resolver, en el sentido de dar solución a una duda. Absolución. Del latín, *absolutiō*, *-ōnis*, de posiciones, significa en la prueba de confesión o interrogatorio de las partes, acto de responder el litigante bajo juramento o promesa a las preguntas de la otra parte.

c. Posición. Del latín. *positiō*, *-ōnis*, significa postura, actitud o modo en que alguien o algo está puesto, hace referencia también a la acción de poner, y a la actitud o manera de pensar, obrar o conducirse respecto de algo. En derecho procesal civil cada una de las preguntas que cualquiera de los litigantes ha de absolver o contestar bajo juramento, ante el juzgador, estando citadas para este acto las otras partes.

En lo relativo a la pragmática de las expresiones citadas, su uso indica que se trata de sinónimos de las palabras comunes preguntar, contestar y sus derivaciones, aunque trasladadas al medio de la confesión civil.

⁶⁹ “...dos hombres que no hablan la misma lengua no se comprenderán el uno al otro. Deben tener un lenguaje común o entenderse sobre ciertos signos o símbolos por los cuales designarían las cosas. Pero suponed que en el curso de una conversación no estéis de acuerdo con vuestro interlocutor sobre el sentido de ciertas palabras, signos o símbolos; cesaríais de nuevo de comprenderos...De donde se deriva el principio siguiente: no podéis comprender y no estar de acuerdo.” Ouspensky, P. D. *Op. Cit.*, p. 95.

⁷⁰ <http://www.rae2.es/articular>, 29/05/2008, 19:26 p.m.; <http://www.rae2.es/absolver>, 29/05/2008, 19:28 p.m.; <http://www.rae2.es/absolucion>, 29/05/2008, 19:29 p.m.; <http://www.rae2.es/posicion>, 29/05/2008, 19:31 p.m.

Aparentemente los significados que se han encontrado coinciden con el contexto en que se manejan. Ahondando en el análisis de sus referentes, en primera instancia no parece tratarse de referentes normativos, porque aunque son retomados por el código, directamente no representan por sí una obligación, permisión o prohibición, más bien sugieren referentes emotivos, quizás indirectamente sus referentes puedan ser normativos, pero sólo podría determinarse en un análisis más profundo.

Continuando con la pretensión de veracidad y como consecuencia de las probables patologías comunicativas de oscuridad y confusión en los referentes, las expresiones cuestionadas pueden convertirse en lenguaje engañoso, al hacer creer a los interlocutores que los referentes son normativos, mientras que pueden ser emotivos, toda vez que de la ley y de la práctica, sólo se puede inferir vagamente su significado con relación al contexto, lo cual contribuiría al efecto de presionar emotivamente a los participantes, hipotéticamente con el fin de obtener una confesión con pretensiones de verdad y veracidad, aunque no necesariamente sea ese el resultado⁷¹.

Puede suponerse que primordialmente en la confesión se busca satisfacer las pretensiones de verdad y veracidad, incluso algunos estudiosos así lo señalan⁷², con la finalidad de definir la coherencia de los hechos e inducir la verdad judicial, sin embargo, la comunicación racional exige además el cumplimiento de las pretensiones de claridad y de rectitud.

Desde la perspectiva del significado de *lenguaje técnico* como propio de una ciencia, arte u oficio⁷³, tendría justificación el empleo de dichas expresiones, solamente si se considera que el objetivo de un lenguaje técnico es hacer accesible, un conjunto de expresiones complejas por medio de una expresión simple⁷⁴, además si se toma en cuenta que una de las intenciones de la ética discursiva, no es precisamente perfeccionar el sentido, sino suprimir el sinsentido, y más aún si se consideran los referentes probablemente emotivos de las palabras que se examinan,

⁷¹ "...puede haber acuerdos que objetivamente sean acuerdos forzados, pero lo que a ojos vistas ha sido producido por un influjo externo o mediante el uso de la violencia no puede constar subjetivamente como acuerdo." Habermas, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 369

⁷² Ver *supra* inciso 2.1.2.1. Concepto de confesión.

⁷³ *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 1462.

⁷⁴ Berumen Campos, Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho. Op. Cit.*, p. 391.

entonces, bien puede concluirse que ese supuesto “*lenguaje técnico jurídico*”, primero no parece ser necesario, y en cambio, tendría un efecto perlocucionario: generar un respeto “dogmático”, más allá de la comprensión ordinaria, sumando a su empleo restringido a la confesión civil, apuntaría hacia la intención oculta de impactar psicológicamente el ánimo de los interlocutores.

Sintetizando este examen preliminar, se entrevé la presencia de patologías comunicativas. Se observa falta de claridad relacionada con la creación de palabras aparentemente *técnicas* para referirse a situaciones comunes, lo cual estaría complicando innecesariamente situaciones simples con palabras complejas. Derivado de lo anterior, se aprecia también error y confusión en los referentes, afectando previsiblemente la veracidad de dichas expresiones. Asimismo se advierte la propensión a generar con su uso, violencia oculta, significando una doble patología, en tanto parece ejercerse coacción psicológica pero de forma subrepticia.

De manera tal que provisionalmente, la terminología del interrogatorio de la confesión civil, de conformidad con los pormenores asentados, autorizarían para su calificación de irracional, y por ende, el discurso fundamentador de la confesión civil no estaría satisfaciendo las condiciones para el desarrollo de una comunicación racional.

El imperativo siguiente sería redeterminar la terminología supuestamente “*técnica*” de la confesión, y al parecer la forma más sencilla tanto como, asequiblemente la más racional, podría ser optar por el empleo de las palabras simples: preguntar y responder en sus respectivas conjugaciones y eliminar la fórmula “*diga si es cierto como lo es*”, a esta última se hará referencia más adelante. Al elegir esta sugerencia se suprimiría la inmoralidad al tiempo que se conservaría la racionalidad discursiva.

La problematización y desempeño de las expresiones analizadas, en la práctica se torna inconcebible. Los operadores del derecho no intuyen ningún efecto nocivo o de carácter inmoral inmerso en su empleo, y también se manifiestan con toda la disposición para resolver cualquier duda al respecto. La realidad empero, muestra a quienes tienen la mala fortuna de llegar a un

tribunal, con la impresión que de hecho significa estar ante un juzgado, inhibidos como para preguntar sobre el significado de alguna palabra que no entienden, es mas, normalmente ni siquiera leen debidamente su declaración, menos se atreverían a preguntar el significado de una palabra. También argumentan débilmente quienes operan el derecho, que se trata de una costumbre sin ninguna trascendencia, con lo cual se observa que se sigue un uso o costumbre de manera irreflexiva que puede convertirse eventualmente en prácticas dogmáticas con contenidos perlocucionarios.

Durante el desenvolvimiento del juicio en el que tiene lugar la prueba confesional, se hace referencia a las expresiones examinadas, con lo cual se confirma su importancia no sólo teórica sino práctica. Así, pueden encontrarse tales voces cuando menos en el pliego de posiciones, durante la diligencia y en el acta de la misma⁷⁵. La empresa a resolver en adelante, será determinar la actitud en la que se encuentran dichas palabras.

En el ejemplo del pliego de posiciones que se anexa al final de este trabajo, se observa la manera como generalmente se redacta, el preámbulo es más o menos como sigue: “*Pliego de posiciones **que deberá de absolver** la parte demandada*”. En tal acto de habla al parecer regulativo, el elemento ilocucionario lo constituiría *la obligación de absolver*, mientras que la demás información correspondería al elemento proposicional. Con fundamento en el análisis preliminar de las expresiones en cuestión, también podría calificarse este acto de habla como emotivo, al tener inmersa la palabra *absolver*.

Luego, en el ejemplo del acta de la audiencia se redacta aproximadamente del siguiente modo: “...*califica de legales las **posiciones articuladas** por el señor Gmork... en este acto la parte demandada, por voz de su abogado, **articula** las siguientes **posiciones** adicionales... Calificada de legal la **posición** que antecede, **el absolvente** contesto:... firmando para constancia **el absolvente** al margen.*” En el acta de la audiencia se manejan actos de habla constatativos, en donde los elementos ilocucionarios se integran básicamente por verificaciones relativas a la

⁷⁵ Anexos 1 y 2

articulación o absolución de posiciones. También le es aplicable la misma aclaración del ejemplo anterior, acerca de la incorporación de elementos ilocucionarios emotivos, o sea, las expresiones que se cuestionan aquí.

Durante la diligencia y considerando que cada operador del derecho tiene su propia manera de dirigirla, la comunicación funciona de forma cercana ha como se muestra enseguida:

“El secretario. – “*Sr. Fujur (demandado), diga si es cierto como lo es: a la primera, que conoce al señor Marcelino Pan y Vino?, ¿si o no?*”.

Sr. demandado. – “*Si*”.

El secretario. – “*A la segunda, que firmó el cheque no. 0010...*” (Luego a la tercera, a la cuarta y así sucesivamente hasta terminar el pliego).

El secretario. – “*Sr. Fatuo (actor), quiere agregar posiciones?*”.

Sr. actor. – “*Si. Que diga el absolvente si celebró con el señor Marcelino Pan y Vino contrato de depósito bancario de dinero a la vista, al que le fue asignado el no. de cuenta 0022*”, (se califican previamente las posiciones para enseguida reiniciar el interrogatorio.

Posteriormente pregunta el secretario al absolvente: – “*Sr. Fujur (demandado) ¿quiere usted articular posiciones al Sr. Fatuo (actor)?*, si respondiere que si, continúa el interrogatorio hasta concluirlo en su totalidad)”.

Puede notarse que durante el desarrollo de la audiencia, tienen lugar las expresiones examinadas en actos de habla al parecer emotivos, lo cual se hace probable en razón de que las palabras *articular, absolver, posiciones*, la frase “*diga si es cierto como lo es*”, no tienen o por lo menos no se les ha identificado hasta ahora un referente normativo directo. También aparecen actos de habla constatativos en relación a las verificaciones que se manifiestan.

Per sé, las palabras *absolvente* y *articulante*, se ubicarían en actitud hipotética al tratarse aparentemente de sustantivos⁷⁶, y con esa constitución neutra es posible identificar a alguien indeterminado como articulante o absolvente. Por supuesto, ahora se sabe que no cualquier persona puede desempeñar esos roles, es decir, no cualquiera puede preguntar o responder, sino sólo los individuos partes de un juicio civil y a propósito de una confesión, por lo que les corresponden derechos específicos y obligaciones concretas, ya sea para formular posiciones si se trata del articulante o de resolverlas si se trata del absolvente, he aquí los referentes normativos indirectos (normas jurídicas que los regulan de forma indirecta) que se tienen por preinterpretados en el uso de dichas expresiones.

Consecuentemente, la pragmática contradice la semántica en tales palabras, pues por un lado, la semántica designa una actitud hipotética (e incluso la sintaxis, en los actos de habla que contienen dichas palabras), y la pragmática por otro lado hace alusión a una actitud asertórica, puesto que en la realidad, tanto el absolvente como el articulante son individuos determinados y no indeterminados como sugiere su semántica. Y si es correcto este supuesto, se ha encontrado que el sustantivo absolvente y articulante, tienen una intención oculta, por consiguiente, se trataría de elementos perlocucionarios.

Pudiera argumentarse que en la ley es general y no puede hacerse ninguna clase de determinaciones o especificaciones de ningún tipo, esto es, la ley no puede personalizar, entonces de alguna manera general se han tenido que denominar a los interlocutores de una confesión, lo cual no se discute, pero lo que no es aceptable racionalmente, es introducir indeterminaciones de la ley a la práctica, lo contrario implicaría incluir elementos perlocucionarios en la praxis. La manera como operarían dichos elementos perlocucionarios hipotéticamente es haciendo imaginar a los interlocutores una comunicación neutral o digamos racional, cuando en realidad es asertórica, recuérdese que la actitud asertórica es en primera o segunda persona, mientras que la actitud hipotética es en tercera persona. Y en el juicio, ni siquiera el juez es alguien indeterminado.

⁷⁶ “Cualquier palabra que designa un ser o un objeto...”. *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 1437.

Podría surgir la pregunta ¿cuál es la relación entre la indeterminación y la actitud hipotética?. Es cierto que una es la persona y otra cosa es la actitud que esa persona asuma, pero la situación compleja se presenta porque se trata de un interrogatorio, cuya finalidad en términos del código es *perjudicar*, por ello, si con el manejo de esas expresiones, se provoca además una sensación irreal de que quien articula es alguien indeterminado, y quien absuelve responde a alguien indeterminado también, se tendría una ficción jurídica con repercusión en la racionalidad del juicio, porque en principio ni siquiera coincide la realidad con el discurso.

Es claro en la práctica que el interrogatorio es directo. Del articulante, por ejemplo, del señor Bastían, al absolvente, señor Atreyu, con la mediación del juez. Desde esa óptica existen actitudes asertóricas, en tanto hay una primera persona dirigiéndose a otra segunda persona, el tercero sería el juez digamos quien representaría la actitud hipotética, pero el articulante no estará formulando posiciones sin interés a otro sujeto indeterminado y tampoco el absolvente va a responder a un ser etéreo sin que le conciernan sus propias respuestas, sino al articulante quien es su contrario. Entonces no es válido racionalmente, disfrazar con palabras sin intención, la realidad intencionada.

Todo apunta a que la práctica ha tratado de absorber la actitud hipotética utilizando expresiones neutras semánticamente, pero unilaterales o determinadas pragmáticamente. Por ello sería indispensable precisar con claridad en la ley, los sustantivos *absolvente* y *articulante* como se hace para definir al arrendador o al fiador en los contratos civiles, de manera que coincidan la realidad y el discurso e incorporar la actitud hipotética por ejemplo, en la formulación de las posiciones, paralelamente con un mecanismo para verificarla durante la calificación legal y para eso se requiere de establecer un procedimiento puntual del interrogatorio.

De lo anterior se deriva que las intenciones de las palabras estudiadas no simplemente se refieren a preguntar y a responder como se encontró en el examen preliminar, sino que tienen intenciones implícitas muy concretas, aunque ocultas. Pero falta un eslabón para tener un esbozo completo, y ese es el relativo a las *posiciones*. Para llegar a este punto es menester iniciar el análisis de otra incógnita del discurso de la confesión civil, y en esta oportunidad se expone.

2.1.3.1.2. El enigma de la frase “*diga si es cierto como lo es*”.

En el inciso anterior ya se ha mostrado cómo y en qué momento se pronuncia la fórmula. El funcionario del juzgado quien tiene a su cargo la ejecución de la prueba, previamente al cuestionamiento, declara como preludio mientras se dirige al absolvente: “*diga si es cierto como lo es*”.

El origen de la oración aún es desconocido, aunque hay quien supone que surge en el derecho canónico durante el tiempo del Tribunal del Santo Oficio, pero no se tiene conocimiento ni indicios, de dónde y cuándo surgió. Algunos también sugieren que se trata de una mala práctica mexicana adoptada recientemente, aunque en la ley no se contempla y menos obliga a que se pronuncie durante el desahogo de la confesión, tampoco la doctrina hace referencia y sólo se han encontrado un par de tesis jurisprudenciales en materia civil y otra en materia laboral, que más adelante se presentarán, ahora toca iniciar el examen comunicativo de esta fórmula.

Empezando con la pretensión de inteligibilidad, el enunciado no es comprensible, la redacción es rebuscada, dificultándose su entendimiento en primer lugar. En lo concerniente a la pretensión de verdad, en la parte “*diga si es cierto*” de la oración, se hace referencia al requerimiento dirigido al absolvente, buscando su manifiesto sobre la certeza de lo cuestionado al sobreentenderse que el absolvente tiene la información requerida por el articulante, lo cual parece propio de la prueba confesional.

La segunda parte de la fórmula “*como lo es*”, contiene el adverbio *como* el cual introduce el segundo término de una comparación de igualdad o se utiliza en comparaciones de cualidades, y también cuando se contraponen acciones, situaciones, etc.⁷⁷ Equivaldría a decir “*como es en la realidad*”, o pensando ya en la confesión propiamente se referiría a “*cómo ocurrieron los hechos realmente*” y con ello se destaca la pretensión de verdad de la prueba

⁷⁷ <http://www.diccionarios.com/consultas.php>, 30/05/2008, 15:21 p.m.

Con respecto de los referentes de la frase, pudiera ser que tiene un referente normativo indirecto si se le relaciona con la protesta de decir verdad, pues al rendir protesta el absolvente queda obligado a desahogar la confesión satisfaciendo pretensiones de verdad y veracidad, sin que infaliblemente se solventen. No obstante, su imprevisión legal le asignaría referentes emotivos por razón de que el código no la contempla y por sí, no representa ninguna modalidad deóntica.

También se observa una situación particular. A juzgar por las entrevistas realizadas a algunos de los operadores del derecho no tienen idea de lo que significa, sólo se refieren a ella como un formalismo que por lo demás no tiene ninguna utilidad ni relevancia y existen razones para tal ignorancia, la principal es su exclusión de la ley y sus metalenguajes. También forma parte del *lenguaje técnico jurídico de la confesión civil*, aunque en especial esta frase se usa a manera de acto de habla performativo con significado dogmático, como si al pronunciarla se produjera demiúrgicamente el cumplimiento de las pretensiones de validez de verdad y veracidad en el discurso de una declaración hecha en confesión.

La semántica de la frase completa refiere un enunciado imperativo mediante el cual se le solicita responder al absolvente, que en efecto es cierta la supuesta información que presumiblemente posee sobre los hechos controvertidos, al asignársele injustificadamente *a priori* el cumplimiento de las pretensiones de verdad y de veracidad, al tratarse de una confesión que tiene como fundamento los hechos propios del absolvente.

De lo anterior se desprende que la fórmula aparece en actitud asertórica, pues la intención de la frase es tendenciosa, y se intuye que se debe a las pretensiones de verdad y de veracidad preconcebidas sobre su formulación performativa o como derivación de la protesta de decir verdad, o bien, por la predeterminación relativa a que el absolvente cuenta con información verdadera, al tratarse la prueba confesional de los hechos propios del absolvente. Y al tenor de la insidia en la fórmula existe una tesis jurisprudencial aunque en derecho laboral, que a la letra señala:

“PRUEBA CONFESIONAL EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. LAS POSICIONES QUE EMPLEAN LA FRASE “DIGA SI ES CIERTO COMO LO ES”, SEGUIDA DE LA EXPRESIÓN “QUE USTED NO”, DEBEN DESECHARSE POR SER INSIDIOSAS. De una interpretación literal y teleológica del artículo 790, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, se advierte que no existe prohibición para articular posiciones en sentido negativo, sin embargo, si se atiende a lo previsto en dicho numeral en el sentido de que son insidiosas las que tiendan a ofuscar la inteligencia del que ha de responder para obtener una confesión contraria a la verdad, resulta evidente que quedan comprendidas en dicha categoría aquellas que inician con la frase “diga si es cierto como lo es”, seguida de la expresión “que usted no”, en virtud de que confunde la inteligencia del absolvente, pues si tuviese la intención de negar lo que se le pregunta, podría responder con un “sí”, o viceversa, lo que implica que las posiciones formuladas en los términos apuntados turban la mente del que ha de responder y, por ende, deben ser desechadas”⁷⁸.

Esta tesis traslada la posibilidad de insidia en la frase cuando se le agrega “que usted no”, pero de conformidad con lo observado, la fórmula es insidiosa con o sin aditamentos, por lo que ese hecho no es determinante de dicha patología comunicativa, quizás sólo la vuelve más confusa. La sintaxis de la fórmula tampoco corresponde a su semántica, pues para expresar claramente lo que se pretende tendría que decir, “diga *sí* es cierto como lo es” con acento porque es afirmación, estableciendo así, la imposición inmoral del enunciado intencional al absolvente, de forma estratégica y dramática, cuando se le induce a responder que sí es cierto, porque es verdad lo que se le pregunta en forma de posiciones.

Con estos antecedentes es posible identificar la patología de falta de claridad, constituida por la oscuridad en su redacción, la patología de falta de verdad en tanto sus referentes no son determinados y con dificultad podrían determinarse sobre su redacción original, y como consecuencia se le puede atribuir un referente emotivo; la patología de engaño motivada por intentar confundir a los interlocutores y principalmente al absolvente con el uso de una fórmula ficticiamente hipotética, al crear la sensación de respeto a la libertad para declarar del absolvente respecto de los hechos, preinterpretando que los conoce por la sola circunstancia de estar desempeñando el rol de absolvente, asimismo se constituye la patología de violencia subrepticia cuando se presiona el ánimo del absolvente sobre todo, así como por coaccionar y limitar su

⁷⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, diciembre de 1996, p. 323, Tribunales Colegiados de Circuito, 9ª. Época, Tomo XIII, febrero de 2001, p. 1783, Tesis XVII.2o.56 L. Además ver, Tomo IV, diciembre de 1996, p. 323, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis V.2o. J/27. Lo mismo cuando se dice: “Diga si es cierto como lo es, que es falso”.

libertad para declarar cuando se le induce a responder y a configurar una declaración en su propio perjuicio. Por lo tanto, la fórmula se presenta completamente irracional.

Si la construcción lingüística fuese “*diga sí es cierto o diga no es cierto que...*”, en actitud hipotética, se abriría la alternativa en la respuesta, partiendo únicamente de la probabilidad de que el absolvente puede o no conocer los hechos sobre los que se le cuestiona, así como de la probabilidad de que puede o no ser verdad la información que se obtenga.

Volviendo con el estudio comunicativo de esta voz, la Corte emitió la próxima tesis al respecto:

“CONFESION AL ARTICULAR POSICIONES, EXISTENCIA DE LA. Es verdad que puede existir confesión al articular posiciones, pero ello únicamente cuando quien interroga formule simultáneamente declaraciones afirmativas o negativas y que no se limite a inquirir del interrogado la respuesta. Así, por ejemplo, habrá confesión en una pregunta en posiciones como ésta: "Diga si es cierto, como lo es...", pues la parte final contiene una evidente declaración afirmativa del articulante; en cambio, no hay confesión si la misma pregunta se formula así: "Diga si es cierto...", porque en ella se limita el articulante a formular una pregunta, sin confesar por ello el hecho interrogado, ya que no formula una declaración afirmativa o negativa, sino que inquiriere acerca de la verdad o falsedad o sobre el conocimiento que el interrogado tenga sobre el hecho de que se trate.”⁷⁹

La tesis explica que la fórmula no es independiente de las posiciones, sino que forman un sólo acto de habla en el cual la fórmula hace las veces de elemento ilocucionario (más bien perlocucionario) y las posiciones de elemento proposicional. Hasta este momento se ha analizado la terminología del discurso de la confesión por separado y al punto, se ha encontrado que no cumplen en lo individual con los elementos mínimos para establecer la racionalidad comunicativa. Pero si se integran todos los elementos como el todo al que pertenecen, tal vez cambie el sentido sobre su racionalidad. Y parece ser que la palabra relevante en el discurso del interrogatorio confesional, es el de “*posiciones*”. Pero antes debe también realizarse su análisis comunicativo individual.

⁷⁹ *Semanario Judicial de la Federación* V, Febrero de 1997. p. 719. Tesis XII.2º.10 k. Tesis aislada. Materia común.

En lo relativo a la pretensión de inteligibilidad se obtiene el hecho de que la palabra *posición* puede ser clara para la mayoría de las personas en un contexto diferente al de una prueba confesional, pero en la diligencia se trata de una palabra más bien oscura. La pretensión de verdad no se satisface al hacer caer en el error o confusión. En el entorno jurídico, es decir, su pragmática revela su significado como sinónimo de la palabra *pregunta*. Sin embargo, el referente establecido por la Real Academia, además de confirmar su uso pragmático como pregunta, también designa una postura, actitud o modo en que alguien o algo está puesto, ó a la acción de poner, y a la actitud o manera de pensar, obrar o conducirse respecto de algo.

Luego, en el caso concreto de la confesión, una posición introduce la postura del articulante respecto de un hecho específico, que a la vez se propone al absolvente, con la finalidad de que éste también precise su postura o su posición, a través de sus respuestas. Esta suposición implica la puesta en marcha de los esquemas de argumentación de Ferrajolli, por *modus ponens* y por *modus tollens*, y por lo tanto, las posiciones no son preguntas, sino auténticos asertos del articulante sobre los hechos controvertidos.

En cuanto al tipo de referente del término *posición*, pudiera ser normativo indirectamente o implícito, derivado del principio de la carga de la prueba y del contradictorio, excepto que por la omisión en su connotación, obliga a reconocerle únicamente un referente emotivo.

La pretensión de veracidad se satisface parcialmente derivado del error en los referentes de la expresión, teniendo en cuenta que se somete a los interlocutores a un engaño parcial, al hacerlos creer artificiosamente que participan de un interrogatorio común, en actitud hipotética, haciendo pasar a las posiciones por preguntas, pero la realidad es que el articulante no está preguntando al absolvente “¿pagaste el cheque?”, sino que le está diciendo, afirmando “pagaste el cheque, contesta si o no”. Y la solventación es parcial porque los interlocutores, se dan cuenta interiormente de esta situación, y esto es perfectamente explícito porque se incumple además la pretensión de rectitud, al configurarse violencia abierta por razón de que se presiona abiertamente al absolvente para que asuma actitudes asertóricas en su propio perjuicio.

Un elemento usual en toda diligencia judicial, es la protesta de decir verdad, que por excelencia funciona como elemento coactivo. Y es muy posible que sea el referente normativo indirecto o implícito que pueden pretender las expresiones que comprenden el *supuesto lenguaje técnico jurídico de la confesión*.

2.1.3.1.3. La protesta de decir verdad.

Esta manifestación tiene lugar justo después de obtener los datos generales del declarante. La protesta de decir verdad comprende además, la advertencia sobre los delitos y faltas en que puede incurrirse en caso de faltar a su cumplimiento.

Haciendo un examen comunicativo de la protesta, se tiene en lo que respecta a la pretensión de inteligibilidad, una percepción clara, en cuanto a la verdad en sus referentes normativos resultan determinables, esto es, no hay confusión en cuanto a que el declarante al protestar, asume el compromiso de hablar con verdad y veracidad advertido de las sanciones a las que se puede hacer acreedor en caso de no cumplir.

En relación a la pretensión de veracidad propiamente, se indica con toda claridad la conducta que se requiere del declarante, garantizando su cumplimiento mediante un elemento coactivo. Como dice el dicho sobre advertencia no hay engaño, y el que avisa no es traidor, con esto se quiere enfatizar el hecho de que con la protesta acompañada por la advertencia de sanción, se logra que en su caso la aplicación del elemento coactivo, no se transforme en una acción estratégica a cargo de la ley.

En materia local se establece que el absolvente se obliga a declarar bajo protesta de decir verdad, *cuando así lo exija el contrario*⁸⁰, lo cual implica que en ocasiones puede no realizarse y en esa situación, se estaría configurando la hipótesis de un engaño parcial impuesto estratégicamente.

⁸⁰ Art. 308 CPCDF

Tocante a la pretensión de rectitud, la protesta de decir verdad de primera impresión se podría suponer violenta abiertamente. No debe olvidarse sin embargo, que el sistema normativo por definición es violento, y la validez racional discursiva deberá respaldarse en un origen racional comunicativo como condición de la violencia. Con base en esta premisa la protesta cumple con un lenguaje racional y la violencia opera como mecanismo regulador de positividad de la norma, por tanto, la violencia tendría justificación racional.

La protesta de decir verdad como elemento coactivo, tiene por objetivo positivizar el compromiso del declarante de cumplir con las pretensiones de verdad y veracidad en la declaración. Básicamente es aplicable a las respuestas del absolvente, por lo que podría establecerse como referente normativo de las expresiones *absolvente* y la fórmula “*diga si es cierto como lo es*” la cual tiene lugar justo después de la toma de protesta y es la introducción de las posiciones que tendrá que responder el absolvente, de modo que la fórmula sería una extensión de la misma protesta. Sin embargo tanto la expresión *absolvente* como la fórmula se encuentran preinterpretadas.

La protesta no parece vincular al articulante, porque las pretensiones que debe cumplir el articulante esencialmente se ciñen a la elaboración de las posiciones, por lo que las normas relativas a ese efecto podrían ser los referentes normativos indirectos tanto de la palabra *articulante* como de la palabra *posiciones*, aunque realmente están predeterminadas.

2.1.3.1.4. El metalenguaje y el acta de la diligencia de la confesión civil.

La inducción de la verdad judicial se realiza sobre las actas de las diligencias en las cuales constan los datos reunidos. Esos datos permitirán a las partes asumir la argumentación pertinente, en relación a la carga de la prueba o del contradictorio y cada acta puede considerarse de hecho como un metalenguaje de primer nivel, cuyo lenguaje objeto es el desarrollo mismo de la diligencia.

El funcionario público designado, lleva a cabo la redacción del acta y puede escribirla en primera persona refiriéndose a quien declara, v.g.: “...que yo Michael Ende a las 03:05 tres con cinco...”, o en tercera persona, v.g.: “...el declarante afirma conocer al señor indeterminado...”. Con eso se establece que el funcionario del juzgado está refiriendo un lenguaje objeto.

El metalenguaje debe corresponder fielmente al lenguaje objeto, de otro modo puede ocurrir la tergiversación de la información, sucede un efecto parecido al juego del teléfono descompuesto, en el cual el último de los participantes que recibe el mensaje termina con una noticia distinta a la original. La importancia que tiene la correlación del lenguaje del acta y la diligencia en un juicio, es inmensurable para la debida reconstrucción lingüística de los hechos.

La regla general imperante para la redacción de las actas es la de: “*transcribir las respuestas implicando las preguntas y sólo por excepción se transcribe la pregunta con la respuesta*”⁸¹. Inmediatamente viene a la mente que la ley está instituyendo la mutilación de los datos, aunque de acuerdo a los funcionarios se realiza conforme al principio de economía procesal.

⁸¹ Arts. 368 CPCDF y 181 CFPC. Las respuestas del testigo se harán constar en autos, tratando de que se comprenda el sentido o términos de la pregunta formulada. Salvo excepciones a juicio del juez se transcriben textualmente la pregunta y a continuación la respuesta. Con respecto a las preguntas especiales, a petición de parte, puede el tribunal permitir que se transcriba textualmente la pregunta y la respuesta. Y Arts. 319, 389 CPCDF y 114 CFPC. En materia federal las declaraciones serán asentadas literalmente pero se obliga a la formulación de las preguntas de forma asertórica.

Discursivamente, ¿cuál es el sentido de la pregunta y su respuesta?. Con base en su significado una *pregunta* es una proposición que uno formula para que otro la responda y a la vez, preguntar puede significar la exposición de una duda en forma de pregunta⁸². Y la expresión, *respuesta* refiere un escrito o palabra correspondiente a lo que se pregunta⁸³.

La pregunta y la respuesta forman una unidad, así la información que arrojan sólo puede entenderse cuando se consideran conjuntamente. Forman un sólo acto de habla. Lo común será encontrar el elemento ilocucionario en la pregunta, mientras que el elemento proposicional en la respuesta.

Por ejemplo, si la pregunta es lo suficientemente clara y precisa, tal vez no requiera una respuesta comentada o amplia, bastando una respuesta simple, si o no. De ahí que la respuesta dependa ante todo de la pregunta. Y al decir: “¿Tienes forma de llegar a tiempo o paso por ti?”, la respuesta seguramente se limitaría a un “ah, si gracias o no gracias”. Algunas veces las personas pueden incorporar la pregunta respondiendo, “gracias, si tengo forma de llegar a tiempo”, en este caso la respuesta implica básicamente un monosílabo. Pero en una pregunta como “¿Cuál es tu opinión sobre el atentado del 11 de septiembre?”, la respuesta puede variar en amplitud y puede o no referir exactamente la pregunta.

Imagínese leer una entrevista en la cual sólo se muestran las respuestas, algo así como: “es lo máximo, me parece que es único”, “bien, somos muy unidos”, “ropa blanca y deportiva”, “viajo el próximo lunes”, etc.”, al ver esto, nadie lo entendería bien. Estas respuestas parecen funcionar como elementos proposicionales, al describir el estado de algo y el elemento ilocucionario o su intención se encontraría en la pregunta omitida junto con la demás información sobre el elemento proposicional, así a las respuestas anteriores les corresponderían las preguntas: “¿qué piensas del entrenador Octavio?, ¿cómo se llevan los jugadores de tenis entre sí?, ¿qué

⁸² *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 1173

⁸³ *Ibidem*, p. 1298

tipo de ropa usan para entrenar?; ¿cuándo sales a la competencia?, etc.”, estas preguntas contienen el elemento ilocucionario que completa el acto de habla con las respuestas de arriba⁸⁴.

Entonces y partiendo de la premisa hipotética de que la pregunta contiene un elemento ilocucionario que no necesariamente se reproduce en la respuesta, además de que pregunta y respuesta sólo se pueden entender en unidad, la regla general que permite transcribir en las actas de las diligencias las respuestas implicando las preguntas, tiene previsiblemente diversas implicaciones de irracionalidad discursiva.

La primera es la función de la norma como la permisión para reproducir falacias abstractivas, en tanto permite recortar la información, quedando implícitas las intenciones. Consecuentemente las actas de la audiencia se transformarán previsiblemente en metalenguajes perlocucionarios, y se propiciarán ambigüedades en la interpretación de los datos creando un problema posterior para inducir la verdad judicial.

En lo particular el acta relativa a la confesión civil⁸⁵ no se transcriben las posiciones, a las que por cierto el código se refiere indistintamente como preguntas, pero que como se ha notado no es el caso de tratarse de un sinónimo. Sólo se transcriben las posiciones adicionales pues resultaría innecesario transcribir el pliego de posiciones que ya se encuentra anexado en el expediente.

La redacción usual en una acta de este tipo es similar a: “...*Sujeto a las posiciones calificadas de legales, contesto a la primera que si, a la segunda que no, a la tercera que no, ...En este acto la parte actora, por voz de su abogado, articula las siguientes posiciones adicionales: PRIMERA ADICIONAL:- que si conoce a los señores Silfo nocturno y Karl Konrad*

⁸⁴ “No hay ningún enunciado que no sea fundamentalmente una especie de respuesta. Por eso la comprensión de un enunciado tiene como única norma suprema la comprensión de la pregunta a la que se responde. Gadamer. *Op. Cit.*, p. 58.

⁸⁵ Anexo 2

Koreander, SEGUNDA ADICIONAL.- que si firmó o no firmó el cheque no. 1...Calificadas de legales las posiciones que anteceden, el absolvente contesto: que si, y que no es cierto”.

Por tanto no es probable la tergiversación del metalenguaje del acta de la confesional, si para su desahogo se requiere de la exhibición del pliego de posiciones, justificando entonces la norma jurídica relativa en esta prueba. Con los elementos estudiados, es posible enseguida iniciar el desempeño del discurso del interrogatorio de la confesión civil en su integridad.

2.1.3.2. Desempeño del discurso del interrogatorio de la confesión civil.

Teniendo como antecedente los resultados de los exámenes comunicativos realizados, se tratará de correr la cortina perlocucionaria que se ha encontrado cubriendo la confesión civil y de su supuesto discurso *técnico*, para explicar su conceptualización y la manera como influye en su diseño de operación.

La base de composición de la prueba confesional civil es su concepto. Casi siempre el concepto teórico es la fuente del concepto legal, pero en esta ocasión parece que los autores más bien se basaron en el concepto legal, porque sospechosamente las definiciones mostradas reproducen únicamente las características que plantea la ley, salvo Ovalle quien la determina como una declaración vinculativa de parte. Tal vez los legisladores fueron quienes idearon la concepción de la confesión civil como se practica en México, con la característica definitiva de perjudicar a quien la realiza, lo cual contrasta con las definiciones citadas de autores extranjeros, quienes la connotan con pretensiones de validez de verdad y de veracidad⁸⁶.

Véase pues cómo se ha planteado la ejecución de la noción perjudicial de la confesión civil en México. Según se ha adelantado esta concepción de inicio resulta violenta abiertamente al incumplir con la pretensión de validez de rectitud comunicativa, y en esta ocasión se propone

⁸⁶ Ver *supra* inciso 2.1.2.1. Concepto de confesión.

ampliar las hipótesis encontradas sobre la probable preinterpretación de esta prueba, a saber: el carácter de sanción de la confesión ficta, así como el valor pleno de la confesión expresa y los hechos admitidos.

La primera preinterpretación hace suponer que se confunde el objetivo de perjudicar de la confesión genérica con el probable objetivo de sancionar de la confesión ficta. A ambos se les tiene por medios violentos legítimos. Se verá enseguida qué tan cierta es esta idea.

La confesión ficta presumiblemente tiene la mira de suscitar y garantizar la actividad procesal procedente, previo apercebimiento. Visto de ese modo puede resultar justificada la violencia que implica su aplicación, porque le antecede una advertencia y porque además constituye una presunción salvo prueba en contrario, pero pese a ello, las situaciones particulares que ameritan administrarla, pueden no ser racionales.

El primer supuesto es el relativo a tener por confeso al absolvente que no asista al desahogo de la prueba, esto en realidad atenta contra el equilibrio entre las partes, asimismo impide la obtención de toda la información sobre el asunto; en el segundo caso, se coacciona psicológicamente al declarante para obligarlo a declarar cuando se niega; en la tercera situación también se violenta al absolvente, aunque en esta ocasión para que asuma una actitud asertórica, cuando se le obliga a responder afirmativa o negativamente a las posiciones; y finalmente en la hipótesis de que el demandado no conteste la demanda, se ataca también la igualdad procesal. Además se incluye dentro de las situaciones para la aplicación de la confesión ficta, la obligación del absolvente para responder a una posición rectificada en su legalidad por el juez, lo cual de igual forma revela coacción sobre el ánimo del absolvente, ante todo porque no cuenta con el apoyo de su abogado.

Incluso la denominación “*confesión ficta*” registra un problema comunicativo, porque hace referencia a una confesión perlocucionaria, que agregada al objetivo de la confesión en general reproduciría la legalidad de una prueba perjudicial basada en actos de habla perlocucionarios.

Con tales consideraciones se puede derivar que la confesión ficta en lugar de proponerse como medio para reconstruir la verdad judicial a través de la tematización de los elementos relevantes de la situación controvertida, en cuya tarea resulta importante la declaración de una de las partes del juicio, funciona como un mecanismo de irracionalidad discursiva, como una acción instrumental, por suministrarse a las partes procesales con un lenguaje violento, en tanto se les percibe como obstáculos para la reconstrucción histórica de los hechos.

Por lo que la confesión ficta se descubre violenta por su propia concepción violenta, y en consecuencia se traduce en una figura ilegítima. De modo tal que si se acepta el carácter de sanción de la confesión ficta y luego se preinterpreta así mismo en la confesión genérica, entonces se estaría generando esta prueba como una sanción sin previo juicio, reforzando la idea difundida de que quien confiesa se tiene por juzgado.

Suponiendo que la confesión ficta efectivamente cumpla una función de sancionar, de cualquier modo no tendría por qué asimilarse con el perjuicio de la confesión civil. La epistemología de la sanción jurídica alude a la consecuencia del incumplimiento de un deber, no al efecto necesario de la aplicación de una ley natural, en tanto un juicio civil no pertenece al mundo del ser. El perjuicio en cambio significa en general, causar un daño material o moral⁸⁷, como efecto digamos natural de una acción. Como quiera que sea, el objetivo de la confesión civil no debería pensarse como una sanción, ni mucho menos como la intención de perjudicar.

La segunda preinterpretación probable de la confesión perjudicial, parece ser: *“lo confesado se tiene por juzgado, tiene valor probatorio pleno”*. Este perjuicio puede ser una fuente de irracionalidad en la confesión civil.

Esta forma de concebir la confesión implica atribuirle cuando menos el cumplimiento de las pretensiones de verdad y veracidad a las que se refieren algunos autores, y esto la vuelve *performativa*, pues el sólo hecho de estar en el rol de parte procesal o participando como articulante o absolvente en la ejecución de una prueba confesional haría de toda declaración

⁸⁷ *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 1110. Por ejemplo si se despide a alguien injustificadamente le causarán perjuicios porque dejará de recibir su salario y sus respectivas prestaciones. O cuando se difama a un funcionario público, se le estará causando un perjuicio moral.

perjudicial una confesión válida, de acuerdo a los términos legales con que se connota la confesión civil. Según dicho postulado no habría necesidad de verificar el cumplimiento de tales pretensiones de validez comunicativa y normativa, porque se predetermina su satisfacción en tanto, se trata de una declaración sobre *hechos propios* de quien la realiza.

Tal hecho sugiere un concepto abstracto de la confesión civil. Reconocer o admitir un hecho adverso puede o no, solventar pretensiones de verdad y veracidad, o sea puede que sea o que no sea cierto el dicho del declarante, en razón de un error, confusión, engaño o coacción. Por ejemplo, una madre usualmente mentirá para salvaguardar a su hijo, así que no será extraño que una mujer admitiera un hecho adverso sin ser responsable, a veces también se puede hacer alguna aseveración sin haber comprendido bien una situación, en otras ocasiones puede asumirse un hecho bajo amenaza, esto quiere decir que es factible la presencia de patologías lingüísticas, pero el concepto de confesión civil sustrae esta posibilidad.

Al ubicarse como una abstracción, la confesión además se posiciona como la verdad absoluta. Si se predetermina la satisfacción de las pretensiones de verdad y de veracidad en los hechos propios de las partes procesales, articulante o absolvente, abstrayendo la probable injerencia de patologías comunicativas, se fabrica una verdad judicial absoluta, cuya certeza es necesaria. De ahí su validez plena como prueba, que a la vez genera una falacia abstractiva, al pretender recabar toda la información sin que necesariamente sea así.

La crítica a dicha abstracción es que la susceptible presencia de patologías lingüísticas en una confesión puede impedir su misma configuración, y por consiguiente tendría que manejarse sólo como un indicio que proporciona únicamente un cierto grado de probabilidad de certeza sobre la verdad judicial, asimismo se tendría que exigir la demostración de la satisfacción de las pretensiones de validez comunicativa en su relación coherente con todos los datos recabados.

Con esta base irracional de la noción de confesión civil, se produjo una red conceptual que parece responder sistémicamente, al reproducir la inmoralidad del concepto que le da origen.

1. Los hechos admitidos o confesados, los hechos presumidos, los hechos notorios, los hechos imposibles y los hechos irrelevantes, mismos que son exceptuados de prueba.

Comunicativamente es imperativo tematizar todo elemento relevante de la situación, lo cual se torna una necesidad tratándose de la sospecha de contradicciones performativas o falacias abstractivas, esto es, cuando no hay coherencia entre lo que se dice y la intención con lo que se dice, o bien, hay la preocupación de que se esté sustrayendo parte de la información indispensable para la interpretación lógica de los hechos.

En un juicio civil adquieren relevancia los aspectos comunicativos citados, motivados por los bienes jurídicos en juego, por eso no parece prudente incorporar esta norma jurídica para regular la obtención de la información. Esta norma probablemente se funda en el principio de economía procesal así como en la presunción salvo prueba en contrario en el caso que opere en los hechos presumidos, y en la permisión del juez para solicitar información sobre los hechos notorios, en estos dos rubros puede cumplirse con la racionalidad discursiva al permitir la problematización y desempeño de las pretensiones de validez de los mismos.

En lo que toca a los hechos admitidos o confesados se les tiene por verdad absoluta como se ha mostrado, de manera que no se admite prueba en contrario, convirtiéndose en focos rojos de irracionalidad. Lo mismo ocurriría en el caso de los hechos irrelevantes, aunque cabría la posibilidad de argumentar sobre su aspecto controversial para que el juez le diera entrada a su tematización en tanto la norma sólo se refiere a la excepción y no a la prohibición de probar, e igualmente pudiera pensarse para los hechos imposibles.

Esta última acotación refiere que en realidad no se limita el derecho y la necesidad de probar tales hechos, salvo los hechos confesados y admitidos, así como los presumidos que no admitan prueba en contrario, sin embargo se presta a su tergiversación como mecanismo que puede tamizar preinterpretaciones, intenciones ocultas, supuestas o sobreentendidas.

Si el propósito de la norma es depurar los hechos controvertidos tal vez quedaría mejor redactada de una manera diferente, por ejemplo: *es obligatorio tematizar todo elemento relevante de la controversia, principalmente ante la sospecha de contradicciones performativas o falacias abstractivas originadas por hechos confesados o admitidos, hechos notorios, hechos presumidos, hechos irrelevantes o incluso hechos imposibles*⁸⁸.

2. La confesión ficta. Revela que se emplea instrumentalmente como se ha abundado antes, por su orientación de perjudicar abiertamente a quien incurra en alguno de los supuestos que la califican. Cabe hacer mención a la crítica que puede suscitarse a raíz de la imposibilidad del articulante para apelar sus propias posiciones. Sin duda parece paradójico y tramposo, pero no se excluye la posibilidad de que el articulante, o sea, el abogado actúe amenazado para perjudicar a su propio cliente ¿existe la mafia no?, o puede también ocurrir que el mismo cliente haya engañado a su propio abogado al ocultarle o variar datos importantes, o tal vez pudo haberse equivocado en los datos relativos a la posición.

Es cierto que no se trata de encontrar justificaciones inverosímiles para el articulante quien se supone, determinó articular posiciones a su colitigante, pero lo que se pretende resaltar es la necesidad de reconstruir la verdad judicial y para eso se necesita de toda la información posible, lo que es razonable tomando en cuenta lo injusto de un juicio adverso para una de las partes procesales por una defensa defectuosa.

3. La prohibición del abogado del absolvente para asistirlo durante el desahogo de la prueba para prevenir el aleccionamiento, en términos comunicativos corresponde a una acción instrumental para contrarrestar una acción estratégica.

Un abogado experimentado podrá manejar muy bien la violencia abierta de la confesión, realmente es la premisa que origina la estipulación referida, pero nada impide que el abogado articulante actúe también estratégicamente, este hecho exhibe nuevamente el ánimo de la confesión de perjudicar a quien absuelve al ponerlo en desventaja. Además el articulante puede

⁸⁸ Relacionado con la obligación de probar. Ver *supra* inciso 2.1.1.3. Carga de la prueba, ¿a quién le corresponde probar?.

emplear a discreción la fórmula “*diga si es cierto como lo es*”, la cual lo vincula con las posiciones que formula y en su caso hace posible la declaración de confesión ficta en su contra, comportando que el articulante puede evadir estratégicamente la aplicación de la confesión ficta simplemente dejando de exteriorizar la fórmula.

4. Diseño de ejecución de la prueba confesional asertórico por excepción hipotético. La reglamentación de la prueba confesional dispone así la obtención de una confesión simple y divisible con el fin de delimitar los hechos controvertidos mediante la coacción al absolvente para que asuma una actitud asertórica en sus respuestas y luego se le permite agregar los comentarios que considere convenientes, para ser tomados en cuenta exclusivamente si le perjudican. El diseño de ejecución de la confesión parece reproducir en síntesis los principios de la carga de la prueba y del contradictorio, como una representación a mínima escala de la puesta en marcha de los esquemas de argumentación por *modus ponens* y por *modus tollens*, aunque limitando su empleo racional sobre todo para el absolvente, digamos que es una versión patológica de los esquemas de argumentación.

5. Para la operación de la confesión se hizo necesario un *lenguaje técnico jurídico* acorde con la violencia abierta de su noción y diseño de ejecución. Las características de este discurso es instrumental, en razón del empleo de un lenguaje violento; estratégico por la utilización de un lenguaje asertórico con apariencia de hipotético por supuesto para generar a la vez esas actitudes en los interlocutores, y esa impresión es conseguida con la falta de connotación de este discurso en la ley o sus metalenguajes; y dramático porque se intenta llegar a la emotividad de los partícipes con su halo dogmático fuera de la comprensión humana en un efecto performativo.

De ese modo, el *lenguaje técnico jurídico de la confesión civil* que en un primer examen comunicativo resultaba innecesario, por no corresponder a la función técnica del lenguaje, finalmente si es técnico, como puede observarse en su desempeño:

Absolvente. Parte procesal en un juicio civil y a propósito de una confesión, quien se encuentra obligado a participar de la expresión del derecho de la carga de la prueba o del contradictorio de su contraparte, sin asistencia de su abogado, para responder de forma categórica en principio, so pena de tenerse por confeso tácitamente, con la permisión de ampliar su respuesta en segundo término con los comentarios que considere convenientes, respecto de las posiciones asertóricas propuestas por el articulante, tocantes a los hechos controvertidos que se presume le son propios, con la finalidad última de que ceda a la presión y asuma su posición asertórica en su propio perjuicio en el juicio del cual es parte.

Articulante. Parte procesal en un juicio civil y al tenor del desahogo de una confesión, quien como expresión de su postura inicial acusatoria o posteriormente de defensa, formula asertóricamente posiciones acerca de los hechos controvertidos, precedidas a discreción por la fórmula “*diga sí es cierto como lo es*”, para dirigirlas al absolvente con motivo de perjudicarlo.

Posiciones. Son los asertos del articulante sobre los hechos controvertidos y representan el elemento proposicional que se integra en un sólo acto de habla con la fórmula o elemento ilocucionario.

La fórmula “diga sí es cierto como lo es”. Es la frase sacramental con significado dogmático, para hacer cumplir demiúrgicamente, pretensiones de verdad y veracidad básicamente, en las respuestas del absolvente. Opera como un elemento perlocucionario cuya intención abstraída es la de incidir sobre el sentido de las respuestas del absolvente en su propio perjuicio, se aplica también en perjuicio del articulante al vincularlo con sus posiciones.

Haciendo un resumen de lo expuesto se tendría que la noción de confesión civil sería: “*Es cualquier abstención o declaración de parte que le sea perjudicial, en su modalidad de hechos admitidos, confesión expresa o confesión ficta, y cuyo valor es pleno*”. Es decir cualquier elemento ilocucionario o perlocucionario perjudicial a alguno de los litigantes se considerará confesión.

Luego, el concepto está preinterpretado, funciona performativamente, se basa en la verdad absoluta y se trata de una abstracción. Sus efectos colaterales y a la vez fuentes de su propia operación son: la segmentación de la confesión en benéfica y perjudicial, el propósito de perjudicar, el diseño de ejecución asertórico y por excepción hipotético, un lenguaje técnico jurídico, la determinación con valor pleno de la confesión expresa y los hechos admitidos, la confesión ficta, la prohibición de asistencia profesional al absolvente durante la diligencia, la resolución en sentencia definitiva de la impugnación de la calificación legal de las posiciones, así como la nulidad del acta de la diligencia por error o violencia, así como la prohibición del articulante para impugnar sus propias posiciones.

En la ejecución de la prueba: Al articulante le son exigidas el cumplimiento de las pretensiones de inteligibilidad, de verdad y de veracidad en la formulación de sus posiciones. Por su parte al absolvente se le solicita su protesta de decir verdad⁸⁹.

Detengámonos aquí para aclarar lo siguiente, los requisitos para formular posiciones que se ajustan a las pretensiones de validez arriba citadas⁹⁰ únicamente se dirigen al elemento proposicional del acto de habla, no así al elemento intencional, esto es, no se aplican a la fórmula que las precede, a la cual se ha hallado inmoral, de ahí que aún cuando aparentemente las posiciones adquieran cierta validez discursiva, se hayan completamente subordinadas a la moralidad del elemento ilocucionario, por tanto al descubrirse inmoralidad en la fórmula, las posiciones no pueden más que desenvolverse dentro de esa irracionalidad.

Introducir una nueva intención moral en las posiciones no es viable porque la fórmula incide en la respuesta la cual además se exige asertórica. Por ejemplo: “*diga si es cierto como lo es que, ... a la tercera, ... que pagó el cheque no. 5...*”; la intención inmoral (la fórmula) anula la posible racionalidad discursiva de la posición (clara, verdadera y veraz) porque no puede cumplir con la rectitud a la que se ve orillada por el diseño operativo de la confesión.

⁸⁹ Ver *supra* inciso 2.1.3.1.3. La protesta de decir verdad.

⁹⁰ Ver *supra* inciso 2.1.2.4. Confesión y testimonio o declaración de parte.

El mismo ejemplo con su intención inmoral explícita: “*diga que sí es cierto, porque así es, que pagó el cheque no. 5*”, se observa que la posición difícilmente puede invertir o modificar la intención de la fórmula, necesariamente tendría que reemplazarse o prescindirse de ella. Lo más factible sería aprovechar los comentarios a los que se tiene derecho para evidenciar la intención del articulante o bien, que el absolvente a su vez presente una prueba confesional u otras para identificar y resaltar elementos perlocucionarios en que incurre su oponente.

Con esta panorámica de operación de la confesión civil, será posible la coordinación comunicativa de las partes en conflicto?

2.1.3.3. Coordinación comunicativa y confesión civil.

Se ha confirmado que la confesión civil es violenta abiertamente, ahora habrá que determinar si tiene justificación moral. El proceso civil tiene por fin coordinar la acción de los litigantes porque no pueden arreglar sus diferencias sin llegar al juzgado, así que le presentan al juez sus versiones sobre los hechos controversiales, sus pretensiones y excepciones. El primer intento para llegar a un consenso entre las partes es la audiencia previa y de conciliación, si no se logra ningún convenio se prosigue el proceso incipiente con la fase probatoria. Sin embargo, en cualquier parte del juicio las partes pueden llegar a un convenio, lo que quiere decir que las posibilidades de consenso se guardan durante todo el juicio hasta antes de dictar sentencia.

La parte medular del juicio es la probatoria porque los litigantes tendrán oportunidad de demostrar o satisfacer las pretensiones de validez de sus argumentos y con esas bases el juez estará en condiciones de precisar la reconstrucción coherente de los hechos. A este aspecto se traslada la idea de un posible consenso.

De lo anterior se deriva: primeramente, si la posibilidad de consenso se haya presente en todo el proceso, la ley deberá conducirlo de acuerdo a la ética de los principios, y en segundo lugar, las pruebas tienen por objeto la reconstrucción coherente de la verdad judicial. Ergo, la prueba confesional es irracional como se describe inmediatamente.

Si la prueba confesional está determinada por la violencia, quiere decir que se trata de una *acción instrumental*. Este tipo de acción se caracteriza por instrumentar a los interlocutores, considerándolos medios u obstáculos al orientarse a ganar el éxito a cualquier precio. Asimismo, su empleo racional se autoriza exclusivamente cuando se asume la ética de la responsabilidad. Las motivaciones de esta argumentación se relacionan con las siguientes:

1. Los legisladores supusieron que al llegar a la fase de pruebas las posibilidades de consenso estaban agotadas, justificando la asunción de la ética de la responsabilidad.

2. Igualmente preinterpretaron que al tratarse de un conflicto de intereses, las partes procesales únicamente desarrollarían acciones orientadas al éxito a cualquier precio.

3. Se consideró a las partes en juicio como objetos y no se les reconoció como sujetos, por lo que no se consideró la posibilidad de que cumplieran la ética de los principios.

4. Se concibió a los litigantes como obstáculos o como medios para la reconstrucción histórica de los hechos.

5. La intención preinterpretada de la confesión civil es la de impedir instrumentalmente que las partes procesales o en su momento, el articulante y el absolvente eludan la aplicación de la ley a través de acciones orientadas al éxito a cualquier precio. (No se concede hipotéticamente la posibilidad de que realicen acciones orientadas al entendimiento mutuo).

Tales predeterminaciones provocan una comunicación patológica que confronta a las partes procesales en una dialéctica negativa, porque no les queda más que neutralizarse recíprocamente, ante la utilización de la prueba para arrancar una confesión, en tanto:

- a. Se les obliga a asumir actitudes asertóricas.
- b. Se les impone cumplir como máximo la ética de la responsabilidad.
- c. Se afecta la problematización y desempeño de elementos relevantes de la situación.
- d. Se restringe al mínimo la interacción básicamente en razón de la aplicación de la confesión ficta, el valor plenario de la confesión expresa y los hechos admitidos, así como la probable filtración de elementos perlocucionarios a través de los hechos notorios, irrelevantes, presumidos o imposibles.
- e. El oferente de la prueba hace uso de una acción instrumental orientada al éxito a cualquier precio, por lo que es probable que además introduzca estratégicamente falacias abstractivas en la formulación de las posiciones al sustraer elementos relevantes de la situación que afecten la decisión judicial en su favor, a la par de la consecución de una respuesta asertórica perjudicial para el absolvente con lo cual además pasa la carga de la prueba al absolvente.
- f. Se ahonda el conflicto anímicamente, porque se acorrala al absolvente para perjudicarlo mientras se favorece al articulante.

Para contener la irracionalidad de la prueba confesional, el absolvente podría:

- a. Aprovechar los comentarios a los que tiene derecho para evidencias falacias abstractivas o contradicciones performativas en que incurre el articulante al formular posiciones⁹¹.
- b. Argüir que la posición versa sobre un hecho que no es propio.
- c. Que el absolvente sea un abogado que conozca el asunto y maneje la irracionalidad de la prueba.
- d. Formular posiciones a su turno para revelar y tematizar elementos relevantes de la situación que estratégicamente hubiera ocultado el articulante⁹².
- e. Presentar otros medios probatorios para refutar su supuesta confesión⁹³.

Se ha encontrado que los actos de habla argumentativos generados en el desahogo de la prueba confesional, reproducen sistémicamente las patologías lingüísticas de los actos de habla regulativos constitutivos de la prueba, y consecuentemente los actos de habla regulativos que se produzcan en la sentencia, basados en esta probanza, difícilmente estarán vinculados con la ética del discurso.

La prueba confesional será efectiva en la medida en que haya sido determinante para la resolución judicial a favor de su oferente, pero su eficacia estará afectada en la proporción en que sólo haya sido utilizada como acción orientada al éxito a cualquier precio, sin contribuir a su verdadero propósito de reconstruir coherentemente los hechos controversiales para eventualmente fundar una interpretación que satisfaga a las partes en el devenir de una decisión judicial justa.

⁹¹ Por ejemplo.- *“Diga si es cierto como lo es... que padece diabetes...”*. Respuesta.- *si, pero el articulante omite que el representante de la aseguradora dijo que no había ningún problema, porque el seguro que estaba adquiriendo respondería también por esa enfermedad que ya padecía”*.

⁹² Por ejemplo: *“Diga si es cierto como lo es, a la primera, que el seguro contra enfermedades integra en sus cláusulas la cobertura de gastos por el padecimiento de diabetes ...a la segunda, que ofrecen el seguro aludido, aún a personas que padecen la enfermedad referida...”*.

⁹³ Las partes desplegarán las pruebas necesarias para demostrar sus argumentos, por lo que no es obligado que una confesión se ataque con una confesión, incluso puede no ser precisa, tal vez sea mejor el silencio o su refutación mediante otro medio de prueba.

2.1.3.4. Redeterminación ética-jurídica de la prueba confesional civil.

Es necesario tratar de hacer que esta prueba surja de un concepto concreto para que surta el efecto deseado y sirva a la resolución de conflictos de forma racional, es decir, dejando satisfechas moralmente a las partes como consecuencia de un proceso justo, independientemente del resultado de la sentencia. Una prueba de la índole que se pretende tendría que integrar características cercanas a las detalladas al punto.

Como Prueba. Ante todo debe recuperarse su sentido como medio de prueba, con el objetivo inexorable de contribuir en la reconstrucción coherente de los hechos controvertidos, esta es su determinación verdadera por la cual debe ser nuevamente aceptada.

Como declaración de parte. Puede ser más racional esta denominación en virtud de que la característica *sui generis* de la confesión es que se trata de una declaración realizada por una de las partes procesales, además parece quitar todo el peso inquisitivo que trae consigo la palabra confesión. Varios autores han estimado pertinente el paso de la confesión a la declaración de parte, y varios países ya realizaron la transición así que en realidad no es una idea nueva sólo habrá que rescatarla⁹⁴.

Sólo como indicio, en razón de la verdad judicial probable. Siempre sobre la base de la certeza probable y no necesaria, aún tratándose de los hechos confesados o admitidos. La declaración de parte tendrá que ser examinada en el cumplimiento de las pretensiones de validez comunicativa para asignarle valor probatorio, habrá de calificarse su claridad, la determinación de sus referentes, yendo más allá en esta pretensión hasta verificar una verdad como coherencia en relación con los demás datos recabados, de igual modo deberá acreditarse su veracidad y su

⁹⁴ “Benham y Carnelutti, al través del tiempo, coinciden en una solución racional, frente a la realidad del testimonio y de la confesión; en la conveniencia de refundir estas instituciones, dando por liquidados, por inactuales, los problemas que presenta la prueba de confesión. Una regulación del testimonio formulada sin perder de vista las... conclusiones de la psicología del testimonio comprensiva del testimonio de parte y del tercero, supondría una adquisición muy ventajosa como instrumento de investigación de la verdad en el proceso.” De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 205.

rectitud, ésta con seguridad la pretensión más delicada porque al presentarse anula las demás pretensiones.

Sujeta a refutación. La declaración de parte como indicio estará subordinada a su acreditación, implicando no sólo la posibilidad sino la necesidad de sendas argumentaciones y contra-argumentaciones a través de la presentación de pruebas.

Este mismo aspecto tendría que aplicarse no sólo a los hechos confesados o admitidos, también a los hechos notorios, presumidos, irrelevantes o imposibles, cambiando la forma en que se regula su demostración a partir de una distinta forma de verlos, una forma más racional, esto es, como ingredientes de la situación que pueden adolecer de alguna patología lingüística en lugar de elementos supuestos o sobreentendidos con la posibilidad de probar lo contrario, como se sugirió antes, podría regularse: *“es obligatorio tematizar todo elemento relevante de la controversia, principalmente ante la sospecha de contradicciones performativas o falacias abstractivas originadas por hechos confesados o admitidos, hechos notorios, hechos presumidos, hechos irrelevantes o incluso hechos imposibles”*.

Desarrollo de la prueba de declaración de parte. Con las determinaciones previstas será necesario para su correcta ejecución:

a. Prescindir del supuesto lenguaje técnico jurídico de la confesión, haciendo lo más sencillo posible el discurso, referirse al actor y al demandado, a las preguntas y a las respuestas, asimismo deberá desarraigarse la fórmula *“diga si es cierto como lo es”*. Este hecho libera a la prueba de su rigidez y de la irracionalidad que provoca.

b. Seguidamente se tendría que prescindir del denominado pliego de posiciones y con ello se desvanecería su coyuntura con la confesión ficta, la cual también desaparecería. En su lugar se aplicarían medidas de apremio y en su caso la deserción de la prueba.

c. No permitir realizar la diligencia sin la asistencia de los abogados de las partes. Todos los participantes tendrían que protestar conducirse con verdad para dar paso a declaraciones ilocucionarias que puedan valorarse en su totalidad.

d. El interrogatorio tendrá que formularse de forma libre y en actitud hipotética, es decir, sin presionar al declarante para que asuma actitudes asertóricas en sus respuestas, las cuales podrán ser libres pero relacionadas con los hechos controvertidos, este aspecto tendrá que verificarlo el juez, aplicando medidas de apremio, o bien utilizándolas para la identificación de acciones orientadas al éxito a cualquier precio.

e. La formulación de preguntas deberá sujetarse a la misma reglamentación actual incluida la pretensión de rectitud. Permitir la argumentación sobre la pertinencia de preguntas y el derecho de la contraparte de objeción de la misma. El juez estaría atento al empleo debido de estos derechos, en caso contrario tendría que argumentar las razones por las cuales considera inconveniente su ejercicio durante la diligencia.

f. Insertar la obligación del juzgado de valerse de los medios tecnológicos idóneos para reproducir un metalenguaje (el acta) que contenga todo lo dicho en la diligencia. Posibilitar el incidente de nulidad del acta de la diligencia por oscuridad, error, confusión, engaño o violencia en la declaración de parte, así como el deber del juez de argumentar la aplicación del principio de inmediatez procesal sobre la libertad de declaración y la obligación de burócratas para rendir declaración personalmente cuando le sea solicitada.

Esta propuesta eleva a la legislación y a la autoridad al nivel de la ética de los principios en tanto las posibilidades de consenso siempre están presentes, asimismo se favorece el desarrollo de acciones orientadas al entendimiento mutuo entre las partes, al ser reconocidas como sujetos. Consecuentemente la asunción de la ética de la responsabilidad tendría que argumentarla el juez, con base en el peligro inminente de alguna o de ambas partes por su continuo incumplimiento de la ética de los principios.

Esta estructura de la prueba también generaría actitudes hipotéticas y entonces sería viable la problematización y desempeño de los ingredientes relevantes de la controversia, puesto que las partes se sentirían obligadas moralmente a probar con los mejores argumentos sus razones, más no orilladas a neutralizarse mutuamente para ganar el éxito a cualquier costo por la misma irracionalidad del proceso.

Con este inciso se finaliza el examen comunicativo en torno al interrogatorio de la confesión civil. A continuación se presentará el discurso jurídico de la prueba testimonial para su posterior análisis lingüístico.

2.1.4. Discurso jurídico de la prueba testimonial civil⁹⁵.

La prueba testimonial civil como la prueba confesional, se realiza a través de un interrogatorio, aunque comparativamente mucho más flexible según su propia normatividad.

2.1.4.1. El objeto del testimonio, concepto de testigo y su clasificación.

El objeto de la prueba testimonial es acreditar la veracidad de los hechos controvertidos por medio de la declaración de los testigos⁹⁶. Esta noción doctrinal de la testimonial resulta especialmente congruente con la racionalidad comunicativa, primero porque se refiere a su objetivo de contribuir en la reconstrucción coherente de los hechos controvertidos, fundamentalmente a partir del acreditamiento de la pretensión de veracidad, además de indicar que se realizará por medio de la declaración de los testigos.

He aquí que la testimonial a diferencia de la confesional alude exclusivamente a la pretensión de veracidad, relativa a que el discurso del declarante no sea engañoso, mientras que la noción doctrinal de la confesión a veces retoma una u otra, o ambas. Estas percepciones pueden dar cuenta de que cada prueba tiene un objetivo específico, así la confesional como acción instrumental se le designó preinterpretadamente la satisfacción de la pretensión de verdad solamente, aunque también se le relacionó con la veracidad, en tanto la testimonial se define para verificar la veracidad de los hechos controvertidos en contribución de una verdad como coherencia.

El testigo, afirma Eduardo Pallares, se define como la persona que conoce los hechos controvertidos y que no es parte en el juicio respectivo⁹⁷. Según De Pina, uno es el testigo parte en el proceso y otro es el testigo que no forma parte del mismo. Carnelutti y Bentham por su

⁹⁵ “La prueba testimonial sería la más perfecta de las pruebas si se pudiera suponer que los hombres son incapaces de mentir o de errar; la experiencia, por desgracia, demuestra que es la más falible, la más débil de las pruebas, razón que ha conducido a los legisladores a darles un valor relativo, considerándola apenas como una prueba complementaria o subsidiaria.” Seguramente concepciones como estas fueron las que propiciaron en su momento la aceptación de la confesión de forma instrumental e irracional. De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 203.

⁹⁶ Ramírez Fonseca, Francisco. *Op. Cit.*, p. 97.

⁹⁷ De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 205.

parte asimilan en el testimonio, la declaración de parte y la declaración de un tercero, en virtud de la identidad funcional y estructural de ambas declaraciones⁹⁸. (Art. 356 CPCDF)

La doctrina clasifica en general a los testigos como a continuación se detalla⁹⁹:

a. Por razón del nexo del testigo con el hecho, pueden ser testigos directos o indirectos. Los primeros, también llamados de presencia o de vista son aquéllos quienes han tenido un conocimiento inmediato con el hecho, mientras que los testigos indirectos, de referencia o de oídas, son las personas quienes conocen del hecho por alguien más.

b. Por la función que desempeñan pueden ser testigos narradores, cuando describen los hechos controvertidos, o testigos instrumentales cuando acuden al tribunal a instancia del juez para dar validez a un acto jurídico, v.g., para declarar sobre el estado civil de una persona.

c. Por el contenido de la declaración del testigo se distinguen como testigos contradictorios o discordantes y testigos concordantes dependiendo si su declaración es coherente o no.

2.1.4.2. Deber y capacidad de ser testigo.

La regla general es que toda persona que tenga conocimiento de los hechos controvertidos, tiene el deber de declarar. El código federal estipula la excepción a la regla, para los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que tengan obligación de guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con quien estén relacionados. (Arts. 90 CFPC y 356 CPCDF)

Las partes están obligadas a presentar en el juzgado a sus testigos, a menos que manifiesten bajo protesta de decir verdad que no pueden hacerlo, en ese caso solicitarían al juez la citación correspondiente, expresando las causas por las cuales no pueden por sí, presentarlos en

⁹⁸ *Ibidem*, p. 203.

⁹⁹ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 169.

el tribunal. El juez puede ordenar la citación del testigo con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas o multa que aplicará en caso de que no comparezca sin causa justificada o se niegue a declarar. La prueba se declarará desierta si no es presentado el testigo por el oferente o si ejecutados los medios de apremio no se logra su asistencia. Los testigos de más de 70 años y los enfermos, podrán ser declarados por el juez en su propia casa. Puede acudir la contraparte a la toma del testimonio. (Arts. 357 y 358 CPCDF; 167 y 170 CFPC)

Se distingue en el testimonio civil la exclusión de la confesión ficta, en su lugar se opta por la administración de medidas de apremio y en último caso, por la declaración de deserción de la prueba, como consecuencia de que el testigo usualmente no es concernido directo de la controversia, lo cual da lugar a la reglamentación de la prueba testimonial con un mayor apego a la racionalidad discursiva, al mantener el objetivo capital de las pruebas: la reconstrucción lingüística e histórica de los hechos.

El Presidente de la República, los secretarios de Estado, los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, federales o locales, al Gobernador del Banco de México, senadores, diputados, asambleístas, magistrados, jueces, generales con mando, a las primeras autoridades políticas del D. F., se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma la rendirán. En casos urgentes podrán rendir declaraciones personalmente. (Arts. 359 CPCDF; 169 y 171 CFPC)

A esta disposición también le es criticable la vulneración al principio de igualdad procesal entre las partes, que en las circunstancias político-sociales del país sólo funcionan como mecanismos de evasión legal de parte de quienes deberían ser los primeros en acatar las reglas. No existe un mínimo o máximo de testigos, ni se exigen condiciones de edad, sexo, profesión, capacidad, interés, parentesco u otro, para serlo. No obstante, debe aclararse la condición personal del testigo, porque de no hacerlo, el colitigante puede hacer uso de lo que se denomina “*tachas*”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ La misma norma podría extrapolarse a la confesión civil, así se minimizarían las restricciones para su ejecución al único requisito de declarar sobre hechos conocidos. Sería también benéfica para su racionalidad discursiva la introducción de la figura de las tachas.

2.1.4.3. Tachas.

Se denomina tachas a la acción de señalar los errores, contradicciones o defectos del testimonio del declarante, o bien, toda circunstancia personal omitida o condición del testigo que afecte la credibilidad de su declaración, con el objeto de que el juez minimice o anule su valor probatorio. Las tachas se pueden apuntar durante la declaración o en los tres días siguientes, se tramita incidentalmente y se resuelve en sentencia definitiva, asimismo no se admiten testigos para tachar los testigos involucrados en el incidente¹⁰¹. (Arts. 371 y 372 CPCDF; 186 y 187 CFPC)

De conformidad con la racionalidad comunicativa las tachas operan como un mecanismo procesal que permite identificar y evidenciar tanto contradicciones performativas como falacias abstractivas, ya en la declaración, ya en la persona del testigo.

2.1.4.4. Formalidades en la prueba testimonial.

El ofrecimiento. La prueba testimonial se ofrece en el período establecido para tal efecto en el escrito de pruebas, en el que se señala el nombre y domicilio de los testigos¹⁰², expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con la prueba, así como las razones por las cuales el oferente estima que se demostrarán sus afirmaciones. En materia federal sólo puede presentar cada una de las partes hasta cinco testigos. (Arts. 166 y 172 CFPC)

La preparación. Admitida la prueba testimonial, se elaboran las cédulas de notificación respectivas para los testigos. Las partes están obligadas a presentar sus testigos salvo las excepciones señaladas antes. No se requiere presentar por escrito las preguntas a menos que el testigo resida fuera de la jurisdicción, en tal caso, el oferente deberá presentar sus interrogatorios con copias para el colitigante, quien dentro de los tres días siguientes podrá presentar sus

¹⁰¹ Anexo 4

¹⁰² Art. 357 CPCDF. *“En caso de que el señalamiento del domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al promovente una sanción pecuniaria a favor del colitigante..., sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que hubiere incurrido, debiendo declararse desierta la prueba testimonial.”*

interrogatorios con repreguntas. Para el examen de estos testigos, se libraré exhorto en el cual se incluirán en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas. (Arts. 362 CPCDF y 174 CFPC)

Las preguntas para obtener un testimonio no incluyen todos los datos sobre el hecho (s) controvertido (s). Las preguntas son *abiertas*, no detallan los hechos a que se refieren porque no le corresponde a quien interroga hacerlo, sino al declarante por medio de una descripción, narración, explicación, etc. Esta es la diferencia principal con las posiciones de la confesión que incorporan toda la descripción del hecho en una forma *cerrada* para obtener una respuesta limitada a una afirmación o negación¹⁰³, además se establecen las siguientes reglas para interrogar:

- a. Las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes,
- b. Tendrán relación directa con los puntos controvertidos,
- c. No serán contrarias al derecho o a la moral.
- d. Deberán estar concebidas en términos claros y precisos,
- e. Debe procurarse que en una sola pregunta no se comprenda más de un hecho, y
- f. Contra la desestimación de preguntas sólo cabe la apelación en el efecto devolutivo. (Arts. 360 CPCDF)
- g. La legislación federal añade la obligación de formular afirmativamente las preguntas¹⁰⁴, de no cumplirse dicha exigencia, las preguntas serán desechadas de plano, sin que proceda recurso alguno. Y por último, se asentarán literalmente en autos. (Art. 175 CFPC)

Se observa en dichas reglas que se contemplan las pretensiones de validez de inteligibilidad y de verdad solamente. Por lo demás no se advierte de qué manera el juez va a discernir las preguntas contrarias a la moral si no hay un criterio determinado para ese objeto. En materia federal es común según se ha visto la insistencia en imponer a las partes procesales la asunción de actitudes asertóricas, así como posturas inquisitivas en las cuales se apoyan.

¹⁰³ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁰⁴ Por ejemplo: ¿Si conoce a la persona que lo presenta?

El desahogo. Declarada abierta la audiencia en día y hora señalada para el efecto, serán llamados por el secretario, los litigantes, así como los testigos participantes en el juicio; enseguida se determina quiénes deben permanecer en el salón y quiénes en lugar separado para requerirse cuando corresponda. (Art. 387 CPCDF)

Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. Para este fin, el juez fijará un sólo día para que se presenten los testigos que deben declarar y designará el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia. Si no fuere posible terminar el examen de los testigos en un sólo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente. (Arts. 364 CPCDF y 177 del CFPC)

El examen del testigo inicia con la protesta de decir verdad, se le advierte de las penas en que incurrirán los testigos falsos; se hará constar su nombre, edad, estado, domicilio y ocupación; si es pariente de alguno de los litigantes por consanguinidad o afinidad y el grado; si es dependiente o empleado de quien lo presenta o si tiene sociedad o alguna otra relación; si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes.

El interrogatorio lo inicia el oferente de la prueba y a continuación el colitigante. La fórmula introductoria acostumbrada en esta diligencia es la siguiente: “*Dirá el testigo si sabe y le consta...*”. Durante el desarrollo del interrogatorio si el testigo contesta la pregunta, se contradice o es poco claro, las partes tienen la prerrogativa de llamar la atención del juez para que exija al testigo las aclaraciones oportunas, del mismo modo el juez tiene facultades para preguntar a los testigos y a las partes cuando lo estime conducente para la investigación de la verdad respecto de los puntos controvertidos¹⁰⁵. (Arts. 361-366 CPCDF; 176-179 CFPC)

Las respuestas del testigo se harán constar en autos¹⁰⁶ tratando de que se comprenda el sentido o términos de la pregunta formulada salvo excepciones, a juicio del juez se transcriben textualmente pregunta y respuesta. Las preguntas especiales y sus respuestas se transcriben a petición de parte y con el permiso del juez. Esta es la regla general que opera en el juicio civil en

¹⁰⁵ Anexo 3

¹⁰⁶ Anexo 5

lo que concierne al metalenguaje del acta de la diligencia, la cual de entrada puede dar lugar a un discurso perlocucionario¹⁰⁷. Al terminar el interrogatorio el testigo está obligado a dar “*la razón de su dicho*” y el juez deberá exigirla en todo caso. Firmada la declaración no puede variarse ni en la sustancia ni en la redacción¹⁰⁸. La valoración de esta prueba en materia federal considera:

a. No es válido el testimonio cuando por medio de esta prueba se pretende demostrar, aquello que se requiere comprobar a través de un documento. (Art. 214 CFPC)

b. Un solo testigo hace prueba plena si ambas partes convienen expresamente en pasar por su dicho, y cuando el testimonio obtenido no se oponga con otras pruebas que obren en autos. En otro caso, su valor quedará a la prudente apreciación del tribunal. (Art. 216 CFPC)

c. El valor de la prueba testimonial queda al prudente arbitrio del juez y para ello deberá tener en consideración:

- ▶ Que los testigos encajen en lo esencial del acto aunque difieran en lo accesorio; que declaren haber oído pronunciar las palabras, presenciado el acto o visto el hecho material sobre el que depongan;
- ▶ Que por sí mismos conozcan los hechos sobre los que declaren, y no por inducciones ni referencias de otras personas;
- ▶ Que por su edad, capacidad o instrucción, tengan criterio para juzgar el acto,
- ▶ Que por su probidad, por la independencia de su posición o por sus antecedentes personales, tengan completa imparcialidad;
- ▶ Que la declaración sea clara, precisa, sin dudas ni reticencias,
- ▶ Que no hayan sido obligados por fuerza o miedo, ni impulsados por engaño, error o soborno, y que den fundada razón de su dicho. (Art. 215 CFPC)

Con esto se da por terminada la exposición del discurso jurídico de la prueba testimonial civil, enseguida se podrá llevar a cabo su examen comunicativo.

¹⁰⁷ Arts. 368 CPCDF y 181 CFPC

¹⁰⁸ Arts. 369 y 370 CPCDF y 182-184 CFPC

2.1.5. Análisis comunicativo de la prueba testimonial civil.

El examen comunicativo de la prueba testimonial se aborda con los resultados de la confesión civil, por las razones siguientes:

1. Sin la irracionalidad encontrada en la confesión civil lo que queda es la prueba denominada *declaración de parte*, cuya diferencia fundamental con la prueba testimonial es que la primera la realiza una de las partes en el proceso mientras que en la testimonial quien rinde la declaración puede o no ser parte del proceso.

2. El discurso jurídico de la prueba testimonial responde en alto grado a la redeterminación ética-jurídica de la confesión civil, o sea, correspondería a la declaración de parte, este argumento se desarrolla enseguida.

En primera instancia las reglas del lenguaje de la testimonial civil no establecen un concepto legal de la misma, por lo que se tiene que tomar de otra parte, por ejemplo de la doctrina. La noción doctrinal aceptada generalmente alude al objetivo de la prueba de “*acreditar la veracidad de los hechos controvertidos a partir de la declaración de los testigos*”¹⁰⁹, y el análisis lingüístico de esta definición arroja:

- ▶ Es clara, en tanto se entiende perfectamente.
- ▶ Es verdadera porque sus referentes son determinables. La palabra testigo tiene un referente normativo al establecerse en el código quién puede desempeñarse como testigo, entre otros derechos y obligaciones que se le imputan.
- ▶ Es veraz porque el lenguaje empleado no resulta engañoso.
- ▶ Es recta en tanto no se detecta violencia alguna en su discurso. Además,
- ▶ Se observa que tiene por objeto reconstruir coherente y lingüísticamente los hechos controvertidos, lo cual identifica su manejo como prueba en actitud hipotética.

¹⁰⁹ Ver *supra* inciso 2.1.4.1. El objeto del testimonio, concepto de testigo y su clasificación.

- ▶ Especialmente tiene el propósito de satisfacer la pretensión de veracidad de los hechos controvertidos a partir de las declaraciones de quienes conozcan tales hechos. Esto quiere decir que la prueba está diseñada para determinar la patología de engaño en los actos de habla que integren las declaraciones de los partícipes en el proceso, y principalmente en el dicho de las partes procesales.

Por lo anterior se puede considerar la prueba testimonial un concepto concreto, precisión que se confirma en la red conceptual que la determina:

a. Como prueba.- En tanto tiene por objetivo la reconstrucción histórica de la verdad judicial para solventar específicamente la pretensión de veracidad de los hechos controvertidos a partir de la declaración de los testigos.

b. Como indicio.- De conformidad con la verdad judicial entendida como *probable*. Su valor indiciario se establece en correspondencia al cumplimiento de las pretensiones de validez de los actos de habla¹¹⁰, asimismo en su relación con el demás material probatorio buscando siempre una verdad como coherencia, y por tanto está sujeta a refutación.

c. Un diseño de ejecución hipotético. El cual se detallará en el siguiente apartado.

¹¹⁰ Ver *supra* inciso 2.1.4.4. Formalidades en la prueba testimonial. El desahogo. Inciso c.

2.1.5.1. Desempeño del interrogatorio de la testimonial civil.

Los componentes que permiten desahogar la testimonial civil se enumeran abajo.

1. Medidas de apremio y declaración de deserción de la prueba. En esta prueba se optó por la aplicación de medidas de apremio, primordialmente para instar al declarante a rendir su declaración en beneficio de la reconstrucción coherente de los hechos controvertidos. Como última opción se declara la deserción de la prueba. Esta alternativa resulta mucho más benéfica que la aplicación de la confesión ficta porque la intención es que el testigo coopere con su participación en el proceso y de no conseguirse, no se perjudica directamente a alguna de las partes, sólo no se podrá contar con la información que pudo haber proporcionado el testigo.

2. Las preguntas son verbales y directas. Con esta regla no se requiere que se presente por escrito las preguntas antes de la audiencia, con lo cual también se elimina la aplicación de la confesión ficta para quien no se presente a declarar, igualmente torna inexorable la presencia del oferente de la prueba para que se desahogue.

Aunque hay una excepción a la regla relativa a la realización de la diligencia fuera de la jurisdicción, en cuyo caso el oferente tiene que presentar por escrito sus preguntas con copia para la contraparte de manera que ésta tenga la oportunidad de presentar sus repreguntas. Aquí se denota el respeto a la igualdad procesal en correspondencia con el fomento a la interacción recíproca entre las partes.

3. Todos los afectados pueden participar en la diligencia. Esta es una necesidad para la comunicación racional, se precisa de la intervención de todos los interesados con la finalidad de tomar en cuenta su propia opinión con respecto de la de los demás, de manera que satisfaga a todos por igual el resultado y puedan sentirse ligados con la decisión como autores de los derechos y obligaciones a los que como afectados tendrán que sujetarse, de otro modo, si como puede ocurrir, una de las contrapartes no acude a los interrogatorios, puede disminuirse la efectividad y eficacia de la prueba.

4. La protesta de decir verdad. La realiza quien va a rendir el testimonio, con lo cual se propone dar cumplimiento a la pretensión de verdad de la declaración, por supuesto en el entendido de que puede o no satisfacerse, eso se determinará eventualmente, la misma protesta advierte sobre las medidas correlativas por su inobservancia.

5. Inmediatamente después de preguntarle al testigo sus datos generales, el funcionario del juzgado se cerciora de la imparcialidad con la que el declarante presentará su testimonio, toda vez que del grado de imparcialidad depende también el grado de objetividad. En términos comunicativos se estará verificando la actitud con la cual participa el testigo.

6. El interrogatorio inicia con la fórmula “*dirá el testigo si sabe y le consta*”. En lo que hace a esta frase, cumple con las pretensiones de claridad, verdad, veracidad y rectitud. A pesar de que no se encuentra establecida en la ley propiamente. En concordancia con la prueba, esta fórmula es el preámbulo con el que se solicita al declarante una verdad como correspondencia, puesto que debe tratarse de un testigo directo con conocimiento inmediato del o los hechos controvertidos¹¹¹.

El testigo narra su percepción de los hechos estableciendo una relación entre su testimonio y cómo ocurrieron en la realidad, es decir, a partir de una verdad como coherencia o lógica en su declaración remitirá a la verdad como correspondencia de la cual fue testigo, por lo que la declaración debe integrarse básicamente de actos de habla constatativos. Su referente normativo se vincula a la razón que tiene que dar el testigo sobre su dicho.

7. Actitudes hipotéticas en la formulación del interrogatorio. La elaboración de las preguntas debe ser abierta con el propósito de que el testigo sea quien libremente describa los detalles de el o los hechos controvertidos sobre los que se le cuestiona. La gramática¹¹² para elaborar preguntas al testigo descansa esencialmente en las pretensiones de claridad y verdad, lo que significa que tendrán que ser cuestiones sin lugar a dudas para el declarante, perfectamente entendibles.

¹¹¹ Porque es un requisito legal para presentar a determinada persona como testigo.

¹¹² Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. Op. Cit., p. 14. Son las normas constitucionales y legales que regulan los juegos del lenguaje, es decir, los procesos judiciales reales.

También se exige que no sean contra la moral o el derecho. Esta norma procesal es poco conveniente si no existe un método idóneo para cotejar la pertinencia moral de las preguntas, en lo que concierne a su apego a derecho tiene que tenerse en cuenta las normas generales además de las especiales como estas que se presentan, aunque esto resulta complejo porque se puede prestar a sobreentendidos.

8. Todos los afectados pueden participar preguntando al testigo. El oferente en principio, luego la contraparte, también el juez pueden cuestionar al testigo. En materia local si se permite desestimar las preguntas realizadas.

9. Problematización y desempeño de los actos de habla del testigo. Los interesados además pueden requerir al juez para que el declarante realice el desempeño respectivo de sus actos de habla, específicamente cuando no responda lo que se le pregunta, cuando se contradiga o cuando no sea claro. Se observa que no se cubren todas las pretensiones de validez de los actos de habla, como la justificación para satisfacer la pretensión de rectitud, sin embargo, esta posibilidad de solicitar al testigo el desempeño de ciertas pretensiones de validez esencialmente representa un modo de identificar y evidenciar falacias abstractivas y contradicciones performativas, es pues un paso importante hacia la racionalidad discursiva.

10. *Razón de su dicho.* Esta es la segunda parte de la fórmula “*dirá el testigo si sabe y le consta*” con ello se pretende colocar el testimonio como una verdad coherente aunque tenga como fondo una verdad como correspondencia.

11. En la práctica, el *metalenguaje* de la diligencia usualmente corresponde fielmente a lo dicho en la misma porque se transcriben preguntas y respuestas literalmente en el acta respectiva, a pesar de la norma procesal en materia local que exige que se transcriba sólo la respuesta implicando la pregunta (en materia federal deben expresarse al pie de la letra).

2.1.5.2. Coordinación comunicativa y testimonial civil.

El contexto en el que surge la testimonial civil es al igual que en la confesión civil dentro de un conflicto de intereses, aunque con la posibilidad latente de consenso hasta por lo menos antes de dictar sentencia. Durante la etapa probatoria el consenso probable se transfiere a la formación de una verdad como consenso, por medio de la satisfacción de las pretensiones de validez de los actos de habla que integran los hechos controvertidos, lo cual se realiza mediante los esquemas de argumentación de cada una de las partes procesales. Según se ha observado, el discurso de la prueba testimonial civil se opera desde la ética de los principios y en ese sentido cumple una función:

- ▶ Como acción orientada al entendimiento mutuo,
- ▶ Reconociendo a los participantes de la prueba como sujetos,
- ▶ Para colaborar en la reconstrucción coherente y lingüística de la verdad judicial,
- ▶ Específicamente para verificar la satisfacción de la pretensión de veracidad de los hechos controvertidos a partir de quienes tengan conocimiento de los mismos.

Consecuentemente los efectos que produce la operación de la prueba testimonial en la ética de los principios son:

- ▶ La generación y verificación de la actitud hipotética del testigo, durante y después de la realización de la diligencia.
- ▶ Se reconoce el derecho de las partes afectadas de participar en la diligencia.
- ▶ Se admite la posibilidad de problematizar al testigo y la obligación de éste de desempeñar dichas problematizaciones (por lo menos con relación a la pretensión de inteligibilidad, verdad y veracidad).
- ▶ Al propiciarse una comunicación racional se generan las condiciones para la obtención de una declaración estructurada ilocucionariamente, es decir, con intenciones manifiestas.

- ▶ Las partes procesales tienen a su disposición en la prueba testimonial una acción orientada al entendimiento mutuo, lo cual las obliga a presentar los mejores argumentos.
- ▶ Se favorece la vinculación ética-discursiva entre los actos de habla regulativos y argumentativos de la testimonial, y con ello aumentan a través de esta prueba las probabilidades de efectividad y eficacia en la consecución de la verdad judicial.
- ▶ El metalenguaje de la prueba en la práctica no significa ningún problema cuando se transcriben textualmente preguntas y respuestas.
- ▶ En esta prueba ante todo se está por la verdad como coherencia, como se advierte en la clasificación doctrinal de los testigos en *concordantes* y *discordantes*.

Puede notarse que esta prueba tiene una muy buena dimensión dentro de la ética de los principios a partir de la descompresión de su gramática, es decir, de su discurso jurídico, lo cual a su vez torna flexible el interrogatorio, esto por un lado permite obtener información suficiente para discernir falacias abstractivas y contradicciones performativas, y por otro inducir la verdad judicial con alto grado de eficacia.

Esta simplicidad implicó prescindir de un lenguaje técnico jurídico innecesario como el que opera en la confesión, incluso no se estableció una noción legal de la prueba, no se aplica la confesión ficta pues no se inhibe sino que se estimula la participación con medidas de apremio y la deserción de la prueba, no se exige un pliego de preguntas por escrito, se permite la participación alternada de todos los afectados, el interrogatorio es abierto, directo y verbal, se libera la declaración, se permite la problematización y desempeño, las tachas, etc. Y todo esto por qué se permite en la testimonial: *Porque se presume que el testigo no es afectado en el proceso*. No se tiene ninguna otra intención salvo que el testigo contribuya con el conocimiento que tiene sobre los hechos controversiales.

La crítica que pudiera suscitar la prueba testimonial es en relación a: volver obligatoria la rendición de declaración de los burócratas porque son servidores públicos; suprimir la regla federal relativa a elaborar *afirmativamente* (asertóricamente) las preguntas que se

formulen a los testigos so pena de desecharlas sin derecho a impugnar dicha declaración¹¹³ y en cambio implementar la desestimación de las preguntas, lo mismo con la norma que establece un metalenguaje en el acta de la diligencia en el que se transcriba sólo la respuesta del testigo implicando la pregunta, dicha norma debe variarse para hacerla compatible a la práctica usual en la que se transcriben literalmente interrogantes y respuestas.

Finalmente debe hacerse un comentario respecto a los testigos falsos. Considero que la proliferación de testimonios performativos que fabrican discursivamente los hechos, son el resultado de la negligencia de los interesados. Es común que la diligencia se realice sólo en presencia de quien ofrece la prueba, de manera que no hay la contradicción del colitigante, y la realidad es que quien menos interés tiene en la veracidad de los testimonios es el funcionario público, de modo que el problema en esta prueba sobre todo radica en la falta de diligencia de las partes procesales.

Con esta exposición se confirma también la necesidad de superar la irracionalidad discursiva de la prueba confesional mediante la testimonial. Aquí se finaliza este tema, para dar paso a la exposición del discurso jurídico de la prueba pericial.

¹¹³ Ver anexo 3

2.1.6. Discurso jurídico de la prueba pericial civil.

En este medio de prueba se emplea también un interrogatorio. El cuestionario al perito como normalmente se le conoce es un medio de prueba que tiene presencia casi invariablemente en todos los juicios civiles, y sus características así como un esbozo de su reglamentación se presentan enseguida.

2.1.6.1. Concepto, objeto de pericia y clases de peritos.

De Pina asevera, “...la pericia, más que un medio de prueba en sí mismo, es una forma de asistencia intelectual prestada al juez...”¹¹⁴. El juez es un perito en derecho, pero no en ciencias, técnicas o artes, de manera tal que cuando se le presenta un hecho cuya complejidad no es sólo jurídica, se hace necesaria la intervención de especialistas o peritos¹¹⁵.

El código establece que: “la prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharan de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.” (Arts. 346 CPCDF)¹¹⁶

La prueba pericial discursivamente tendría por objeto auxiliar al juzgador en la reconstrucción coherente de los hechos debatidos, mediante la aclaración, interpretación, explicación, valoración, justificación, o lo que se requiera para la debida comprensión de los hechos controvertidos. Al especialista le corresponderá hacer del conocimiento del juez el desempeño que se le haya solicitado, presentado su opinión fundada. (Arts. 346 CPCDF y 143 CFPC)

¹¹⁴ De Pina Vara, Rafael. *Op. Cit.*, p. 179.

¹¹⁵ “Auxiliar de la administración de justicia, que es llamado para emitir sus dictámenes sobre determinadas cuestiones relacionadas con la ciencia, arte o práctica de la que es experto, con el fin de asesorar al juzgador”. Molina González, Héctor. *Op. Cit.*, p. 20.

¹¹⁶ El código federal refiere en su artículo 143.- “la prueba pericial tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley.”

Originalmente la pericia alude a la verdad como correspondencia al verificar la relación de las ideas, en este caso la opinión del perito con los hechos, de manera que lo regular será la exposición de la prueba a través de una verdad como coherencia en el dictamen pericial.

La doctrina identifica varios tipos de peritos. Se reconocen los llamados peritos titulados o prácticos y los peritos de parte o de oficio. Los primeros son los especialistas que están titulados, cuando su profesión se encuentra reglamentada, de no ser el caso se les denomina sólo prácticos o personas entendidas, y a estos últimos se les solicita cuando no hay peritos titulados en el lugar. Cuando el perito es contratado por alguno de los litigantes se le conoce como perito de parte, y cuando lo asigna el juez se le llama perito de oficio.

El código incorpora dicha clasificación al determinar que cada una de las partes tiene derecho a designar su propio perito, y además establece la facultad del juez de designar un perito tercero en discordia (perito de oficio) cuando se presenten dictámenes contradictorios. (Arts. 346 CPCDF y 144 CFPC)

2.6.2. Formalidades en la prueba pericial.

Ofrecimiento y preparación. Las partes proponen la prueba pericial desde los escritos iniciales o dentro del término de ofrecimiento de pruebas. En el escrito para el efecto deberá señalarse con precisión, la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deberá practicarse la prueba. De igual forma, los puntos y las cuestiones a resolver en el dictamen¹¹⁷; el número de cédula profesional del perito, su calidad técnica, artística o industrial; su nombre, apellidos y domicilio. Finalmente, se deberá puntualizar la relación entre la prueba y el hecho. No puede faltar ninguno de estos requisitos, de otro modo, el juez la desechará de plano¹¹⁸.

Antes de admitir la prueba pericial, el juez da vista al colitigante por el término de tres días (cinco días CFPC), para que se manifieste sobre la pertinencia de la prueba y de ser conveniente a sus intereses, proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones. (Art. 348 CPCDF)

En esta disposición tiene lugar la prevención del principio de la igualdad procesal, relacionado a la vez con el principio de la carga de la prueba y del contradictorio. Estos principios son imprescindibles para la puesta en marcha de un proceso racional. Por otro lado, es una pauta para la problematización y desempeño de los actos de habla constituidos por los puntos y cuestiones motivo de la prueba pericial.

Al ser admitida la prueba los oferentes asumen la obligación de atender a la realización de la actividad procesal del perito. El especialista debe presentarse en el juzgado dentro de los tres días siguientes a la admisión de la prueba para aceptar por escrito el cargo conferido y “*protestar su fiel y leal desempeño*”, anexando copia de su cédula profesional y documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, industria u otra por la que se le designa, manifestando bajo protesta de decir verdad, conocer los cuestionamientos y pormenores relativos a la prueba, asimismo, que está capacitado para emitir el dictamen respectivo, dentro de los diez días siguientes a la fecha de presentación del escrito de aceptación y protesta del cargo.

¹¹⁷ Anexo 7

¹¹⁸ Anexo 6

Si uno de los peritos no acepta y/o no protesta el cargo, o bien, no presenta el dictamen pericial de conformidad con lo dispuesto en la ley, se resolverá con el único dictamen que se rinda¹¹⁹. En el caso de que los peritos de ambas partes no exhibieran su dictamen pericial dentro del término constitucional, el juez además de sancionarlos con multa designaría en rebeldía de aquéllos, un perito único¹²⁰.

Las partes son las responsables del pago de honorarios de los peritos así como de su presentación en el juzgado. También puede acordarse la designación de un solo perito que rinda un único dictamen, al cual se sujetarían las partes, igualmente pueden manifestar su conformidad con el dictamen del perito contrario y hacer observaciones al mismo, las cuales se consideran en la valoración de la prueba. (Art. 347 CPCDF)

Ante dictámenes contradictorios, oficiosamente el juez dará vista al C. Agente del Ministerio Público para que se integre la averiguación previa correspondiente por la probable comisión del delito de falsedad en declaraciones ante autoridad judicial, por parte del perito auxiliar de la administración de justicia que haya dictaminado, acto seguido se designará un perito tercero en discordia. (Arts. 349, 351 CPCDF; 145-160 CFPC)

Desahogo. En la fecha y hora señalada para la audiencia de pruebas y alegatos, el secretario de acuerdos llamará a las partes, a los litigantes y a los peritos. Si esta preparada la prueba se lleva a cabo, recordando que la audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los peritos y los abogados.

Las preguntas que se hagan a los peritos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Deben referirse a los hechos controvertidos,
- b. No deberán ser ociosas o impertinentes.

¹¹⁹ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, p. 165. El autor critica esta disposición por ser excesiva e injustificada al aceptar el resultado de un sólo peritaje aún no rendido, lo idóneo asegura, sería dictar la preclusión del derecho para designar un perito, pues de otro modo se deja en estado de indefensión a la contraparte: “...se debe de respetar el derecho de la contraparte del oferente a cuestionar al dictamen pericial, el cual, en todo caso, debe ser analizado y valorado por el juzgador.”

¹²⁰ Ver anexo 8

Puede observarse la mínima regulación para la elaboración del cuestionario para el perito, probablemente derivado de su carácter intelectual. Posteriormente los peritos dictaminarán por escrito u oralmente en presencia de las partes y del tercero en discordia si lo hubiere. Las partes, el tercero y el juez pueden formular observaciones y hacer preguntas sobre los hechos objeto de la prueba y el tercero en discordia dirá su parecer. (Arts. 391 y 392 CPCDF). Esto significa que cuando menos teóricamente se estipula la posibilidad de participación de todos los interesados.

En el acta de la diligencia no se asientan literalmente preguntas ni respuestas sólo en casos excepcionales estimados así por el juez. Se harán constar las respuestas implicando las preguntas. (Art. 392 CPCDF).

2.6.3. Peritos y testigos.

Los doctrinarios explican que la prueba testimonial tiene por objeto obtener una reminiscencia del pasado, mientras que la prueba pericial trata más bien sobre hechos presentes. Con esa lógica se establece que los testigos son imprescindibles en tanto los peritos son reemplazables.

Al testigo se le solicita la noticia que tenga sobre los hechos y no se requiere su valoración, en cambio del perito se solicita su juicio intelectual basado en su propia investigación. Ambos hacen referencia a una verdad como correspondencia, la diferencia radicaría en que el perito no presencié los hechos cuando ocurrieron, pero basado en la experimentación podría determinar cómo ocurrieron de haber sucedido.

Con este inciso se culmina la exposición del discurso jurídico de esta prueba para enseguida comenzar su análisis comunicativo.

2.1.7. Análisis comunicativo de la prueba pericial civil.

La prueba pericial carece de una definición legal y la doctrina en términos generales la define como una forma de asistencia intelectual al juzgador. La legislación más bien establece una denotación legal con la que se indica su empleo cuando se requiera de conocimientos especializados diferentes a los jurídicos para resolver la controversia¹²¹, y no parece que dicha denotación conlleve patologías lingüísticas en tanto su discurso es claro, con referentes determinables, del mismo modo no se advierte engaño o violencia.

Con esta denotación legal de la prueba pericial civil se instituyó una red conceptual para su operación incorporando las siguientes características:

a. Como prueba. Se puede derivar válidamente que se propone como un método para coadyuvar en la *reconstrucción histórica de los hechos controvertidos*, con el objetivo específico de *tematizar* ingredientes relevantes de la situación que tienen la peculiaridad de ser especializados y distintos a los conocimientos jurídicos, por lo que su desempeño sólo puede realizarla eficazmente un perito.

b. Como indicio. Se alude a la percepción de la verdad judicial como una verdad probable, esta calificación indiciaria implica el entendimiento de la prueba como una parte de los datos, que habiendo cumplido con exigencias equivalentes a las pretensiones de validez comunicativa, revisadas desde la admisión de la prueba, tendrá que relacionarse con los demás indicios para reconstruir coherentemente los hechos controvertidos, todo lo cual da cuenta además de la posibilidad de refutación de la misma¹²². Su diseño de ejecución refleja su previsión hipotética.

¹²¹ Ver *supra* inciso 2.1.6.1. Concepto, objeto de pericia y clases de peritos.

¹²² Ver *supra* inciso 2.6.2. Formalidades en la prueba pericial. Y ver anexo 9.

2.1.7.1. Desempeño del interrogatorio de la pericial civil.

Los factores que conforman el mecanismo operativo de la pericial civil y el modo en que se practican desde el punto de vista comunicativo se detallan a continuación:

1. El ofrecimiento de la prueba se permite desde los escritos iniciales y no necesariamente en el escrito de pruebas. Este es el primer elemento o factor relevante de la operación de la pericial civil porque al exigir para el efecto de ofrecer la prueba la especificación de la ciencia, arte, oficio, técnica, industria u otra, así como la precisión sobre los puntos o cuestiones a resolver con las únicas exigencias de que sean relacionados con los hechos controvertidos, y que no sean ociosas ni impertinentes, se establece el importante hecho de que la contraparte como el juez conozcan exactamente la intención del oferente de la prueba.

Tal circunstancia marca la diferencia con las pruebas confesional y testimonial, pues en la testimonial se formulan las preguntas durante la celebración de la audiencia, lo mismo que en la confesional, aunque puede presentarse el pliego de posiciones también desde los escritos iniciales sólo que el sobre no se abre sino hasta el día en que se lleve a cabo la audiencia.

En la pericia las interrogantes o puntos a solventar sólo tienen que cumplir dos requisitos que se resumen en uno: *su relación atingente con los hechos controvertidos*. Este aspecto manifiesta la completa liberalidad de los interlocutores para formular sus cuestionarios para el perito.

Otro aspecto que destaca son los requisitos legales que debe cumplir el ofrecimiento de la prueba para ser admitida, en tanto corresponden a las pretensiones de claridad y verdad cuando se exige que el oferente especifique la ciencia, arte, técnica u otro sobre la que versará la pericia; la pretensión de veracidad al señalar su relación con el hecho, y en ese sentido también la pretensión de rectitud cuando se obliga a justificar la pertinencia de la misma¹²³.

¹²³ Desde este punto de vista, todas las pruebas deben cumplir con dichas pretensiones, excepto por el hecho de que en la pericial debe darse todo detalle sobre la intención de la misma, este es el factor relevante y que la hace diferir de las otras pruebas.

2. Se da vista a la contraparte para que manifieste la pertinencia de la prueba pericial, y si así lo considera amplíe los puntos o cuestiones a resolver. Y en relación con la satisfacción de las pretensiones de validez comunicativa para admitir la prueba, se reconoce el derecho de la contraparte problematizar dichas pretensiones conjuntamente con el juez, asimismo tiene la oportunidad de desarrollar la problematización planteada al perito.

3. Las partes interesadas tienen la obligación de estar atentos a la debida realización de la actividad que se requiere del perito ante el juzgado, porque de no cumplirse de forma diligente con todas las formalidades de ley, y en rebeldía de alguna o de ambas partes, el juez decidirá con el único dictamen que se presente diligentemente¹²⁴.

Esta norma jurídica no parece ser conveniente para establecer las condiciones de una situación ideal de habla, más bien la inhibe. Como asevera Ovalle en este particular, se tiene por válido un dictamen aún no rendido, además no se da debido cauce a la problematización y desempeño del mismo, por tanto habría que redeterminar esta norma estableciendo la nueva oportunidad de presentar el dictamen a quien no lo haya rendido¹²⁵.

En esta prueba la protesta de decir verdad la debe realizar el perito, además de protestar su leal y fiel desempeño, puesto que en él recae la obligación discursiva de desempeñar los puntos o interrogantes planteadas por las partes procesales, como un modo de tratar de satisfacer la pretensión de verdad fundamentalmente, sin embargo, también tendrá que cumplir en su dictamen con otras pretensiones como se verá más adelante.

4. El dictamen puede rendirse de forma oral o escrita. Lo común es presentar el dictamen por escrito, pero ello dependerá básicamente del tipo de juicio. El proceso que requiere de un dictamen oral puede tener más posibilidades de racionalidad comunicativa, porque permite la participación de todos los interesados, y todos tienen derecho de preguntar, de hacer observaciones, es decir, todos los afectados pueden problematizar al perito.

¹²⁴ 2.6.2. Formalidades en la prueba pericial. Ofrecimiento y preparación.

¹²⁵ Ver *supra* cita 231.

Las condiciones en que debe exponerse un dictamen de forma oral, son ajustadas a los requisitos indefectibles para crear una comunicación ideal de habla:

- ▶ Que todos los afectados tengan participación,
- ▶ En virtud de que el objeto de prueba regularmente es un tema de índole intelectual, la interacción se caracteriza por propiciar una argumentación seria,
- ▶ Como consecuencia del punto anterior, los interlocutores se ven comprometidos a asumir obligaciones discursivas.

5. En lo tocante al metalenguaje de la diligencia no aparece con dificultades de tergiversación por dos motivos: primero porque usualmente el dictamen se presenta por escrito, y segundo, si la exposición del peritaje es oral y en presencia de todos o la mayoría de los afectados, son altas las probabilidades de que las conclusiones reflejen las opiniones vertidas. Incluso la ley prevé que las partes procesales manifiesten su conformidad con el dictamen de su contraparte, esto pone de relieve la intención de la prueba de lograr el acuerdo, cuando menos en lo que concierne al hecho sobre el que versa la probanza.

6. Dictámenes contradictorios pueden ser señal de falta de veracidad en alguno o ambos documentos, por lo que son causa para dar vista al MP. Esta norma jurídica parece oportuna, en tanto que los peritos normalmente son contratados por las partes procesales de manera que era muy frecuente que favorecieran a sus clientes en sus resultados, así pues parece racional aplicar la violencia cuando se hayan motivos suficientes para considerar que el perito actúo con falsedad.

2.1.7.2. Coordinación comunicativa y pericial civil.

Las circunstancias en las cuales tiene lugar la prueba pericial como se ha anotado, es un conflicto de intereses aunque con posibilidades de consenso, por lo menos hasta antes de dictar sentencia. El acuerdo puede ser voluntario, pero si las partes no pueden conseguirlo así, entonces el consenso posible se vincula a la reconstrucción coherente y lingüística de los hechos controversiales, esto es, una verdad como consenso mediante lo que se asemejaría, a la satisfacción de pretensiones de validez comunicativa, a partir de los medios de prueba establecidas en las respectivas estructuras de argumentación de las partes procesales.

El desempeño de la prueba pericial ha mostrado que opera desde el nivel de la ética de los principios, poniendo a disposición de las partes en conflicto una auténtica acción orientada al entendimiento mutuo, cuya base es siempre el reconocimiento de los individuos como sujetos. La pericia tiene el propósito de reconstruir históricamente la verdad judicial, por medio de la tematización de ingredientes relevantes de la controversia que se refieren a conocimientos especializados y diferentes a los jurídicos.

Se ha puesto de manifiesto que las pruebas confesional y testimonial responden a la reconstrucción de los hechos debatidos pero, desde el punto de vista de la satisfacción de las pretensiones de validez comunicativa de verdad y veracidad, en cambio la prueba pericial parece que colabora desde la perspectiva de la presión de inteligibilidad, pues en sentido literal, permite tematizar ingredientes relevantes de la situación, volviendo comprensible para todos, aquellos elementos que por su complejidad intelectual y distinta a la jurídica, sólo un versado del tema podría manejar.

La prueba pericial remite por regla general a una verdad como correspondencia, aunque al mismo tiempo también de manera usual se tendrá que exponer en una verdad como coherencia. Esto es, al perito muchas veces le tocará experimentar con cierta realidad, pero casi invariablemente su explicación sólo podrá realizarse a través del discurso.

Los presupuestos que de conformidad con la ética del discurso son indispensables para establecer una comunicación racional son retomados en la pericial:

- ▶ En el ofrecimiento. El oferente genera expectativas de aceptación en sus interlocutores, estableciendo pretensiones de validez comunicativa.
- ▶ Para la admisión. Se propicia la actitud hipotética de la contraparte, cuando se le da vista para que problematice el ofrecimiento de la prueba, dicha problematización será sobre la pertinencia de la misma, o en su caso, estando de acuerdo en la realización de la prueba puede ampliar la problematización planteada por el oferente. Esta regla procesal además establece el respeto al principio de igualdad procesal.
- ▶ Preparación de la prueba. El perito protesta su fiel y leal desempeño, asimismo protesta decir verdad. Con ello se advierte al perito que cumpla con las pretensiones de validez comunicativa en su dictamen, no sólo la pretensión de verdad y veracidad, también se le exige el cumplimiento de la pretensión de claridad en tanto el dictamen tiene ese objetivo específico, y la pretensión de rectitud también surge como expectativa si se trata de una argumentación seria.

Como advertencia, se trata de persuadir al perito de desenvolverse racionalmente, pero no necesariamente va a cumplir. En particular si el especialista incurre en falsedad será sancionado.

- ▶ Desahogo de la prueba. El perito tiene la obligación discursiva de desempeñar las problematizaciones que además, le sean planteadas en la audiencia. A esta obligación le precede necesariamente la actitud hipotética de los interlocutores. Los participantes pueden problematizar al perito sin ninguna restricción sólo deben ser preguntas pertinentes, que no sean ociosas y relacionadas con los hechos controvertidos, en atención al fin de tematizar adecuada o suficientemente el ingrediente relevante del hecho controvertido respectivo.

- ▶ Se propende a la producción de un lenguaje ético que es revisado constantemente por los interesados, en razón de que el motivo principal de la diligencia es el entendimiento mutuo, el acuerdo, cuando menos con respecto de uno o varios elementos relevantes de uno o varios hechos controversiales sobre los que trata la pericia.
- ▶ Las conclusiones de la prueba serán efectivas si se consigue el acuerdo, y será eficaz en la medida en que contribuya a la consecución de la verdad como consenso.
- ▶ La crítica que puede suscitarse es relacionada a la necesidad de dar la oportunidad a las partes procesales que hayan incurrido en rebeldía, para presentar su dictamen. Esto permitirá la racionalidad discursiva que se ha encontrado en esta prueba, de otro modo se entorpecerá y los resultados previsibles son irracionales.

Puede notarse que contrariamente a lo que podría suponerse, una regulación simple permite acceder a la racionalidad discursiva. La prueba pericial opera a partir de una denotación legal que aprueba los parámetros de la comunicación racional, por lo que no se trata de introducir ningún tipo de lenguaje técnico jurídico como en la confesión, incluso el interrogatorio es liberado al punto de que sólo se exige su relación con los hechos controvertidos de forma pertinente, ni siquiera se agrega una figura como las tachas que aplican en la testimonial para señalar falacias abstractivas o contradicciones performativas en las declaraciones, porque se espera de todos los afectados que asuman obligaciones discursivas.

De este modo se da por concluido el examen comunicativo en torno al discurso jurídico de las pruebas civiles y sus respectivos interrogatorios, para dar paso al estudio dedicado a este mismo tema en materia penal.

DISCURSO JURÍDICO DE LOS INTERROGATORIOS EN EL JUICIO PENAL Y SU ANÁLISIS COMUNICATIVO.

“...el proceso penal, propiamente dicho, no tiene como única finalidad confirmar la responsabilidad del inculpado, sino, fundamentalmente, dar la oportunidad a la defensa de problematizar la hipótesis acusatoria, a la acusación, la exigencia de desempeñar la acusación en los términos de la defensa y al juez, la obligación de resolver en los términos de la acusación, la problematización y el desempeño discursivo de las partes.”¹

El proceso penal y los sistemas de procesamiento.

De acuerdo con Hernández Pliego², un sistema de procesamiento es un conjunto de normas jurídicas que rigen el enjuiciamiento de una persona a la que se le inculpa de la comisión de un delito. Y la adopción de un sistema en particular se encuentra asociada con cada tipo de Estado. La tipología que se conoce abarca los sistemas denominados: acusatorio, inquisitivo y mixto.

a. El sistema de procesamiento acusatorio. Este sistema se caracteriza por diferenciar perfectamente el órgano de juzgamiento, de acusación y de defensa, para garantizar en lo posible un proceso de partes, objetivo e imparcial. El juez no puede iniciar el proceso de oficio sino a petición de parte. Es necesaria la presencia del defensor en todo el proceso, so pena de nulidad. Rige el principio de oralidad, publicidad y concentración de los actos del proceso³. Se documenta sólo lo esencial.

¹ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México. Op. Cit.*, p. 103.

² Hernández Pliego, Julio Antonio. *El programa de derecho procesal penal*. Porrúa. México. 2000. p. 18.

³ El proceso puede ser presenciado por cualquier persona y se procura concentrar la totalidad del procesamiento en una única audiencia.

A la par tiene lugar la igualdad procesal entre las partes, el estatismo del juez, a quien no se faculta para buscar pruebas, reclasificar delitos, ni intervenir en los interrogatorios oficiosamente, su tarea exclusivamente debe limitarse a instruir la causa y a dar el veredicto. Predomina en este enjuiciamiento el interés particular sobre el social. En cuanto al acusado, es considerado un sujeto del proceso y no un objeto, además se promueve la libertad del inculpado durante el juicio y la sentencia es inapelable⁴.

En general este tipo de procesamiento penal establece reglas coincidentes con el sistema garantista, sin embargo contempla elementos que no necesariamente resultarían racionales, como es el caso de iniciar el proceso solamente a petición de parte, omitiendo lo indispensable de comenzar de oficio en algunos casos; de igual forma se soslaya la participación del juez, por ejemplo en los interrogatorios, pero si se tiene en cuenta que su trabajo es inducir la verdad judicial, parece evidente que tiene que intervenir cuestionando a las partes.

Igualmente aparece inexorable para la racionalidad del proceso el permitir la apelación de la sentencia, aceptando la posibilidad de que el juez de primera instancia puede fallar. Estas consideraciones básicamente remiten a la necesidad de realizar una adecuada argumentación entre el interés particular y el interés social, así como la precisión de las garantías procesales que delimiten racionalmente las facultades del juez.

b. El sistema inquisitivo se caracteriza por fusionar en un único órgano las funciones de la acusación, la defensa y el juzgamiento; por guardar el secreto de las actuaciones documentadas, por las continuas o sucesivas audiencias, por un número limitado de pruebas tasadas, por la prisión preventiva, la falta de igualdad procesal entre las partes, la diversidad de medios de impugnación y por la búsqueda de los elementos de prueba a cargo del órgano judicial. En este sistema el interés social se sobrepone al particular. Además al inculpado se le trata como objeto y no como sujeto. Este modelo de enjuiciamiento representaría un derecho penal máximo.

⁴ “Si entendemos que la prisión preventiva es una privación de derechos sin previo juicio, ...constituye una violación a la presunción de inocencia, en aras de la defensa de la sociedad contra el delito, la prisión preventiva debería pues, aplicarse únicamente en casos excepcionales y, en esos casos, durante el menor tiempo posible...En México el 74.23 % de las personas privadas de su libertad son presos sin condena, es decir, son procesados sometidos a prisión preventiva”. *Ibidem*, pp. 20 y 21.

c. **El sistema de procesamiento mixto.** Se distingue por buscar el equilibrio entre el interés social y el particular. Muchos estudiosos de la materia concuerdan en que la normatividad procesal penal mexicana incorpora el sistema mixto: en la averiguación previa el sistema inquisitivo y en el juicio principal el sistema acusatorio. Aunque como se verá más adelante, el juicio plenario más bien se práctica como una extensión de la acusación planteada a partir de la averiguación previa.

Un elemento que destaca en la clasificación de los sistemas de procesamiento es la determinación del inculcado como un sujeto o como un objeto, lo cual hace pensar enseguida en el reconocimiento recíproco y en lo esencial de reconocerse como sujetos para poder llegar a la ética, de modo que preliminarmente puede establecerse que si un sistema de procesamiento no reconoce al inculcado como un sujeto, entonces ese sistema no es digno de obedecerse.

Las codificaciones local y federal indistintamente consideran la división del proceso penal en un período sumario o instructorio así como en un juicio plenario o principal. El primero se refiere a la averiguación previa realizada por el Ministerio Público para determinar o no una consignación. Y el juicio principal tiene lugar cuando el Ministerio Público presenta una consignación ante el juez, dando paso a un proceso de tres partes, en el que el Ministerio Público se convierte en parte procesal, como órgano de la acusación, junto con el órgano de la defensa y el órgano de juzgamiento.

Se comenzará entonces la exposición de la primera parte del proceso penal, la averiguación previa, a la cual se dedica la subsiguiente sección.

3.1. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa es el primer procedimiento regulado por el código, y se define como el procedimiento penal en el cual se establecen las diligencias legalmente necesarias, de forma que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal. (Art. 1º. del CFPP)

3.1.1. Actos procedimentales que integran la averiguación previa.

Estos procedimientos son: la denuncia; los requisitos de procedibilidad: querella, autorización, declaratoria de perjuicios, declaratoria de procedencia, etc., la actividad investigatoria; y la resolución que dicte el Ministerio Público: ejercicio de la acción penal (consignación), no ejercicio de la acción penal, o archivo (reserva o archivo provisional). A continuación se explican brevemente⁵.

a. La denuncia. *“Es el acto procesal por el que cualquier persona, verbalmente o por escrito, ante el MP (o ante la policía dependiente de él, en materia federal) relata hechos posiblemente constitutivos de delito perseguible oficiosamente”*⁶.

b. Los requisitos de procedibilidad⁷. *“Son aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse la averiguación previa o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar”*⁸, enseguida se explican sucintamente.

- *La querella.* La diferencia entre denuncia y querella es, la primera puede presentarla cualquier persona, mientras la segunda sólo el ofendido o su representante legal, por tratarse de delitos seguidos a instancia de parte, con la mención expresa de castigar al responsable⁹.

⁵ Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, pp. 94-108.

⁶ *Ibidem*, p. 95 y 96.

⁷ (Arts. 113 CFPP y 262 CPPDF)

⁸ *Ibidem*, p. 97.

⁹ *Ibidem*, pp. 97 y ss.

- *La autorización*¹⁰. Es el acto por medio del cual la autoridad competente, remueve la inmunidad o fuero del que goza una persona por el cargo que desempeña. Es el caso de Diputados y Senadores (art. 61 constitucional), del Presidente de la República quien sólo puede ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común (art. 108 constitucional), los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la Judicatura Federal, y en general altos funcionarios, (Art. 111 constitucional).
- *La declaratoria de perjuicios*¹¹. Cuando se trate de delitos que tengan presumiblemente, repercusión en las cuentas de Hacienda, como el fraude o el contrabando, el Ministerio Público tiene obligación¹² de comunicarse con la SHCP, la cual, si lo considera necesario elaborará un informe sobre los perjuicios que haya sufrido con los presuntos actos delictivos que le informan.
- *La declaratoria de procedencia*¹³. Es el medio legal para remover la inmunidad de altos funcionarios públicos de los enumerados por el artículo 111 constitucional¹⁴, su objetivo es determinar si se suprime o no el fuero del funcionario en cuestión.

c. La actividad investigatoria principia con base en alguno de los requisitos de procedibilidad, el Ministerio Público inicia la investigación recabando pruebas sobre la existencia de elementos que puedan integrar el cuerpo de un delito y la probable responsabilidad del inculpado, para ello se vale de la policía ministerial a su cargo, de los servicios periciales y de los diferentes medios de prueba. Durante la averiguación previa el Ministerio Público tiene carácter de autoridad, de donde deriva el derecho correlativo de los gobernados para objetar cualquier acto

¹⁰ *Ibidem*, p. 101 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 107.

¹² Art. 113 CFPP.

¹³ *Ibidem*, p. 107.

¹⁴ “*Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de La Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la Republica y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral...*”

que emita, incluyendo la resolución del ejercicio o no ejercicio de la acción penal, archivo o reserva.

d. La resolución que dicte el Ministerio Público. Una vez concluida la averiguación previa¹⁵, el Ministerio Público puede encontrarse en condiciones para emitir su determinación de consignación o de no ejercicio de la acción penal, el archivo o la reserva. En la realización de la averiguación previa el Ministerio Público estará cumpliendo con lo ordenado por el artículo 19 constitucional que lo designa como órgano competente para investigar y perseguir delitos, con el auxilio de la policía ministerial que tiene bajo su autoridad y mando directo.

3.1.2. Clases de consignación.

El Ministerio Público puede determinar una consignación con o sin detenido.

En la consignación sin detenido el Ministerio Público no cuenta con un detenido pero si con algún requisito de procedibilidad que lo obligó a investigar. Luego dicha averiguación puede concluir reuniendo datos que cubran los requisitos constitucionales para consignar¹⁶, por lo que esta clase de consignación tiene la particularidad de acompañarse con la solicitud al juez del libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 110 y 111. La determinación del MP puede no concluir con la averiguación previa, es usual continuarla a consideración del MP o del juez. “...deje abierto el triplicado de la averiguación para seguir actuando en indagación del delito o de algunos otros probables responsables de él”. Esta práctica merece la crítica del autor por considerar que durante el juicio principal el MP estará desarrollando roles de autoridad y de parte, a pesar de que expresamente el artículo 3º del CFPP señala que corresponde al MP pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades, así como la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado.

¹⁶ La existencia de una denuncia o querrela, relativas a hechos señalados como delitos, con cuando menos pena privativa de libertad, además de datos que acrediten el cuerpo del delito así como los datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado. (Art. 16 constitucional)

¹⁷ *Ibidem*, p. 116. La diferencia entre ambas órdenes es, la orden de aprehensión se solicita cuando el supuesto delictivo amerita pena privativa de libertad y se solicita orden de comparecencia cuando la pena es alternativa o diferente a la de prisión.

La otra posibilidad del Ministerio Público es presentar la consignación con detenido, por delito flagrante o caso urgente, siempre y cuando haya satisfecho los presupuestos generales de la acción penal.

Flagrancia. Se entiende por flagrancia cuando el inculpado es detenido al momento de estar cometiendo el delito. Además tiene dos especies, cuasiflagrancia y flagrancia por equiparación.

a. La cuasiflagrancia se consuma cuando inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente y detenido.

b. La flagrancia por equiparación o equiparada se presenta cuando el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de *un delito grave*, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de *48 horas* desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito. (Arts. 193 CFPP y 267 CPPDF)

Caso urgente. Para detener a una persona bajo este supuesto, se debe acreditar el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia o que por la hora, lugar o cualquiera otra circunstancia, no pueda acudir el Ministerio Público al órgano judicial para solicitar una orden de aprehensión. El Ministerio Público está facultado para ordenar por escrito, la detención de una persona bajo su más estricta responsabilidad, fundando y motivando, con la expresión de los indicios que acrediten que el inculpado ha cometido un delito grave de los establecidos en el artículo 194 del CFPP. En el D.F., la gravedad delictiva se establece con el criterio del término medio aritmético de cinco años¹⁸.

¹⁸ “...son delitos graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la

Asimismo, el artículo 16 constitucional, párrafo séptimo, dispone que el Ministerio Público no deberá retener a ningún indiciado por más de 48 horas, al transcurrir dicho plazo, tiene la obligación de decretar la libertad o la consignación del inculpado¹⁹.

El Ministerio Público puede continuar la averiguación previa sin detenido y bajo esta suposición no hay límite de tiempo, aunque puede solicitar el arraigo del indiciado. La normatividad local prevé una audiencia para determinar el arraigo o la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica sin autorización judicial, en la cual se escuchara al afectado y al Ministerio Público. El arraigo no deberá exceder de 30 días, salvo que el Ministerio Público solicite la ampliación del término. (Art. 270 bis)

Al contrario en el CFPP no figura la audiencia del inculpado para su arraigo, tampoco establece la obligación del Ministerio Público de fundar y motivar dicha solicitud, solamente se requiere la existencia de la posibilidad de que el indicado se sustraiga de la acción de la justicia. (Art. 133 bis) Esta sería una característica de índole inquisitiva transgresora de los derechos humanos, al implicar que sólo por el dicho del Ministerio Público procede el arraigo.

3.1.3. No ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público decreta el no ejercicio de la acción penal o archivo bajo alguna de estas condiciones: cuando no se cumplen los presupuestos generales de la acción penal establecidos en el artículo 16 constitucional; cuando exista alguna excluyente del delito, o cuando surge alguna circunstancia que deje inexistente la acción penal como la muerte del indiciado, el perdón del ofendido, la prescripción, etc. El decreto de no consignar no tiene el rango de cosa juzgada por no ser una autoridad judicial la que lo emite, no obstante, con fundamento en la falta de cumplimiento de los presupuestos generales de la acción penal, se le reconoce definitividad, de lo cual se deriva el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado. (Art. 138 CFPP) El

pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos". Art. 268 párrafo cuarto, CPPDF. Además se deben tomar en cuenta las posibles circunstancias del hecho delictivo.

¹⁹ Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, p. 126. Excepto en los casos de delincuencia organizada, la detención como la averiguación se pueden extender por 48 horas más.

decreto de archivo o reserva es temporal, porque pueden presentarse nuevas pruebas para abrir la investigación con la posibilidad de consignar nuevamente. (Art. 139 CFPP)

3.2. EL PROCESO.

Una vez que el Ministerio Público resuelve ejercitar la acción penal, con fundamento en la acreditación de los elementos del cuerpo del delito, y habiendo reunido los datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, se solicita al juez competente su intervención con la participación de la acusación y la defensa, para que resuelva sobre la probable verdad judicial. El juicio se integra con una serie de etapas procesales en las cuales se realizan interrogatorios, para obtener los datos que puedan ser útiles como indicios, y eventualmente puedan formar parte de las pruebas del proceso.

En este trabajo se hace referencia a las fases del proceso penal federal de conformidad con el artículo 4º. del CFPP, que comprende los procedimientos penales de preinstrucción, de instrucción, de primera y de segunda instancia. No obstante hay opiniones disidentes respecto de los procedimientos que circunscriben el proceso penal, por ejemplo hay quienes sostienen que el proceso penal se inicia con el procedimiento de instrucción, una vez que se ha establecido preliminarmente el delito por el cual se seguirá el proceso, estas posturas tienen fundamento en el art. 19 constitucional que prescribe: *"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso."* . Otros doctrinarios como Hernández Pliego o García Ramírez afirman que el proceso principia antes del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, cuando el juez dicta el auto de radicación en el procedimiento de preinstrucción, puesto que a partir de ese momento el órgano jurisdiccional establece su participación presidiendo el proceso²⁰.

Habiendo hecho la anotación precedente, y a reserva de la atingencia de una u otra tesis, se seguirá la lógica del código federal, por lo que se principia el siguiente estudio con el primer procedimiento del proceso.

²⁰ *Ibidem*, pp. 147-150.

3.2.1. La preinstrucción.

Es el segundo procedimiento penal regulado por el código. (Art. 1º. del CFPP) Con la preinstrucción se inicia el juicio plenario. En esta etapa el juez deberá delimitar el o los hechos delictivos y clasificarlos conforme al tipo penal aplicable, estableciendo si la averiguación previa realizada por el Ministerio Público es suficiente o no para ordenar la resolución judicial consecuente. El procedimiento penal de preinstrucción comprende varios actos procesales, los principales son: el auto de radicación, la declaración preparatoria y la resolución del término constitucional.

3.2.1.1. Auto de radicación.

Cuando el Ministerio Público ha consignado una averiguación previa, el primer acto de autoridad que emite el juzgador, es el auto de radicación o de inicio del procedimiento penal de preinstrucción. Este acto judicial tiene por efectos: dar inicio al procedimiento de preinstrucción, establecer la jurisdicción del juez, vincular a las partes con el juzgador para que ante él se siga el proceso, reconocer al Ministerio Público como parte procesal y al juez como autoridad. El auto de radicación puede decretarse con detenido o sin detenido.

El auto de radicación cuando la consignación es con detenido. El auto de inicio es dictado inmediatamente, estableciendo que el inculpado queda a disposición del juez para todos los efectos legales. Es relevante especialmente para el conteo del término constitucional, de ahí la importancia de atender al momento en el cual el Ministerio Público interna al indiciado en el reclusorio o en el centro de salud correspondiente. (Art. 286 bis CPPDF y art. 134 CFPP)

Debe documentarse la disposición del inculpado ante el juez, entregarse copia al encargado del reclusorio o del centro de salud respectivo, quien deberá circunstanciar el ingreso del inculpado, con fecha, hora y lugar de recepción. (Art. 197 del CFPP) El juez receptor de la consignación con detenido, determinará si la detención realizada por el Ministerio Público fue

conforme a derecho²¹, para ratificarla o decretar inmediatamente la libertad del detenido con reservas de ley. (Arts. 16 constitucional, 134 del CFPP y 268 bis del CPPDF)

Si el Ministerio Público se excedió en el término de detención previsto en el artículo 16 constitucional, se presumirá que el detenido estuvo incomunicado, invalidando las declaraciones que hubiese emitido en ese lapso. (Arts. 134 del CPPDF y 134 del CFPP) El Ministerio Público propone al juez los señalamientos correspondientes al tipo delictivo y al monto que podría imponerse de existir la posibilidad de libertad provisional. (Art. 134 CFPP)

El auto de radicación en la consignación sin detenido. El auto de radicación se ordena dentro de los dos días siguientes a la recepción de la consignación. (Art. 134 CFPP) La consignación sin detenido, anexa una solicitud de librarse orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, según el caso. La solicitud puede ser ordenada o negada por el juez dentro de los 10 días siguientes, a menos que se trate de un delito grave, entonces se resolverá dentro de las 24 horas posteriores al auto de radicación. (Arts. 142 CFPP y 286 bis CPPDF)

Los requisitos para que el juez libre una orden de aprehensión o de comparecencia son los mismos requerimientos para que el Ministerio Público lleve a cabo la consignación, a saber: la existencia de una denuncia o querrela, que se refieran a hechos señalados por la ley como delitos, con cuando menos pena privativa de libertad, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, de la misma forma que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

²¹ Cuando el inculpado o el defensor se inconforman por la ratificación de la detención, o ante una orden de aprehensión, ambas situaciones posiblemente transgresoras del artículo 16 Constitucional, se promueve el amparo indirecto, pero si ocurre que el juez dicta el auto de formal prisión entonces se sobreseen los amparos promovidos con base en el artículo 73 fracción X de la ley de amparo.

3.2.1.2. Declaración preparatoria.

La declaración preparatoria en general podría aceptarse como un *acto procedimental de información* de acuerdo a Pedro Hernández Silva²², toda vez que se trata del momento procesal en el que se le comunica al indiciado sobre los cargos en su contra, los derechos que le asisten, al tiempo que se hace del conocimiento de las partes el inicio del proceso.

Una vez que el inculpado se encuentra a disposición del juez, como resultado de una consignación con detenido o mediante orden de aprehensión, empieza a correr el término constitucional de 72 horas al que alude el artículo 19 constitucional, plazo máximo para la detención del inculpado por la autoridad judicial²³. Transcurrido ese lapso, deberá resolverse la situación jurídica del inculpado, ya sea justificando su detención con un auto de formal prisión o decretando su libertad. Existe una excepción derivada de la misma norma para prolongar la detención en beneficio del inculpado, siempre que se solventen los requisitos necesarios²⁴ para duplicar el término constitucional de 72 horas. (Arts. 161 del CFPP y 297 del CPPDF)

Durante las primeras 48 horas contadas a partir de la puesta a disposición del inculpado ante el órgano jurisdiccional, se tendrá que tomar la denominada declaración preparatoria. Esta declaración está regulada por un procedimiento que precisa el modo cómo deberá de recabarse en cumplimiento a una serie de garantías que le asisten al inculpado²⁵, lo cual la ubicaría dentro de un marco racional, sin embargo pierde sus efectos cuando se aplica asertóricamente el principio de inmediatez procesal²⁶.

²² <http://www.themis.umich.mx/~mgraaffg/teresadc/libroelprocedimientoyelprocesopenal.pdf>. Pág. 499. 29/07/08, 13:40 p.m.

²³ Arts. 16 Constitucional, párrafo tercero, 197 CFPP y 272 del CPPDF.

²⁴ Que lo solicite el inculpado o su defensor, que la petición se formule en la declaración preparatoria o dentro de las tres horas siguientes, (esto último sólo en materia federal), que la ampliación del término tenga como finalidad aportar o desahogar pruebas de forma que el juez resuelva la situación jurídica del indiciado, no puede solicitarlo el MP, tampoco puede decretarlo oficiosamente el juez, y en caso de concederlo se dará noticia al Director del reclusorio preventivo, para efectos del mismo artículo 19 Constitucional.

²⁵ Arts. 287 y ss. CPPDF; y Arts. 153 y ss. CFPP.

²⁶ "...al momento de valorar el resultado de este acto procesal, de manera casi unánime le es negada toda fuerza probatoria por el juzgador. La fuerza de prueba que pudiera representar tan ritual diligencia, queda cabalmente desplazada, merced al pretendido principio de inmediatez procesal, conforme al cual las primeras declaraciones producidas por el inculpado, por estar más próximas a los hechos y por suponerse carentes de aleccionamientos defensistas, revisten mayor valor demostrativo que las ulteriores. Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, p. 167.

3.2.1.3. Resolución del término constitucional.

El procedimiento penal de preinstrucción puede concluir con una de tres resoluciones: un auto de formal prisión, un auto de sujeción a proceso, o un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar se dicta cuando concluye el lapso de 72 hrs., y no se han acreditado los elementos del cuerpo del delito, ni existen datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado (Art. 19 constitucional). Otra hipótesis para decretar la libertad por falta de elementos para procesar, es la presencia de alguna excluyente del delito (Art. 15 del CP). O bien, cuando concurre alguna causa de extinción de la acción penal, y en estas dos últimas hipótesis, la libertad que resuelva el juez tendrá efectos de sentencia absolutoria.

El juez deberá poner en libertad al inculpado sin perjuicio de volver a actuar si se obtienen pruebas posteriores, no se sobresee hasta que prescriba la acción penal. En la resolución el juzgador deberá mencionar las omisiones y defectos de la averiguación previa con motivo de que los subsane el Ministerio Público. (Arts. 167 CFPP, 36, 302 CPPDF)

En cambio si dentro de las 72 hrs., el Ministerio Público acredita los elementos del cuerpo del delito y los datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, considerando todo lo actuado, desde la averiguación previa hasta la preinstrucción, el juzgador dictará auto de formal procesamiento, que puede ser un auto de formal prisión o un auto de sujeción a proceso.

El auto de formal prisión²⁷ se dicta si concurre:

- a. Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado o conste que se rehusó a hacerlo (más bien, no importa si se tomó o no la declaración, sino que importa si consta que se le preguntó al inculpado si quería declarar o no);

²⁷ Art. 161 CFPP.

- b. Que se hayan acreditados los elementos del cuerpo del delito y le corresponda pena privativa de libertad;
- c. Que haya datos acreditados que determinen la probable responsabilidad y,
- d. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

La única diferencia en la expedición del auto de sujeción a proceso es la pena, la cual deberá ser alternativa o distinta a la prisión. La legislación local agrega que la resolución debe contener los nombres y firmas del juez, así como del secretario que haya autorizado, además no debe haberse probado alguna causa de licitud a favor del inculpado. (Art. 297 CPPDF)

El auto de formal prisión tiene por efectos terminar la preinstrucción e iniciar la instrucción, determinar el o los delitos que motivan el proceso, en el se ordena la elaboración de la ficha dactiloantropométrica o ficha del procesado, igualmente señala el tipo de proceso que se llevará (ordinario o sumario) y suspende los derechos ciudadanos del indiciado. (Arts. 35 y 38 de la constitución)

3.2.2. La instrucción. Las pruebas.

El tercer procedimiento regulado por el código es la instrucción, su finalidad es averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido, las particularidades personales del inculpado y la probable responsabilidad. Este procedimiento abarca las diligencias practicadas por la acusación y la defensa ante el juez, para proveerlo de los elementos de convicción necesarios en la inducción de la verdad judicial. (Art. 1º. del CFPP).

Ferrajolli incluye dentro de los diez axiomas que comprenden el garantismo penal: “*nulla accusatio sine probatione*” y “*nulla probatio sine defensione*”, ambos principios se refieren a la carga de la prueba y a la contradicción o defensa²⁸, uno y otro surgen como los rieles procesales a través de los cuales se deben conducir las pruebas para inducir la verdad judicial.

3.2.2.1. Carga de la prueba y procedimiento probatorio.

Se ha cuestionado la pertinencia de hablar de partes en el derecho procesal penal en virtud de su carácter público²⁹, pero cuando se hace referencia a la carga de la prueba, figura del derecho procesal civil relativa a la obligación de la parte que afirma de probar su dicho, adquiere relevancia, porque ineludiblemente la obligación de probar en el juicio penal, es de la parte acusadora, el Ministerio Público.

En el juicio civil a las partes les interesa demostrar su dicho para ser favorecidos por la decisión judicial, cuya vinculación únicamente les pertenece a las partes individualmente. En cambio, en el proceso penal el Ministerio Público tiene la obligación de demostrar su acusación, para cumplir con su función social sin violentar los derechos humanos del indiciado. Y la defensa por su parte, tiene un interés privado, generalmente de mayor valor con respecto de los derechos que se litigan en un proceso civil.

²⁸ Ferrajolli, Luigi. *Op. Cit.*, pp. 103-104.

²⁹ Sin embargo, el artículo 248 del CPPDF, recoge la idea de la carga de la prueba como en el juicio civil.

Una vez abierto el período de instrucción las partes ofrecen sus pruebas por escrito e inmediatamente el juez dicta un auto de admisión. Debe admitirse toda prueba incluso las que no estén previstas en la ley, incluyendo aquellas consideradas por el juzgador como inconducentes, la única restricción es que no vayan contra el derecho. (Art. 20 constitucional, fracción V)

En el fuero común, en el juicio ordinario, a partir de la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se señalan *15 días para ofrecer pruebas y 15 días para su desahogo*; si de éste surgen nuevos elementos que deban probarse se otorgan *3 días más para ofrecer nuevas pruebas y 5 días para su desahogo*. El juez tiene facultad de solicitar la práctica de las pruebas que estime convenientes para la inducción de la verdad judicial; asimismo según las circunstancias, podrá ordenar de oficio el desahogo de las pruebas que juzgue necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por *5 días mas*. (Art. 314 CPPDF).

En el fuero común, en el juicio sumario (Art. 305 cuando se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, o se trate de delito no grave), a partir de la notificación del auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, se otorgan *3 días comunes para presentar pruebas* que se practicarán en la audiencia principal, al igual que en el juicio ordinario, de aparecer nuevos elementos a probar derivados del desahogo previo, se darán *3 días más para aportar pruebas y 5 días para desahogarlas*. (Art. 307). No se dispone expresamente la facultad del juez para ordenar la práctica de las pruebas que considere convenientes.

En el fuero federal, el juicio sumario, (Art. 152 CFPP, hay tres hipótesis para un trámite sumario.- 1) En casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio se resolverá la apertura del procedimiento sumario y con ello también se inicia *la instrucción que deberá cerrarse dentro de 15 días*; y 2) si la pena excede de dos años de prisión, *la instrucción deberá cerrarse dentro de 30 días*, en cualquiera de los casos siguientes: a) se trate de delito flagrante, b) haya confesión judicial o ministerial ratificada ante el juez, c) que no exceda del término medio aritmético de 5 años de prisión o de rebasar sea pena alternativa; y 3) cuando las partes se conformen con la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso y no tengan más pruebas que ofrecer excepto

para la individualización de la pena o medida de seguridad, además el juez no considere necesario realizar alguna otra diligencia.

En el fuero federal, el juicio ordinario, por exclusión de acuerdo al párrafo anterior, y además, cuando se haya dictado auto de formal prisión y la pena *exceda de dos años la instrucción durará hasta 10 meses, si la pena máxima es de dos años de prisión o se dictó auto de sujeción a proceso la instrucción durará hasta 3 meses.* (Art. 147 CFPP). Cuando se hayan agotado los términos señalados por este artículo o cuando el Tribunal lo estime adecuado, dictará el auto de agotamiento de la instrucción, otorgando *10 días comunes para ofrecer nuevas pruebas y en su caso 15 días para desahogarlas.* Según las circunstancias el juez podrá de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas pertinentes para mejor proveer o aumentar el plazo de desahogo por *10 días más.* Transcurridos los plazos, hecho el cómputo o si las partes renunciaron a su derecho relativo, se declara el cierre de la instrucción. (Art. 150 CFPP)³⁰.

Como se observa durante la instrucción, y básicamente en los juicios ordinarios, el juez tiene amplias facultades para solicitar las pruebas pertinentes, lo que significa una continua admisión y desahogo de pruebas. Para ese efecto, puede hacer uso de medios de apremio y de las medidas procedentes para asegurar dicho desahogo. (Art. 33 CPPDF) El juez acuerda el cierre de la fase de instrucción con la finalidad de que las partes enteradas, ofrezcan las pruebas que les hagan falta para su consiguiente admisión y ejecución, cuando concluye el plazo se declara el cierre de este período. Las partes pueden renunciar a su derecho y en ese caso la declaración es inmediata.

Debe aclararse que uno es el auto de agotamiento de la instrucción y otro es el auto por el cual se declara cerrada la instrucción. En el primero el juzgador avisa a las partes que está por concluir el plazo para aportar las pruebas, y en el segundo, se declara cerrada la instrucción, ya sea porque el plazo feneció, o bien, porque el juez estima que se probó lo necesario. El efecto del auto de cierre de la instrucción, es iniciar el procedimiento penal de primera instancia que se

³⁰ [http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/211/338.htm?s=, 31/05/208, 20:49 p.m.](http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/211/338.htm?s=)

compone con la formulación de conclusiones, la audiencia de vista y la sentencia. (Arts. 291 CFPP y 315 CPPDF)

El Ministerio Público formula conclusiones mediante una exposición breve de los hechos y de las circunstancias particulares del procesado. Asimismo propone las cuestiones de derecho, además de citar las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Las conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a la acusación. (Art. 292 CFPP)

Las proposiciones deberán ser concretas, precisando el supuesto delictivo atribuido al procesado, incluyendo las sanciones que el Ministerio Público considere deberán corresponderle, también debe integrar la reparación del daño así como los perjuicios cuando se dé el caso; el fundamento legal que sustente la hipótesis acusatoria; habrá que detallar los elementos del cuerpo del delito y los datos de la probable responsabilidad, lo mismo con las circunstancias para individualizar la sanción. La defensa hace valer su derecho de formular conclusiones, refutando la hipótesis de acusación. En caso de no hacerlo, se entenderán en términos de inculpabilidad o inocencia. (Arts. 293, 296 y 297 CFPP)

3.2.2.2. Los medios de prueba, su valor y la sentencia.

La regulación de los medios de prueba enlista en general: la confesión, los documentos, los dictámenes de peritos, la inspección ministerial y judicial, las declaraciones de testigos, las presunciones, la reconstrucción de hechos, los cateos, las visitas domiciliarias, la confrontación y los careos, las declaraciones de los servidores públicos y todas aquellas que se ofrezcan como pruebas derivadas de los descubrimientos de la ciencia. Se admiten todas las pruebas que presenten las partes, aún cuando no se incluyan en la normatividad para el efecto, siempre que sean conducentes y no vayan contra el derecho a juicio del juez. (Arts. 20 constitucional en su fracción V, 206 CFPP y 135 CPPDF)

Según los tratadistas, el proceso penal mexicano adopta el sistema de valoración probatoria de la sana crítica. La justipreciación de cierta información como indicio o como prueba dependerá del juez, quien con base en el grado de convencimiento que le aporte,

argumentará la calificación que le merezca. Al juez se le designan amplias facultades para allegarse de las pruebas necesarias para resolver, pero cualquiera que sea su evaluación, le es exigible que sea el resultado de la relación de la prueba en lo particular con todos los demás elementos probatorios³¹. (Arts. 180, 206 y 290 CFPP)

Ambos códigos señalan que tienen valor de prueba plena tanto los documentos públicos como la inspección y el resultado de los cateos, salvo prueba en contrario. Todos los demás medios de prueba constituyen meros indicios, incluyendo la confesión la cual será valorada por el juez con base en los requisitos para su legalidad. Para que el juez determine el valor pleno de una prueba a partir de indicios, deberá apreciar en conciencia la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca. (Arts. 279, 280, 284-286 CFPP)

La ley aparece racional en la valoración probatoria cuando califica cada elemento como indicio, y al tasar con valor pleno aunque sujeto a refutación algunos medios. Esta regulación permite contar con la mayor cantidad de información posible para la reconstrucción de la verdad judicial. Haría falta desarrollar el método para realizar el enlace lógico de los indicios.

La sentencia o resolución judicial que concluye el procedimiento penal de primera instancia³², debe resolver si el delito por el cual el Ministerio Público consignó se acreditó plenamente, de la misma forma, si se demostró plenamente la responsabilidad del inculpado. La sentencia debe fundar y motivar la decisión judicial de absolver o condenar. A muy grandes rasgos se ha presentado el marco jurídico del proceso penal, y antes de entrar en la exposición de la gramática penal de las pruebas confesional, testimonial y pericial, parece pertinente citar un tema completamente afín, y sin duda complementario o más bien, básico para el estudio que se propone en este proyecto, este tema es el análisis comunicativo del proceso penal en México.

³¹ *Ibidem*, p. 191. “PRUEBAS, VALORACIÓN DE LAS. Para llegar al conocimiento de la verdad, el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que aparezcan en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiculando unas con otras, enlazando y relacionando a todas”. Directo 3815/972, Séptima Época, vol. 55, Cuarta Parte, p. 49.

³² Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, p. 263.

3.3. Un análisis comunicativo del proceso penal mexicano.

La importancia de incluir este tema esencialmente, es relacionarlo como antecedente del análisis comunicativo de los interrogatorios judiciales penales, para lo cual se tienen que hacer algunas precisiones. En el análisis comunicativo del proceso penal en México³³, el autor examina la ética en el discurso legislativo penal, por lo que sus conclusiones pueden servir de bases para realizar cualquier otro estudio del mismo tipo. Por ende y con la visión de desarrollar dicho estudio, no se rehúsa aprovechar sus resultados en este trabajo como las hipótesis más generales, y contribuir de alguna manera en su verificación en una complementación simbiótica.

Propiamente en el presente análisis comunicativo de los interrogatorios judiciales penales, se estudiará también la ética del discurso legislativo, aunque enfocando en especial, el discurso jurídico de las pruebas penales formadas con un interrogatorio, pero además como las pruebas son medulares de la praxis del proceso, se requiere ponderar su discurso judicial, aunque siempre con la orientación de las hipótesis generales a las que se aludió en el párrafo anterior.

Posteriormente en el capítulo cuarto se anexará un primer análisis comunicativo de un caso concreto en materia penal, con la idea naciente de aplicar las conclusiones recabadas en esta serie de estudios penales, y observar el efecto real del discurso irracional en el parte más delicada de la esfera jurídica de las personas. Debe enfatizarse que el objeto de esta tesis se completa con el análisis comunicativo de las pruebas integradas con un interrogatorio en las materias civil y penal, y sólo se amplía por excepción el examen dedicado a la materia penal, en virtud de la misma inspiración y evolución del proyecto.

Hechas las acotaciones anteriores, se presenta en este inciso el tema relativo a las reformas constitucionales y legales de 1993 y 1994 respectivamente, en las cuales se introdujeron los conceptos de “*elementos del tipo*” y “*delito grave*”, asimismo las modificaciones efectuadas en 1998 y 1999, para regresar al concepto de “*cuerpo del delito*” que rige actualmente.

³³ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. INACIPE. México. 2000.

La trascendencia teórica de este tópico reside en la restricción o ampliación de los derechos humanos, mientras su relevancia práctica afecta a las pruebas, en lo que toca a la procedencia de la acción penal, la expedición de la orden de aprehensión, así como en el auto de formal prisión, por referencia a las resoluciones judiciales penales más represivas.

El análisis comunicativo del proceso penal mexicano partió de tres premisas: **a)** La violencia no debe ser en principio, la condición del lenguaje penal, sino que el lenguaje racional debe ser la condición para la aplicación de la violencia penal. Y significa que la violencia se permite cuando sea racional o legítima. **b)** La finalidad garantista de minimizar la violencia en la sociedad, presuponiendo que las reglas más importantes de la gramática penal son los diez axiomas del sistema de estricta legalidad³⁴. **c)** La redeterminación recíproca de la pirámide jurídica de Kelsen y las reglas y juegos del lenguaje de Wittgenstein, de modo que los procedimientos de creación normativa se integren como la gramática fundante de los juegos de lenguaje que a su vez creen nuevas reglas jurídicas sucesivamente; y determinar la racionalidad discursiva de tales procedimientos lingüísticos con la teoría de la acción comunicativa.

A dichas premisas le siguieron la derivación de la necesidad de argumentar con fundamento en hechos y razones, así como la exigencia de tematizar los elementos relevantes de la situación para lograr eficacia teleológica y solidez pragmática de la normatividad³⁵. Sobre esa base se llevó a cabo el examen comunicativo de la reforma constitucional de 1998, con la que se regresó al concepto de cuerpo del delito. Los artículos afectados fueron el 16 y 19 de la Constitución, los cuales norman respectivamente, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, y los argumentos que se aportaron para su reforma se clasifican en empíricos, teóricos y metateóricos.

Los argumentos empíricos abordaron la alarma social generada por un supuesto aumento en la impunidad e inseguridad, con la vigencia del concepto de *elementos del tipo*, argumento aceptado acríticamente, sin establecer comparaciones que lo demostraran, derivando en una débil justificación para volver al concepto de cuerpo del delito.

³⁴ Ver *supra* inciso 1.9.2. El modelo garantista.

³⁵ *Ibidem*, p. 29.

El primer argumento teórico versó sobre la diferencia entre derechos humanos y garantías individuales, se argüía la generalidad y abstracción de aquéllos como la particularidad y concreción de éstas, con ello se pretendía justificar que la limitación de las garantías individuales no afectaría a los derechos humanos, pero nunca se tematizó la aparente distinción. Luego se aceptó la identidad de ambas nociones, aunque esta vez se argumentaba que la restricción era en pro de los derechos colectivos, esto es, la seguridad pública, no obstante tampoco se discutió sobre la necesidad y grado de limitación de las garantías individuales en beneficio de la seguridad pública.

Otro argumento teórico fue el relativo a la oportunidad procesal de la prueba. Este argumento se admitió estratégicamente, sin explicar la razón por la cual la acreditación plena de los elementos subjetivos se realizaría hasta sentencia, permitiendo la procedencia de la orden de aprehensión con la simple acreditación probable de los elementos objetivos, así como la procedencia del auto de formal prisión con la acreditación plena de los elementos objetivos, pero no de los elementos subjetivos. Consiguientemente, tampoco se tematizaron ingredientes relevantes como la consignación, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, la libertad caucional, la gravedad delictiva, la prisión preventiva, etc.

La debilidad de este argumento para regresar al concepto de cuerpo del delito, se revela cuando se compara con el concepto de elementos del tipo, el cual, si bien exigía acreditar los elementos del tipo para iniciar el proceso, no significaba que se tuvieran por probados, además aunque se le criticaba que obligaba al Ministerio Público a realizar una función jurisdiccional, que no le toca, al imponerle que acreditara los elementos del delito, la reforma no justificó por qué se priva de la libertad sin juicio previo³⁶.

Y aún cuando la reforma de 93 tampoco tematizó los elementos relacionados con la prisión preventiva, se trató de nivelar la exigencia de acreditar elementos subjetivos y normativos del tipo penal, que dificultaban a la autoridad decidir la procedencia de la prisión preventiva, con la introducción del concepto de delito grave en lugar del de cuerpo del delito, para permitir la prisión preventiva en casos graves.

³⁶ *Ibidem*, p. 70.

Consecuentemente los argumentos patológicos para regresar al concepto de *cuero del delito*, anticipan la ineficacia de la reforma para solucionar la inseguridad pública, en tanto se reflejó una visión unilateral y autoritaria del proceso penal, como extensión de la averiguación previa, con la mira más bien, de nutrir la hipótesis acusatoria, olvidando que la función del juez es inducir la verdad judicial, con base en la problematización y desempeño mutuo, que realicen el órgano de la acusación y el órgano de la defensa.

Los argumentos metateóricos del debate al parecer eran en torno a las teorías causalista y finalista del delito, sin embargo, fueron ocultados estratégicamente³⁷. Por ejemplo, en la reforma de 93 se indicaba que las teorías del código sustantivo y del código adjetivo eran supuestamente incompatibles; después en la reforma de 98 también se predeterminó cuáles eran las teorías en pugna, evadiendo el debate de sus tesis, y en este caso la pertinencia de regresar al causalismo, limitándose a aceptar acríticamente el argumento empírico sobre la inadecuación del finalismo para el país. Así, aún cuando no se aclaró en la reforma de 98 la intención de volver al causalismo, se advierte del debate cuando se aludió al concepto de *cuero del delito* como “*el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal*”³⁸.

En seguida dentro de los argumentos para dicho efecto se dijo inicialmente, que acreditar elementos subjetivos y normativos del tipo era excesivo para la autoridad, y dificultaba la procedencia de las resoluciones penales, por eso se decidió exigir solamente acreditar los elementos objetivos. El problema es que aún cuando en ocasiones los elementos subjetivos específicos del tipo, pueden sobre determinar la finalidad de delinquir³⁹, y complicar la procedencia de las resoluciones penales, no siempre es así, además no siempre es excesivo acreditar el propósito de delinquir para la procedencia de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, por ejemplo en los delitos constituidos con elementos normativos y subjetivos⁴⁰.

³⁷ *Ibidem*, p. 72.

³⁸ *Ibidem*, p. 75.

³⁹ Como en el homicidio en razón del parentesco resultaría excesivo que se negara la orden de aprehensión contra el actor si no se acredita el conocimiento que debía de tener sobre su relación con la víctima, o sea, un elemento subjetivo específico del tipo. Art. 323 CP.

⁴⁰ Por ejemplo en el fraude tiene que acreditarse el engaño o aprovechamiento del error, es decir, el propósito de delinquir; lo mismo con el delito de robo en el que se tiene que acreditar la ajenidad de la cosa, etc.

Con el planteamiento causalista bastaría una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, para integrar el cuerpo del delito, sin importar la voluntad de delinquir, dando lugar a la procedencia de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión. Lo cual podría ser tanto como proceder penalmente contra quien actúa con derecho, p.e., al hacerse de una cosa o por el simple lucro, se tipificaría el delito de fraude o de robo.

El resultado final de la reforma de 98 exige la acreditación de los elementos objetivos para la procedencia de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, sin especificar si dicha acreditación debe ser probable o plena, quedando a discreción del juez.

Luego la reforma legal de 99 adicionó a la acreditación de los elementos objetivos, la acreditación de los elementos normativos, sin precisar si forman parte del cuerpo del delito y pese a que la reforma de 98 se sostenía sobre el argumento de acreditar sólo los elementos objetivos del delito, puesto que los elementos normativos y los elementos subjetivos se consideraron simples tecnicismos legales que estorbaban la tarea judicial.

Este hecho reveló nuevas deficiencias de la reforma de 98. En principio se muestra discursivamente inconsistente porque no define la función de los elementos normativos, ni justifica la exclusión de los elementos subjetivos del cuerpo del delito; además evidencia su subordinación acrítica al sistema político; asimismo anula el argumento de la oportunidad procesal de probar, al aceptar la necesidad de acreditar los elementos normativos para tipificar el delito por el cual se ordena la aprehensión o se decreta el auto de formal prisión.

El resultado de la reforma de 99 integra el cuerpo del delito con los *elementos objetivos y normativos* en su caso, que deberán *acreditarse* para la consignación o para la orden de aprehensión (Art. 134 del CFPP). Para el caso del auto de formal prisión, deberán *demostrarse*, sin establecerse algún grado (Art.161 del CFPP).

Por otra parte, para el ejercicio de la acción penal así como para ordenar la aprehensión, *los elementos subjetivos específicos, la forma de realización de la conducta, y las demás circunstancias que la ley prevea*, deberán ser *expresados sin necesidad de acreditarse*

plenamente (Art. 134 CFPP). Mientras para dictar auto de formal prisión se exige *adicionalmente expresar el delito que se le impute al indiciado, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución* (Art. 161 CFPP). Así, bastará con decir o mencionar tales elementos para ordenar el ejercicio de la acción penal, la aprehensión o el auto de formal prisión⁴¹.

Los elementos citados fueron incluidos en la reforma legal porque en un inicio no se podía determinar el delito que daba lugar al proceso, en especial era difícil expedir una orden de aprehensión o dictar auto de formal prisión, porque no se exigía haberlos acreditado plenamente, por lo que se precisó de que cuando menos se *expresaran*⁴².

Sin embargo, se creó una nueva complicación al no fijar el grado de prueba: “*sin necesidad de acreditarlo plenamente*” (Art. 134 CFPP). La interpretación literal indica que puede acreditarse de modo probable o tal vez, puede no probarse nada, y de ser así procederían las resoluciones penales anotadas sólo por el dicho de cualquiera de los involucrados en el proceso, sobre la concurrencia de los elementos subjetivos específicos, la forma de realización de la conducta y demás circunstancias que la ley prevea.

La crítica correlativa explica que puede justificarse por razones de oportunidad procesal de probar, la simple exigencia de expresar los elementos subjetivos específicos, pero no puede admitirse lo mismo para los elementos subjetivos generales, la forma de realización de la conducta y las demás circunstancias que la ley prevea, porque sería un requisito insuficiente, como se anota a continuación.

Primeramente la forma de realización de la conducta y las demás circunstancias que la ley prevea, tocantes a la orden de aprehensión (Arts.134 y 195 CFPP), corresponden con el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución relativas al auto de formal prisión (Art. 161 CFPP), puesto que las circunstancias de ejecución tienen que efectuarse en un tiempo y lugar específicos.

⁴¹ *Ibidem*, p. 92.

⁴² *Ibidem*, p. 93. Esta problemática práctica sugiere que el concepto de *elementos del tipo* tenía una función técnica

También hay identidad entre la forma de realización de la conducta y el cuerpo del delito, pues los elementos objetivos se refieren a una conducta material ejecutada en un tiempo y espacio determinado, por lo que acreditar los elementos objetivos implica probar las circunstancias de lugar, tiempo y modo de realización del resultado material, más no de la conducta delictiva que de acuerdo a lo apuntado se requiere sólo su expresión.

Por lo que el inconveniente subyacente es para los delitos sin resultado y los casos de tentativa, en los cuales la forma de realización de la conducta se equipara con el cuerpo del delito, que aunado con el problema de la ambigüedad en el grado de acreditamiento en la pre-instrucción, genera la incongruencia de exigir la demostración del cuerpo del delito y al tiempo sólo la expresión de la forma de realización de la conducta.

Además si se relaciona la *forma de realización de la conducta* con la *forma de participación*, éste un elemento de la probable responsabilidad, y aunque son conceptos diferentes, uno relativo a las circunstancias de un actuar y otro referente a la autoría, coautoría, etc., son conceptos que se vinculan, pues la forma de participar antecede a la forma en que se ejecuta la acción, por consiguiente, para acreditar la probable forma de participación, se necesita probar antes la probable forma de realización de la conducta, pero incoherentemente la ley exige para la participación un grado probable y para la conducta solamente su expresión sin necesidad de acreditarla. (Art. 168 CFPP)

De modo que la reforma de 99 facilita la procedencia de las resoluciones penales más agresivas, en especial para los delitos sin resultado a partir del simple dicho de cualquiera de los involucrados en el proceso. Lo mismo para todo aquél implicado en algún grado de participación en la comisión del delito, pues únicamente se necesita que alguien lo exprese, toda vez que solamente se exige mencionar la forma de realización de la conducta, su presupuesto lógico, además no hace falta acreditar como probable, la responsabilidad⁴³.

⁴³ *Ibidem*, p. 96.

La probable responsabilidad (168 del CFPP) de acuerdo a la ley se *deduce* de las pruebas sobre la probable participación, la probable comisión dolosa o culposa, y de que no haya alguna causa de licitud o excluyente de responsabilidad. El primer error en la norma es la predeterminación del termino *deducción*. El silogismo se refiere a una conclusión necesaria, por lo que la ley estaría exigiendo una acreditación plena, pero como es el caso de que se exige una acreditación probable, el término pertinente es la inducción, relativa a las conclusiones probables.

Sin embargo el verdadero problema deriva del artículo 134 del CFPP, que anula la probable responsabilidad, al obligar al juez a consignar, a ordenar la aprehensión o a decretar el auto de formal prisión, *sin haber acreditado como probables los elementos subjetivos genéricos del delito* (dolo y culpa), sin importar que el indiciado los haya acreditado ante el Ministerio Público⁴⁴, por lo que las excluyentes de culpabilidad se estudiarán una vez iniciado el proceso.

Luego, si la culpabilidad es parte de la responsabilidad, y si su probabilidad debe acreditarse para ordenar el auto de formal prisión, significa o que los elementos subjetivos no son parte de la probable responsabilidad, lo cual contradice el artículo 168 del código y el artículo 19 constitucional, o puede lícitamente expedirse el auto de formal prisión sin acreditar la probable responsabilidad, lo cual también contradice el mismo artículo 19 constitucional⁴⁵.

Otro problema es una muy probable confusión en la práctica, entre los términos *posible* y *probable*. Lo posible es definido como lo no contradictorio, mientras lo probable como el grado de lo posible⁴⁶. Si estos conceptos se aplican al derecho, se obtiene p.e., que si los testimonios no se contradicen se califican los hechos como probables, cuando lo correcto sería juzgarlos como posibles. Por esa factible confusión, en el renglón de la responsabilidad, resulta insuficiente exigir sólo su posibilidad, hay que definir un grado.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 100.

Sobre la gravedad delictiva ya se apuntó que es ingresada en el 93 para compensar el concepto de elementos del tipo, al permitir la prisión preventiva en casos de delitos graves, aunque con la problemática de no haber justificado con argumentos fuertes su pertinencia⁴⁷.

Ya para la reforma del 99 se mantuvo el concepto de delito grave, maximizando la violencia del derecho penal, al establecer una mayor apertura en las posibilidades para la procedencia de la consignación, la orden de aprehensión o el auto de formal prisión. Este hecho fue posible por la omisión en la discusión de elementos relevantes, tales como: derechos individuales y derechos colectivos, la necesidad de comprimir la seguridad privada en beneficio de la seguridad pública, pues en el fondo se invirtió subrepticamente la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad.

Y aunque en esta reforma se incluyó una connotación constitucional buscando el control de la constitucionalidad de la ley suprema sobre las denotaciones de delitos graves que realizaran los legisladores ordinarios, no se logró eficacia por la deficiente determinación de la gravedad delictiva al decir de la misma: “*por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad*”. El delito grave quedó mal definido, sin parámetros de la afectación exigida, ni razones sobre los valores fundamentales aludidos, reduciendo el debate a la elaboración de una lista de delitos estimados graves en el artículo 194 CFPP, en el que se anexó cualquier delito, sin control de su constitucionalidad por la vaguedad de la noción constitucional.

Con esta consideración se termina la exposición del antecedente del análisis comunicativo de los interrogatorios judiciales penales, ya se tiene una idea sobre el proceso penal en México y se tienen una serie de conclusiones e hipótesis generales en relación al mismo, que servirán de pauta para el trabajo que se presenta en esta oportunidad. Ahora corresponde abordar el discurso jurídico de las pruebas penales constituidas por un interrogatorio.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 116 y ss. En la reforma de 93 se argumentaba que el modelo de la media aritmética de 5 años, era inequitativo si se relacionaba con la proporcionalidad de las penas. Berumen señala al respecto que no basta como cuestionamiento para determinar la validez de otro modelo, pues no se trata de ideas opuestas para aplicar el silogismo disyuntivo o de reducción al absurdo, porque ambos criterios: delito grave y la media aritmética, cubren la improcedencia de la libertad caucional en relación con la gravedad del delito, aunque uno se refiera a la proporcionalidad entre la pena máxima y mínima, y otro a una estipulación independiente de la penalidad, además de que el criterio de la gravedad delictiva puede ser inequitativo y hasta arbitrario, si no prevé una connotación constitucional que fije las características para denotar un delito como grave, porque se corre el riesgo de que cualquier delito pueda alcanzar ese rango injustificadamente.

3.4. Desempeño de los fundamentos jurídicos para interrogar en el proceso penal.

Pese a la continua realización de interrogatorios, el código no establece con precisión los lineamientos para interrogar o un procedimiento *ex profeso*, pero es presumible la existencia de su regulación, de otra manera se estaría manejando un interrogatorio sobreentendido, sin fundamentación en un método lógico-jurídico o parámetro que permita determinar la legitimidad de sus resultados, mediante el discernimiento de la legalidad y racionalidad de las preguntas. Sin embargo, al no encontrarse definido, enseguida se tratará de agrupar los criterios que el operador del derecho deberá tomar en consideración para guiar un interrogatorio.

3.4.1. Principios jurídicos para interrogar en el proceso penal.

Al no contar con un procedimiento para interrogar, los operadores del derecho tendrían que apegarse en principio, a reglas generales. En la Constitución como en CPPDF, se establecen los principios que deben normar la actividad de los funcionarios públicos. El artículo 109 C relativo a la expedición de las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en su fracción tercera alude a las sanciones administrativas⁴⁸ que se aplicarán *a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.*

De igual forma el artículo 113 constitucional, establece la finalidad de las obligaciones de los servidores públicos, para salvaguardar dichos principios. Por otra parte, el artículo 102 constitucional en su apartado A, se refiere a la administración de *justicia pronta y expedita*, cuando se faculta al Ministerio Público en la investigación delictiva y su función acusatoria ante los tribunales, ambos artículos a la vez parecen derivaciones del artículo 17 constitucional concerniente a la *administración de justicia pronta, expedita, completa e imparcial*, impartida por los tribunales, los cuales deberán servir de forma *gratuita*.

⁴⁸ "...Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados". Art. 19 Constitucional.

El CPPDF retoma esos principios en diversas disposiciones, por ejemplo, se dispone que desde la averiguación previa el Ministerio Público está obligado a recibir la denuncia o querrela escrita o verbal correspondiente e iniciar la averiguación del caso, de conformidad con los principios constitucionales de *legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y eficacia*.

Asimismo, para disponer sobre los citatorios o comparecencias ulteriores de cualquier compareciente, ante el Ministerio Público, se estipula que deberá de hacerse de acuerdo con el desarrollo *expedito, oportuno y eficaz* de la indagatoria, siendo responsables los agentes del Ministerio Público que requieran las comparecencias y sus auxiliares, de que se desahoguen con *puntualidad* y de conformidad con la *estrategia de investigación correspondiente*⁴⁹.

Además, los denunciantes como los querellantes, víctimas u ofendidos, ya en la averiguación previa o en el juicio principal tienen derecho a que el Ministerio Público y sus auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con *legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia*⁵⁰. Y también están obligados a dar un trato con la *atención y respeto debido a la dignidad humana, absteniéndose* de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia del servicio, *abuso o ejercicio indebido de la autoridad*.

De manera muy superficial se podrían sintetizar esos principios a un sólo patrón a seguir: “*servir del mejor modo posible*”, por supuesto con respeto, con atención, con honradez y lealtad, es lo menos que se espera de un servicio público pagado por los contribuyentes. Pero aquí se detecta un problema, la ley habla de *legalidad*.

Por legalidad se entiende en términos generales, la obligación de las autoridades de actuar dentro del marco del derecho. Ahora bien, la cuestión que se está analizando en este momento, es el límite de los operadores del derecho para interrogar y la justificación de este inciso es precisamente la falta un procedimiento claro, puntual, que regule los interrogatorios.

⁴⁹ Arts. 9º. Bis Fracción II y XIII CPPDF.

⁵⁰ *Ibidem*, Fracciones II, III y V.

Ante ese hecho, se tiene que no basta con instituir valores abstractos reguladores del proceder de la autoridad y de los gobernados, además deberán concretarse en procedimientos, de otro modo únicamente funcionarán como ficciones jurídicas. Entonces, ¿cómo puede vincularse la ilegalidad o la legalidad, con las preguntas que se hacen como parte de un interrogatorio sin un procedimiento o reglas precisas para el efecto?.

En ese mismo sentido, el código local agrega que el Ministerio Público durante la averiguación previa deberá de conducirse de acuerdo “*a la estrategia de la investigación correspondiente*”, el contexto habla de puntualidad y de profesionalismo, de modo que la palabra *estrategia* se emplea más o menos claramente como al arte de dirigir y coordinar las operaciones⁵¹ para determinar o no el ejercicio de la acción penal.

En la Constitución se establecen los principios jurídicos generales a los que deberá de apegarse todo servidor público, incluyendo el Ministerio Público y sus auxiliares, el juzgador y el personal del juzgado, pero no existe una correspondencia concreta en la ley para el caso particular del interrogatorio, quedando en la incertidumbre y a la total discreción de los funcionarios públicos concernidos, la forma de interrogar, derivando en amplias facultades para hacer los interrogatorios, con la única limitante que introducen las pruebas en lo particular con relación a algunos aspectos sobre las preguntas.

La discrecionalidad del Ministerio Público y sus auxiliares para interrogar, de acuerdo a la estrategia de la indagatoria, introduce el riesgo de transformarla en una auténtica estratagema para inculpar injustificadamente a un inocente, o para dejar impune un acto delictivo, a través de la performación de los hechos, ya sea fabricando discursivamente los hechos, o introduciendo falacias abstractivas que no permitan la tipificación.

La violencia que supone una resolución judicial penal, por falta de veracidad, de verdad o incluso de claridad, no será más que el efecto sistémico en los juegos del lenguaje, producidos por la ausencia de una gramática penal que los regule.

⁵¹ *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 591.

3.4.2. La teoría del delito, factor que guía subrepticamente el interrogatorio.

El punto de partida es la inexistencia de un procedimiento para interrogar en el proceso penal. Los servidores públicos que se encargan de hacer esa labor, especialmente el Ministerio Público y sus auxiliares, tienen *amplias facultades* para ese efecto, claro tienen que atender a los principios constitucionales y legales que rigen la actividad de los servidores públicos, aunque en este caso particular no sea posible, cuando menos con respecto al principio de la legalidad, sin un procedimiento para preguntar a los involucrados en un probable hecho delictivo. Puede por ende notarse, que todos esos principios se quedan como ficciones jurídicas porque no se les ha vinculado a una normatividad concreta que los determine, lo cual dificulta responsabilizar a un servidor público por conducirse ilegalmente, al realizar un interrogatorio.

El Ministerio Público tiene la función de investigar el delito, y en su caso, formular la acusación ante los tribunales, por lo que para cumplir su función, al interrogar, deberá ajustarse a la teoría del delito adoptada por la gramática penal vigente. El precedente estudio comunicativo ha mostrado con detalle cuáles son los requisitos a cubrir por la autoridad para emitir sus resoluciones, los cuales forman el parámetro que guiará el interrogatorio, esquemáticamente:

En la averiguación previa, se interroga para:

- I. Acreditar los elementos objetivos del delito.
- II. Acreditar los elementos normativos si lo exige el tipo penal⁵².

La determinación de la acreditación es discrecional, en tanto no se establece si dicha acreditación debe ser probable o plena. En el supuesto de que se resuelva la acreditación de tales elementos procede la consignación, la orden de aprehensión, o el auto de formal prisión. Aunque se hayan demostrado los elementos subjetivos genéricos. Por lo demás, elementos subjetivos específicos, forma de realización de la conducta, y demás circunstancias que la ley prevea, únicamente deben mencionarse.

⁵² El Art. 122 CPPDF, agrega la acreditación de elementos subjetivos cuando lo requiera el tipo penal.

En los delitos sin resultado o en caso de tentativa: el cuerpo del delito se identifica con la forma de realización de la conducta, por lo que procedería la acción penal, la orden de aprehensión o el auto de formal prisión con el dicho de alguno de los implicados en el proceso. Si se trata de un delito plurisubjetivo, cometido con la participación de varias personas, también procederían las resoluciones citadas, por la sola mención de alguien sobre este elemento, en virtud de que la probable participación es presupuesto de la forma de realización de la conducta, y de la misma se exige meramente su expresión. Por último, si se trata de un delito grave, procede la prisión preventiva.

En el proceso principal se interroga, adicionalmente:

La gramática penal vigente se avizora como una prolongación de la averiguación previa, sólo con objeto de robustecer la hipótesis acusatoria. Y en la medida en que se ha maximizado el derecho penal con el fin supuestamente de abatir la inseguridad pública, se exige para la procedencia de las resoluciones penales más violentas solamente la expresión de:

- I. Los elementos subjetivos generales,
- II. Los elementos subjetivos específicos,
- III. La forma de realización de la conducta,
- IV. Y las demás circunstancias que la ley prevea,

Estos elementos se estudian iniciado el proceso, o sea, una vez que esté privado de la libertad el inculpado. Y su acreditación plena se exige hasta sentencia. Finalmente debe aclararse, las personas que pueden interrogar en un proceso penal son aquéllas que tienen capacidad procesal, incluyendo los policías durante la actividad investigatoria⁵³, y aún cuando actualmente existen una serie de Agencias de Investigación especializadas, ello no justifica la preinterpretación del procedimiento para interrogar. Ahora toca el turno del discurso jurídico de la confesión penal.

⁵³ Arts. 113 y 145 CFPP, 274 y 286 CPPDF.

3.5. Discurso jurídico de la prueba confesional penal.

La confesión en el proceso penal ha tenido una preponderancia crucial, antaño su valoración plena la convertía en un elemento imprescindible para la resolución judicial, por lo que se recurría a todo tipo de coacción para conseguirla a cualquier costo. Esas prácticas han venido menguando, fundamentalmente por el auge en la protección de los derechos humanos, lo cual ha traído consigo reformas en el discurso jurídico de este medio de prueba, como podrá observarse en su presentación subsiguiente.

3.5.1. Concepto de confesión.

La doctrina define la confesión como: “...*el reconocimiento de haber participado culpablemente en la comisión de un hecho delictivo.*”⁵⁴, y se aclara que no debe confundirse con la declaración, la cual representa el género, mientras que la confesión la especie. Esta aclaración suena bastante simple, pero en la práctica suelen ser confundidas más frecuentemente de lo que se esperaría.

Por su parte el código define la confesión: “...*es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución...*” (Arts. 207 CFPP, 136 y 249 CPPDF)

El artículo 20 constitucional establece las garantías del procesado, y la fracción II señala que no se le podrá obligar a declarar, prohibiendo toda incomunicación, intimidación o tortura, que serán sancionadas por la ley penal, además de que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin asistencia del defensor, carecerá de todo valor probatorio. A su vez el artículo 3º del CFPP, prohíbe estrictamente a la policía en el ejercicio de la función investigatoria, recibir declaraciones del indiciado.

⁵⁴ Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, p. 194.

En otro numeral se explica que las diligencias practicadas por agentes de la PJF o local, tendrán sólo valor testimonial, además de que deberán complementarse con otras diligencias de prueba practicadas por el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, sin que se tomen de ningún modo por confesión. (Arts. 287 CFPP y 249 CPPDF) Finalmente, la confesión puede admitirse en cualquier estado del proceso y hasta antes de pronunciar sentencia definitiva. (Arts. 137 y 249 del CPPDF)

Al parecer la confesión penal se encuentra mejor connotada respecto de la confesión civil que es definida con violencia abierta (el perjuicio) como una de sus características, y llama la atención porque entonces la noción civil es más violenta que la penal. Para discernirlo habría que establecer ¿cuál es la diferencia entre el reconocimiento de culpa en la confesión penal y el perjuicio a quien realiza la confesión civil?.

Sin ir más allá, por las complicaciones de prueba que en materia penal se supone que implica el estudio de la culpabilidad como parte integral de la probable responsabilidad, la connotación de la confesión penal indica que ésta se encuentra concebida desde el punto de vista del deber ser normativo, al instituir la exigencia de determinar previamente a la sanción, el acreditamiento de una conducta delictiva, diferentemente de la confesión civil, cuya definición se realiza con el enfoque del mundo del ser, introduciendo una sanción con la misma realización de la prueba, lo cual contradice la lógica normativa.

Además la confesión penal puede alcanzar valor indiciario, mientras que la confesión civil en la misma tesitura, es decir, como confesión expresa es valorada como prueba plena. Pero independientemente del mecanismo de operación de sendas pruebas que puede o no ser racional, los resultados del examen comunicativo de la confesión civil, ha arrojado la preeminencia del concepto de la prueba, por lo que preliminarmente puede observarse que la confesión penal tiene un buen principio dentro de la racionalidad lingüística, al plantear un concepto cuando menos, derivado de un deber ser.

3.5.2. Clasificación, retractación, y requisitos legales para obtener la confesión.

Se conocen varios tipos de confesión. La confesión judicial se realiza ante el juez; la confesión ministerial o extrajudicial se rinde ante el Ministerio Público durante la averiguación previa; la confesión lisa o llana es el simple reconocimiento de culpa del confesante; la confesión calificada adiciona al simple reconocimiento de culpa, alguna causa que excluya el supuesto delictivo o minimice la pena.

La confesión calificada además puede ser divisible o indivisible. La primera se presenta cuando el inculpado no acredita la causa excluyente del delito o la circunstancia atenuante de la pena que arguye junto con su reconocimiento de culpa, al contrario en la confesión indivisible, si se lleva a cabo ese acreditamiento. Cabe señalar que en el juicio penal no opera la confesión ficta. Además se contempla la retractación o arrepentimiento⁵⁵. La Corte explica que la retractación surte efecto cuando el inculpado demuestra el elemento de violencia. Esta figura remite a un problema de prueba, pero fundamentalmente su eficacia está condicionada a la aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal⁵⁶. En lo tocante a las exigencias legales para recabar la confesión penal, se exige⁵⁷:

- a. Que la realice persona no menor de 18 años, en su contra, con pleno conocimiento, sin coacción, ni violencia física o moral;
- b. Ante el Ministerio Público o el juez, asistido por su defensor o persona de su confianza, y se encuentre debida y plenamente informado del procedimiento y del proceso;
- c. Que sea sobre hechos propios, y no haya datos a juicio del juez o del tribunal que la hagan inverosímil.

A continuación se muestra el examen lingüístico de este medio de prueba.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 204-205.

⁵⁶ Díaz De León, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*. Porrúa. México. 1982. p. 159. “CONFESIÓN COACCIONADA, PRUEBA DE LA. Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencia por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal.” *Seminario Judicial de la Federación*, 7ª. Época, Vol. 121 126, Segunda Parte, p. 54.

⁵⁷ Arts. 279, 285 y 287 CFPP, 249 del CPPDF.

3.6. Análisis comunicativo de la prueba confesional penal.

Contrariamente a las expectativas de encontrar la definición de la confesión penal condicionada por la violencia, es decir, irracional completamente de principio, parece que se haya con posibilidades dentro del marco ético-discursivo, se verá enseguida si esto es así. El examen se inicia con el concepto legal, en el que se observa:

- ▶ El cumplimiento de la pretensión de claridad.
- ▶ La satisfacción de la pretensión de verdad, por cuanto sus referentes pueden ser determinados.
- ▶ Consecuentemente no aparece con un lenguaje engañoso, y
- ▶ No introduce la patología de violencia abierta o subrepticia.

De esos resultados se puede derivar que la noción legal de esta prueba, no presenta patologías lingüísticas. Subsecuentemente la red conceptual se advierte su consideración teórica:

a. Como prueba.- Se advierte su intención de contribuir en la reconstrucción coherente de la verdad judicial, y puede validamente suponerse que su objetivo específico para ese efecto, es la satisfacción de las pretensiones de validez de veracidad y de verdad de los hechos delictivos que se investigan, a partir del reconocimiento de culpa realizado por el probable responsable.

b. Como indicio.- Esta prueba puede calificarse como indicio cuando cumple con los requisitos constitucionales y legales establecidos, en relación con las demás pruebas. Este aspecto además confirma su propósito de contribuir en la inducción de la verdad judicial.

c. Como concepto concreto. Al establecerse como concepción que determina y es determinada recíprocamente, a través de los demás indicios.

3.6.1. Desempeño del interrogatorio de la confesión penal.

Los elementos a considerar para determinar una confesión en materia penal, son:

1. Si la confesión no es un simple reconocimiento de haber participado culpablemente en un hecho delictivo, podría tratarse de una confesión calificada divisible o una confesión calificada indivisible. A diferencia de la confesión civil que utiliza esta división instrumentalmente para perjudicar a quien la realiza⁵⁸, en materia penal tiene un objetivo racional y práctico, consistente en satisfacer las pretensiones de validez comunicativa de la prueba, pues la estimación de una confesión en calificada divisible o indivisible está sujeta a la acreditación de la excluyente del delito o de la circunstancia atenuante que arguya el confesante junto a su confesión lisa y llana.

2. No opera la confesión ficta. Cuando menos no se contempla en el código penal, y esto tiene trascendencia teniendo en cuenta que sería completamente irracional decretar la absolución o condena del indiciado con base en argumentos perlocucionarios, suponiendo, ocultado o sobreentendiendo la probable responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho delictivo.

3. La retractación. Este mecanismo procura garantizar el cumplimiento de la pretensión de rectitud en la confesión. Su procedencia está condicionada a la comprobación que realice el confesante, de la coacción de la cual haya sido sujeto para aceptar su participación culpable en la probable comisión del delito investigado.

4. Requisitos constitucionales y legales que establecen la validez de la confesión:

a. Quien realice una confesión debe ser mayor de edad. Este requisito trata de solventar las pretensiones de verdad y veracidad, elementalmente.

⁵⁸ Ver *supra* inciso 2.1.2.2. El objeto de la confesión y sus clases.

b. Realizada en su contra. Esta es la característica propia de la confesión, asumir expresamente la responsabilidad personal en la comisión de un hecho delictivo.

c. Con pleno conocimiento. Exigencia que se vincula con el requisito de que el confesante sea mayor de 18 años. En el concepto legal preliminarmente se estipula que quien realice una confesión, tiene que tener pleno uso de sus facultades mentales.

d. Sin coacción, ni violencia física o moral. Aquí se tiene la pretensión de rectitud. La violencia está estrictamente prohibida en la confesión, por eso la Constitución y la ley enfatizan particularmente su inaceptabilidad.

e. Ante el Ministerio Público o el juez de la causa. Es necesario que sea rendida ante la autoridad competente, por eso se prohíbe rigurosamente a la policía en ejercicio de la actividad investigatoria recibir cualquier tipo de declaración, y en ese caso solamente se les debe apreciar como testimonios en relación con los demás indicios.

f. Con asistencia de su defensor o persona de su confianza. Garantía procesal indispensable para desarrollar un proceso racional. Resulta paradójico que en la confesión civil no se permita la asistencia del defensor del absolvente para evitar el aleccionamiento, porque en el proceso penal también es susceptible de presentarse dicho aleccionamiento.

g. Con pleno y debido conocimiento del proceso y del procedimiento. Quien confiesa, debe estar perfectamente enterado que confesar, es admitir su responsabilidad en la comisión de un delito y que ello traerá consecuencias jurídicas; tendrá que hacerse del conocimiento de quien va a realizar una confesión, que en su caso, se le instruirá proceso, y que en un momento dado podría ser condenado a cumplir una sentencia.

h. Sobre hechos propios. La confesión se caracteriza por tratarse de hechos propios, una persona sólo puede confesar sobre hechos probablemente delictivos, que él mismo ha cometido, culpablemente.

i. Que no haya datos que a juicio del juez o del tribunal la hagan inverosímil. Aunque una persona implicada en el proceso haya admitido su responsabilidad en un hecho delictivo, es preciso racionalmente, que su confesión cumpla además de las pretensiones de claridad y de rectitud, con las pretensiones de verdad y veracidad con relación a los demás datos probatorios, porque no necesariamente quien confiesa es culpable.

j. Suponiendo el procedimiento para interrogar de la Declaración Preparatoria. De los requisitos para la confesión sólo se obtiene que las preguntas deben ser sobre hechos propios. Por esa razón y aunque la Declaración preparatoria y la confesión no se presuponen mutuamente, si se relacionan porque el procedimiento para preguntar es sobre hechos propios de quien declara como probable responsable de la comisión de un delito.

En el procedimiento de la Declaración preparatoria se observan exigencias que se relacionan con las pretensiones de claridad, de verdad, y de veracidad, primordialmente, que aunadas a la pretensión de rectitud requerida por la confesión, completan las pretensiones de racionalidad comunicativa en la formulación de preguntas al confesante. Tales requerimientos en el procedimiento para interrogar durante la Declaración preparatoria son⁵⁹:

- Que sean sobre hechos propios,
- Deberán ser precisas, abarcando un sólo hecho, salvo cuando se trate de hechos complejos en que por la íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro,

⁵⁹ Arts. 156 CFPP y 292 CPPDF

- El juez podrá disponer que los interrogatorios se hagan por su conducto cuando lo estime necesario,
- El juez desechará las preguntas que a su juicio sean *capciosas o inconducentes*⁶⁰, pero la pregunta y la resolución judicial que la deseche se asentarán en el expediente, cuando así lo solicite quien la hubiese formulado y la resolución sólo será revocable.

k. No hay un procedimiento para interrogar. Pese al desempeño presentado en el inciso anterior es un hecho que no se establece un procedimiento para interrogar en la confesión. Hace falta un procedimiento que establezca las pretensiones de validez comunicativa pero en relación con la estrategia de investigación, para evitar su funcionamiento como estratagema para condenar o absolver injustificadamente⁶¹.

l. El diseño de ejecución por una parte, desde el enfoque del discurso jurídico de la confesión penal, parece racional, porque surge de un concepto concreto y se fijan reglas concordantes con ese principio: los requisitos constitucionales y legales para su reproducción, así como la retractación, que en conjunto representarían las pretensiones de validez comunicativa. Pero por otra parte, el empleo de un interrogatorio subrepticio supeditado a la maximización del derecho penal vigente la convierten en un mecanismo con bajas expectativas de eficacia racional.

m. En concordancia con la previsión de irracionalidad anterior, el metalenguaje se rige por la regla general de asentar *lo necesario* para constancia del desarrollo que haya tenido la diligencia⁶², sin la mediación del interrogatorio, v.g.: “--*Que comparece de manera voluntaria..., y que enterado del motivo de su comparecencia manifiesta: que labora en la Delegación..., que nunca había tenido problemas..., que el trato era cordial...*”. La aparente justificación, es la economía procesal.

⁶⁰ *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 235. Engañosa o que induce al error; inconducente, se referiría a lo que no conduce, en este caso a los fines del proceso.

⁶¹ Puede objetarse, en la confesión no se requiere de un procedimiento para interrogar porque más que interrogarse se va a recibir la confesión, pero no necesariamente, pues la autoridad competente habrá de preguntar con relación a los hechos que se investigan para el mismo establecimiento de la trascendencia jurídica de tales hechos.

⁶² Art. 15 CFPP.

3.6.2. Coordinación comunicativa y confesión penal.

Las circunstancias en las que se presenta la confesión penal es la investigación de hechos probablemente delictivos. El fondo es un conflicto entre la seguridad privada y la seguridad pública, con posibilidades de consenso durante el proceso hasta antes de dictar sentencia. Al igual que en el juicio civil, se trata de la consecución o formación de una verdad judicial como consenso, esto es, en principio no se espera llegar a un acuerdo voluntario, aunque pudiera darse, sino que se llega al consenso a través de la demostración de la afirmación o negación de la verdad como correspondencia o de la verdad como coherencia mediante argumentos racionales, en este caso, a través de las pruebas en las respectivas estructuras de argumentación de las partes procesales.

El discurso jurídico de la confesión penal se planea en el nivel de la ética de los principios, por lo tanto se concibe como una acción orientada al entendimiento mutuo, reconociendo al confesante como un sujeto que coadyuva en la inducción de la verdad judicial, mediante el cumplimiento de las pretensiones de validez de verdad y veracidad específicamente, de los hechos probablemente delictivos que se investigan. En este nivel de comunicación no se requieren patologías para mantener la interacción, porque el afectado estará de acuerdo en aceptar las resoluciones fundamentadas con los mejores argumentos.

Los efectos que se pretende generar entre otros, es la propensión a asumir actitudes hipotéticas, la problematización y desempeño de los ingredientes relevantes de la situación, se tenderá a producir actos de habla ilocucionarios, en tanto no se acepta la confesión ficta. Como acción orientada al entendimiento mutuo las partes están comprometidas a presentar sus mejores argumentos. Luego, los actos de habla argumentativos que se originen propenderán a vincularse racionalmente con los actos de habla regulativos que los norman. Por ende, aumenta el porcentaje de efectividad y eficacia de la prueba en lo individual para inducir la verdad judicial.

Contrariamente a la confesión civil no se predetermina la responsabilidad de quien realiza una confesión penal, antes debe analizarse con el fin de reconstruir coherentemente los presuntos hechos delictivos. Esta es la descripción de la parte racional de la confesión penal, derivada de su

concepto y de su estructura de ejecución, ahora se describirá su parte irracional que al parecer surge por problemas en el debido establecimiento de las garantías penales y procesales tanto de la gramática penal como del propio discurso jurídico de la confesión penal.

I. La retractación y la aplicación unilateral del principio de inmediatez procesal.

La figura de la retractación es el único medio procesal para garantizar la ausencia de la patología de violencia en la confesión, a través de la problematización de la pretensión de rectitud, que deberá desempeñar el propio confesante mediante la comprobación de la violencia de la cual fue sujeto para confesar. De este modo la confesión penal se plantea coherente con la ética de los principios⁶³.

Sin embargo su eficacia se suprime con la aplicación autoritaria y acrítica del principio de inmediatez procesal, con el que se reconoce mayor valor a las primeras declaraciones sobre las posteriores con motivo de evitar el aleccionamiento del declarante. El desempeño de este principio indica que es más probable satisfacer las pretensiones de verdad y veracidad específicamente, en las primeras declaraciones, o sea, en un inicio es más fiable establecer la intención del declarante, porque regularmente estas declaraciones se rinden ante el Ministerio Público, sin defensa o con una defensa inadecuada, pero con la que usualmente se ligan acciones estratégicas como el aleccionamiento.

Lo anterior significa que el principio de inmediatez procesal se emplea como acción instrumental desde la ética de la responsabilidad para neutralizar acciones estratégicas del declarante. He ahí, que la retractación se presenta dentro de la ética de los principios, mientras el principio de inmediatez procesal en la ética de la responsabilidad.

En consecuencia, suponiendo que no se demostró la patología de violencia en la confesión que se pretende invalidar, o que no se comprobó la nueva versión de la declaración en relación

⁶³ “Ciertamente que puede haber acuerdos que objetivamente sean acuerdos forzados, pero lo que a ojos vistas ha sido producido por un influjo externo o mediante el uso de la violencia, no puede constar subjetivamente como acuerdo.” Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Op. Cit.*, p. 369. Esto significa que puede problematizarse la pretensión de rectitud de la confesión aún cuando se haga firmar al declarante al final del acta, que se manifestó libre de violencia física o moral.

con los demás indicios, en ambos casos el confesante no satisfizo las condiciones para que procediera su retractación, haciendo presumible que se trata de una acción estratégica orientada al éxito a cualquier precio, pero aún así, no se implica necesariamente la aplicación del principio de inmediatez procesal.

El principio de inmediatez procesal es equivalente a un principio general del derecho, y como tal sólo se debe practicar cuando las normas específicas no son suficientes para resolver la situación. Por lo tanto y en razón del diseño de la confesión penal en la ética de los principios, se tendría que justificar la aplicación del principio general del derecho, argumentando con hechos y razones racionales, que establezcan su necesidad sobre la figura de la retractación.

Esto tendría lugar cuando la autoridad determine el agotamiento de las posibilidades de consenso, ante un continuo desarrollo de acciones irracionales del confesante hasta el punto de ponerse en peligro inminente. Por esas razones se advierte que el principio de inmediatez procesal es aplicado autoritariamente, con lo que se causa un mayor mal que el que se pretende contrarrestar, saboteando la inducción de la verdad judicial.

Preferir asertóricamente la aplicación del principio general del derecho sobre la norma específica pone en riesgo en este particular, la satisfacción de la pretensión de rectitud de la confesión, y no sólo eso, sino que con ello además se expone la validez de las demás pretensiones de validez comunicativa en la confesión penal. Estas consideraciones implican la utilización del principio de inmediatez procesal como una acción estratégica orientada al éxito a cualquier precio a favor de la autoridad, sin razón comunicativa.

II. Deficiencias en las garantías procesales del discurso jurídico de la confesión penal.

- ▶ La primera es la falta de un procedimiento para interrogar que determine la racionalidad de la realización de la prueba, en relación con la estrategia de investigación;
- ▶ La segunda que le da seguimiento a la anterior es la obligación de redactar un metalenguaje sin la mención de las preguntas hechas al confesante.

Como se ha adelantado, la operación de un interrogatorio subrepticio tiene una serie de repercusiones en la racionalidad del juicio penal. De inicio, resultan muy convenientes estas insuficiencias procesales al vincularse con el derecho penal máximo actual. Durante la averiguación previa fundamentalmente adquiere su punto máximo irracional, puesto que el Ministerio Público podrá consignar y solicitar la orden de aprehensión, básicamente con la simple acreditación discrecional de los elementos objetivos del delito, y tratándose de los delitos sin resultado y en los casos de tentativa, hasta con la mera mención sobre los elementos objetivos o la probable participación. En cuanto a los demás elementos sólo se estudian hasta iniciado el juicio, así que realmente el Ministerio Público no tiene que esmerarse en su investigación.

El Ministerio Público en ese contexto tiene una responsabilidad muy grande, porque prácticamente tiene a su arbitrio la libertad del indiciado, y en este caso del confesante. El Ministerio Público consciente o inconscientemente, puede con la gramática penal vigente, performar discursivamente los hechos, haciendo las preguntas que inculpen al declarante, o bien, omitiendo las interrogantes que lo absuelvan. Ahora bien, la intención de las preguntas puede o no establecerse en el metalenguaje de la diligencia, porque no se redactan en la misma.

Los motivos que puede tener la autoridad para performar los hechos evidentemente, es la corrupción, y en muchos casos la falta de conocimiento de la materia, además de la visión autoritaria que se tiene del proceso penal, y especialmente del procedimiento de averiguación previa, percepción reforzada con insuficiencias legales como las anotadas, que son caracteres de un sistema inquisitivo, en el que quien decide es juez y parte, comprometiendo la imparcialidad y sobre todo afectando los principios de la carga de la prueba y del contradictorio, como consecuencia de faltas en la previsión de las garantías penales que remiten a la gramática penal vigente.

- ▶ La tercera deficiencia, es en la inadecuada previsión del principio del contradictorio o de la defensa.

Vinculada netamente con las dos insuficiencias anteriores, el discurso jurídico de la confesión penal dispone además de la asesoría de un defensor, la posibilidad de que el confesante

sea asistido por una persona de su confianza, quien en la práctica se convierte en una defensa inadecuada y por tanto ineficaz, pues lo usual es que una persona de confianza no sea un abogado. Y todavía más patológico resulta la admisión del Ministerio Público de la renuncia del derecho a la defensa de quien comparece ante esta autoridad, suprimiendo del todo esta garantía procesal, lo cual a la vez tendría que impedir que toda declaración realizada bajo esta circunstancia, sea considerada como una confesión y lo mismo debería ocurrir en el caso de la asistencia de una persona de confianza del confesante⁶⁴.

La inconveniente previsión del derecho a la defensa para realizar una confesión, es especialmente nocivo durante la averiguación previa, por significar un auténtico estado de indefensión del confesante contra la autoridad, quien actúa con un procedimiento subrepticio, supeditado a la lógica de la gramática penal vigente que tiene como eje, el criterio de la presunción de culpabilidad sobre la presunción de inocencia.

La única oportunidad del confesante para no ser privado de la libertad, es una defensa adecuada llevada a cabo por un especialista, por un abogado, quien podría determinar la intencionalidad de la autoridad en su estrategia de investigación y en caso de que fuese irracional, tendría que asumir, éste sí, una ética de la responsabilidad ante el proceder irracional de la autoridad para inculpar a cualquier costo, sin justificación bajo la ética de la responsabilidad a su cliente. Evidentemente esta hipótesis desencadenaría una dialéctica negativa para neutralizarse recíprocamente.

Esta deficiencia procesal aparece como acción instrumental por un lado, pero también como acción estratégica para los fines del derecho penal máximo vigente, que al identificarse inquisitivo, afecta básicamente los principios de la carga de la prueba y del contradictorio, transformando la prueba y la defensa en simples argumentaciones, que pueden ser interpretadas y valoradas arbitrariamente. Ahora, los efectos que tienen las consideraciones planteadas son:

⁶⁴ Para su total comprensión esta última anotación debe relacionarse con en el capítulo 4. La estructura lógica de la prueba judicial y el pliego de consignación.

▶ La aplicación subrepticia de la confesión ficta.

Se supone que en el derecho penal no opera la confesión ficta, no obstante, se usa estratégicamente un procedimiento perlocucionario para interrogar, y generalmente se inutiliza instrumental y estratégicamente el derecho de la defensa del compareciente, ojo, del compareciente, no del confesante.

Por lo que un simple testimonio eventualmente es performado discursivamente por la autoridad hasta calificarla como una confesión⁶⁵, esto es, la autoridad cita a una persona a rendir su declaración, la interroga sin defensa, y luego resuelve que se trata de una confesión, o sea, que si se aplica la confesión ficta, esto es completamente irracional, desde cualquier punto de vista, pues se condena o se absuelve de acuerdo a argumentos perlocucionarios y se valora una confesión que de conformidad con sus requisitos constitucionales y legales de ningún modo lo es.

▶ La confusión entre probable y posible.

Si además se agrega la confusión entre probable y posible, se obtiene que cuando las declaraciones no se contradicen entonces se les tiene por probables cuando sólo son posibles, porque no se determina ningún grado, y por ende, se tiene muy fácil hallar probable responsable a una persona meramente mencionada en la investigación del delito.

Como se ha mostrado, la confesión penal por una parte, en la teoría, tiene principios dentro de la racionalidad comunicativa, pero su práctica padece el efecto sistémico del derecho penal máximo que rige hoy en día, aprovechando las deficiencias en el discurso jurídico de esta prueba, por lo que se vuelve imprescindible su redeterminación en lo individual para cuando menos resistir los embates patológicos del sistema penal del que es parte, pero lo que resulta fundamentalmente inexorable es la redeterminación de éste.

⁶⁵ Algunos funcionarios admiten la declaración de una persona estratégicamente como simple testimonio, y después sólo la performan o sea, la convierten demiúrgicamente en confesión, sin que el compareciente tenga conocimiento de ello. Ver *infra* capítulo 4. La estructura lógica de la prueba judicial y el pliego de consignación.

3.6.3. Redeterminación de la confesión penal.

La confesión penal ya tiene la idea inicial de racionalidad comunicativa como acción orientada al entendimiento mutuo, ubicada en la ética de los principios, porque el confesante tiene la intención de reconocer su culpa de haber participado en la comisión de un hecho delictivo, entonces la red conceptual de la prueba corresponde al actuar racional del confesante, quien está dispuesto a asumir las consecuencias de sus actos.

Por eso el discurso jurídico de la confesión establece entre otros elementos, los requisitos constitucionales y legales para la validez jurídica de la prueba, con el fin de apreciarla en su caso, como un indicio, siempre en vinculación con los demás indicios probados. Se puede suponer su propósito de contribuir especialmente, con la satisfacción de las pretensiones de validez de verdad y veracidad de los hechos que se investigan, para en su momento estar en condiciones de inducir la verdad judicial. Una consecuencia muy importante de dichas consideraciones, es que no se preinterpreta la culpabilidad de quien confiesa de conformidad con el discurso jurídico de la prueba, sino que antes debe examinarse. Y la redeterminación de la confesión penal se enfoca particularmente en la debida previsión de garantías procesales del confesante, en torno a:

1. Que la autoridad esté obligada a argumentar racionalmente la necesidad de aplicar el principio de inmediatez procesal, y todo principio general del derecho que considere aplicable al caso concreto.

2. Respetar la aplicación prioritaria de la figura de la retractación, y ampliar su procedencia para la problematización y respectivo desempeño de las pretensiones de validez comunicativa de claridad, verdad, veracidad y rectitud de la confesión. Semejante a un incidente de nulidad.

3. Atendiendo al discurso jurídico de la prueba, agregar el procedimiento para interrogar en la confesión mediante:

- ▶ Prohibir la asistencia de una persona de confianza, así como la renuncia al derecho a ser defendido adecuadamente.
- ▶ La participación de todos los afectados, lo cual incluye una defensa idónea y eficaz para el confesante.
- ▶ Permision para los interlocutores de problematizar y desempeñar lo necesario, con el propósito de tematizar apropiadamente los ingredientes relevantes de la situación y generar actos de habla ilocucionarios, implicando la asunción de actitudes hipotéticas para la reconstrucción coherente de los hechos. Esta norma entraña el compromiso de las partes de contraer obligaciones discursivas.
- ▶ La formulación de las preguntas en cumplimiento con las pretensiones de validez de los actos de habla que el mismo discurso jurídico de la prueba contempla, pero además, en vinculación racional con la estrategia de investigación, para evitar la performación de los hechos y en beneficio de la verdad judicial.
- ▶ El interrogatorio tendría que ser libre, pero relacionado con los hechos, y además hipotético. También tendría que incluirse la permision para argumentar y objetar respectivamente la pertinencia y necesidad de las preguntas.
- ▶ Obligar personal del juzgado a redactar literalmente las preguntas con las respuestas por medio de la tecnología conveniente.
- ▶ La obligación de la autoridad de interpretar de forma restrictiva el supuesto jurídico, asimismo de forma extensiva las atenuantes y eximentes en caso de duda, revertiendo en esta prueba los efectos del criterio de presunción de culpabilidad sobre la presunción de inocencia.

- ▶ El objetivo fundamental del interrogatorio tendrá que ser: reunir argumentos racionales seguros que contribuyan eficazmente en la inducción de la verdad judicial, y ante la menor duda se excluya o minimice.
- ▶ Un ejemplo es el procedimiento para interrogar instaurado para el jurado popular⁶⁶.

Así se finaliza el examen comunicativo de la confesión penal, para enseguida iniciar el análisis propuesto sobre la prueba testimonial.

⁶⁶ Art. 20 fracc. VI y art. 111 de la Constitución. Delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación; por el Presidente de la República. Y en el CPPDF en casos inimputables permanentes y procesados que adquieren enfermedad mental durante el proceso. Ver anexo 10.

3.7. Discurso jurídico de la prueba testimonial penal.

Una de las pruebas más socorridas en el juicio penal sin duda es la prueba testimonial, la cual introduce en su realización un interrogatorio. Este medio de prueba puede ser de gran utilidad por los datos que puede aportar en la reconstrucción lingüística de los hechos, a través de personas que se espera, participen de forma imparcial y objetiva. Pero en la práctica es apreciada con recelo, motivado no sin algo de razón, al observarse frecuentemente falsas apreciaciones o equivocaciones en que incurren los testigos, y ante su no menos cotidiana participación de forma irracional, cuando los litigantes presentan testigos falsos⁶⁷.

3.7.1. Concepto de testigo, y obligación de ser testigo.

De acuerdo a la doctrina, el testigo es la persona física que declara ante los órganos encargados de la administración de justicia, lo que sabe y le consta en relación con el hecho que se investiga, por haberlo percibido a través de sus sentidos. El testigo debe limitarse a relatar lo que percibió, no se le permite hacer conclusiones, especulaciones, ni interpretaciones⁶⁸.

El código estipula, toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes deberá ser examinada como testigo, cuando pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el juez estimen necesario su examen. De la misma forma se establece que derivado de las revelaciones hechas en las primeras diligencias, en la querrela, o por cualquier otro modo, si resulta necesario el examen de algunas personas para el esclarecimiento de un hecho delictuoso, de sus circunstancias o del inculpado, el Ministerio Público o el juez tienen obligación de examinarlas. (Arts. 189, 191 CPPDF y 242 CFPP)

En materia federal cuando el Ministerio Público inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezca que tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién

⁶⁷ “Uno de los medios probatorios cuya confiabilidad más se cuestiona y no obstante, quizás el más empleado en el procedimiento penal...quien ha presenciado un acontecimiento violento...le imprime a su percepción una serie de vivencias particulares que en muchas ocasiones la deforman.” Hernández Pliego, Julio Antonio. *Op. Cit.*, p. 206.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 207.

mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practica las diligencias estimó conveniente hacer la citación. (Art. 125 CFPP)

La obligación de atestiguar corresponde a toda persona que haya sido testigo de un hecho delictuoso, salvo que tenga relación con el inculpado, por ser parientes consanguíneos o por afinidad en línea directa ascendente o descendente, en línea colateral hasta el cuarto grado (en tercer grado en el orden local), igualmente se exceptúa de esta obligación al curador, al tutor, al pupilo, al cónyuge, así como a quienes tengan con él, lazos de amor, respeto, cariño o estrecha amistad, pero si tal persona tiene la voluntad de declarar se deberán de asentar en el acta tales circunstancias. (Arts. 116, 117, 242 y 243 CFPP, 191 y 192 CPPDF)

El código federal instituye que tampoco se obligará a declarar en relación a la información que reciban, conozcan o tengan en su poder, a las personas o servidores públicos que desempeñen cualquier otro empleo, cargo oficio o profesión, en virtud del cual la ley les reconozca el deber de guardar reserva o secreto profesional, p.e., los abogados, los consultores técnicos, los notarios, los ministros de cualquier culto, los periodistas, los médicos cirujanos o especialistas y psicólogos clínicos. Esta excepción aplica también a quienes disfruten de inmunidad diplomática o consular⁶⁹.

En caso de que alguna persona exceptuada por la ley para rendir declaración como testigo, manifieste su deseo de declarar y cuente con el consentimiento expreso de quien le confió el secreto, información o confesión, previa constancia de dicha circunstancia se le recibirá su declaración o testimonio.

La reserva de información que por disposición de ley deban guardar los servidores públicos, se hará del conocimiento de la autoridad que requiera la declaración o testimonio y, en todo caso, se estará a lo dispuesto en la ley que rijan las facultades del servidor público correspondiente. El servidor público que no cumpla con lo dispuesto se le aplicarán las penas a que se refiere el artículo 215 del CPF⁷⁰, pero si el delito es cometido contra la administración de

⁶⁹ *Ibidem* p. 208. Sexta Conferencia Internacional Americana de 1928 y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

⁷⁰ Abuso de autoridad.

justicia, se le aplicarán las penas a que se refiere el artículo 225 del mismo ordenamiento⁷¹. (Art. 243 bis. CFPP)

Los testigos presentes *en la instrucción* deberán ser declarados cuando lo soliciten las partes, aunque puede ordenarse que se le tome declaración a un testigo que no haya asistido a la audiencia, siempre y cuando no se entorpezca el procedimiento. En el supuesto de que un testigo tenga necesidad de ausentarse, puede solicitarse que rinda declaración antes de que se vaya o hasta puede requerirse su arraigo, con el derecho correlativo del testigo de reclamar al juez el pago de daños y la indemnización por los perjuicios causados contra un arraigo infundado. (Arts. 91, 240, 241 CFPP y 190 CPPDF)

Tratándose de varios testigos se examinan uno por uno, separadamente para evitar que se comuniquen por sí o por medio de otra persona, toda vez que el testimonio debe ser secreto, con la única intervención de las partes, a menos que el testigo sea ciego, sordo o mudo, o cuando ignore el idioma castellano, entonces se permitirá la presencia de la persona que lo asista. Lo mismo cuando se trate de un testigo menor de edad, quien en todo caso tendrá que estar acompañado por quien legalmente lo represente. (Arts. 28, 246 y 257 CFPP, 183 y 203 CPPDF)

Por regla general el testigo debe acudir al juzgado a rendir su declaración, salvo que se encuentre imposibilitado físicamente. Los servidores públicos pueden presentar su declaración en su propia oficina, o bien, se les puede girar oficio a efecto de que envíen su testimonio por escrito, sin perjuicio de que comparezcan personalmente en el tribunal. (Arts. 244 y ss. CFPP)

⁷¹ Delitos cometidos por servidores públicos.

3.7.2. Requisitos del testimonio.

Las condiciones legales para que una prueba testimonial adquiera valor indiciario son⁷²: Con respecto del testigo, que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto; que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, goce de completa imparcialidad. Y que no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno.

Debe tratarse de un hecho 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; que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales. Finalmente se aclara, el apremio judicial no se reputará fuerza.

Además de las reglas que se disponen en el apartado dispuesto a la prueba testimonial, en el código se prescriben una serie de normas que le son aplicables específicamente. En primera instancia se indica la recepción de toda declaración en forma breve, concisa, evitando vacíos y narraciones superfluas que alarguen los procedimientos, al parecer se trata de una ramificación del principio de economía procesal.

De igual modo, la forma como debe rendir declaración un testigo es de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que lleve escritas, aunque podrán ver algunas notas o documentos que llevaren, según la naturaleza de la causa, y a juicio del Ministerio Público o del juez. El testigo deberá aclarar su relación de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivo de odio o rencor contra el inculpado, la víctima u ofendido, el denunciante o querellante. (Arts. 206, 207 y 281 CPPDF)

⁷² Artículos 289 CFPP y 255 CPPDF.

Las preguntas que se formulen al testigo deberán guardar relación con los hechos, es decir, deberán ser *convenientes, conducentes o pertinentes* a criterio del Ministerio Público o del juez. El código federal agrega que deben ser conducentes o pertinentes *para los fines del proceso*. Además, deberán ser *conforme a derecho y relacionadas con los hechos*. (Arts. 127 bis y 249 CFPP; 191 y 207 CPPDF)

Incumplir con los requisitos que se exigen al realizar las preguntas, se sanciona de oficio o a petición de parte por objeción fundada, desechando la pregunta. A petición de parte tiene lugar cuando el abogado que asiste al declarante impugna la pregunta, aunque tiene prohibido *inducir las respuestas de su asistido*. El acuerdo que desecha una pregunta puede ser revocable. (Arts. 191, 207 CPPDF; 127 bis, 242 y 249 CFPP)

Análisis comunicativo de la prueba testimonial penal.

Lo mismo que la testimonial civil, la testimonial penal no tiene un concepto legal, pero de su discurso jurídico se deriva “*la obligación y necesidad de la autoridad de examinar a personas que puedan aportar datos sobre los hechos que se investigan, o desde el punto de vista del testigo, quien está obligado a declarar siempre que conozca los hechos que se investigan*”; parece que la definición doctrinal de testigo, el elemento más relevante del testimonio recoge mejor dichos elementos⁷³.

En dicha definición no se encuentran patologías lingüísticas, por cuanto es clara, sus referentes determinables, es veraz y no se percibe violencia comunicativa. Con estas consideraciones se puede establecer de inicio que aunque no se estipula propiamente un concepto, si existe una concepción concreta de la testimonial, lo cual además es reafirmado con su red conceptual que la determina del modo siguiente:

1. Como prueba.- La participación de un testigo en el juicio penal es con el propósito de reconstruir coherentemente los hechos que se investigan, por medio de los datos que pueda aportar. La testimonial puede coadyuvar a la satisfacción de todas las pretensiones de validez comunicativa de los hechos en general, para aclarar, establecer la verdad y veracidad, y en el momento procesal oportuno definir si se tipifica el delito, asimismo si se acredita la probable responsabilidad del inculpado⁷⁴.

2. Como indicio.- Su valoración puede ser indiciaria cuando cumpla con los requisitos que se establecen en su discurso jurídico, los cuales incluyen la necesidad de verificar la coherencia del testimonio con los demás indicios probados, lo que además permite su refutación.

⁷³ Ver *supra* inciso 3.7.1. Concepto de testigo, y obligación de ser testigo.

⁷⁴ La pretensión de rectitud de los hechos que se investigan en general, se encaminaría a determinar en la resolución judicial si la violencia que puede suponer tiene como condición un lenguaje racional o surge de la misma violencia de forma irracional.

3.8.1. Desempeño del interrogatorio de la testimonial penal

El diseño de ejecución que se plantea en el discurso jurídico de la testimonial penal se describe a continuación:

1. Medidas de apremio. Rendir testimonio es una obligación de quien conozca los hechos que se investigan, por lo que el código precisa que no se reputa violencia las medidas de apremio, pues es un asunto de seguridad pública que a todos concierne. En el orden federal, es obligación del Ministerio Público en la averiguación previa, señalar quién mencionó a la persona que se citará a rendir su deposado, o bien deberá motivar la citación. Esta previsión debería hacerse general, aplicable a toda persona que se convoque a declarar, así se podría ir motivando también la estrategia de investigación, dando un paso en la racionalidad del proceso.

2. Excepciones para ser testigo. Para verificar la imparcialidad del testigo se exime de la obligación de declarar a quienes estén involucrados personal, emocional, legal, profesional o laboralmente con el inculpado o cualquiera de los relacionados en el juicio. Pero nada impide que declaren aclarando dicha relación. La intención es lograr una actuación hipotética que permita lograr datos objetivos que se integren coherentemente en la investigación de los hechos.

Cuando se trata de profesionales y servidores públicos que poseen información como secreto profesional o información confidencial respectivamente, tienen participación como testigos en el proceso, si demuestran tener el consentimiento expreso de quien deba darlo. En este caso se revisa además de la neutralidad de contextos de acción del testigo, el uso legal de la información que se le solicita.

3. El testigo tiene derecho a ser asistido por un defensor. Esta garantía procesal es indispensable para la racionalidad del proceso penal, sin embargo frecuentemente pierde su eficacia en la averiguación previa⁷⁵.

⁷⁵ Art. 127 BIS CFPP.

4. La protesta de decir verdad⁷⁶. Es un modo de vincular al declarante con su testimonio, y aunque se presume no se tiene por cumplida, aunque el testigo firme al final del acta que: “*la ratifica en todas y cada una de sus partes...*”, pues si eventualmente se demuestra la inobservancia de la protesta, se aplicará la sanción correlativa.

En el orden local se usa la fórmula: “*¿Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir?*”⁷⁷. La frase no presenta patologías lingüísticas pero puede funcionar como acción dramática al evocar el honor⁷⁸ y el nombre de la ley, con la posible intención de apelar a la dignidad moral del declarante y el respeto por la ley, aunque en el fondo sólo se pretende impactar emotivamente al testigo para persuadirlo a satisfacer pretensiones de validez de verdad y veracidad en su deposado, sin que forzosamente sea así. Sería mejor prescindir de la fórmula o redeterminar los valores que sugiere.

5. El testimonio es secreto, participan sólo los involucrados. Es delicado intervenir en un proceso penal, por eso se justifica la confidencialidad en el testimonio para proteger al testigo y la objetividad en la declaración. Sólo se autoriza asistir al defensor del deponente, o en su caso al traductor, el representante legal del menor, etc. En esta norma jurídica se prevé una condición fundamental para crear una situación ideal de habla: la participación de todos los afectados.

La efectividad y eficacia de la prueba posiblemente se origina en su emisión personal y espontánea, permitiendo a las partes reunir la mayoría de los elementos que deberá valorar el juez durante el desahogo. Por esa razón no parece pertinente la norma jurídica que permite a los servidores públicos rendir su deposado por escrito.

6. Formulación de las preguntas. Por regla general las preguntas al testigo deberán ser convenientes, conducentes o pertinentes para los fines del proceso, por lo que puede preverse la enunciación libre e hipotética de las interrogantes cuando todos los implicados participan racionalmente en la problematización del testigo.

⁷⁶ Ver *supra* inciso 2.1.3.1.3. La protesta de decir verdad.

⁷⁷ Art. 280 CPPDF.

⁷⁸ “*Sentimiento profundo de la propia dignidad moral...*”. *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 750.

El discurso jurídico de la testimonial concibe la problematización y desempeño racional respectivo, al instituir el derecho de las partes de objetar fundadamente las preguntas que no satisfagan los requisitos de pertinencia marcados, al igual que la facultad del juez para desecharlas de oficio en ese mismo sentido, asimismo se previene la revocación del decreto judicial relativo. Igualmente, para favorecer una comunicación racional la gramática de la testimonial prohíbe al abogado del testigo inducir las respuestas de su asistido, con lo que se pone de manifiesto la intención de satisfacer las pretensiones de verdad y veracidad en la declaración.

7. En derecho penal no operan las tachas. Pero la duda sobre la falta de veracidad en la declaración del compareciente se hace constar en el acta de la diligencia, y el Ministerio Público, el inculpado o su defensor, pueden registrar sus motivos de sospecha, además tienen derecho de presentar las pruebas pertinentes que se agregarán al expediente⁷⁹. En materia local y en el caso de menores de edad o de aquéllos que requieran asistencia para rendir declaración, únicamente se exige hacer constar en el acta, las razones para sospechar el incumplimiento de la protesta⁸⁰.

8. No hay un procedimiento para interrogar. Lo mismo que la prueba confesional, no se incorpora el procedimiento para preguntar a un testigo que permita determinar la legalidad y la racionalidad de la estrategia de investigación, lo cual arriesga al indiciado sobre todo cuando se le permite renunciar a su derecho a la defensa.

9. Valor de la testimonial. Las particularidades del testigo como su edad, capacidad e instrucción, criterio para juzgar el acto, probidad, independencia de su posición, antecedentes personales, imparcialidad, su actuación sin coacción, miedo, engaño, error o soborno, etc., son

⁷⁹ Arts. 253 y 255 CFPP, y 193 CPPDF, el artículo 214 CPPDF es mucho más claro, al señalar que “*Cuando de las actuaciones aparecieren indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha producido con falsedad, o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, quedará inmediatamente a disposición del MP; se mandaran compulsar las piezas conducentes para la averiguación del delito y se formará por separado el expediente correspondiente, sin que por esto se suspenda la causa que se esté siguiendo*”.

⁸⁰ Arts. 212 CPPDF, y 247 CFPP.

análogamente, formas de desempeñar o revisar la satisfacción de pretensiones de validez comunicativa así como la actitud discursiva del testigo en el desahogo de la prueba⁸¹.

10. Cualidades del testimonio. Breve, conciso y de viva voz sin leer respuestas salvo excepciones. Debe consistir en hechos percibidos directamente a través de los sentidos del deponente, quien deberá expresarlos de forma clara y precisa, sin dudas ni reticencias. Nuevamente se trata de que el declarante realice el desempeño de las preguntas que se le hagan, básicamente se alude a la pretensión de inteligibilidad, aunque puede ampliarse a la satisfacción de otras pretensiones, pues el desempeño en general no se limita a la pretensión de claridad. En esencia se trata de conseguir que el testigo neutralice sus contextos de acción con la finalidad de recabar datos objetivos sobre la probable verdad judicial.

11. Aplica la razón del dicho del testigo junto con la frase “*que diga el testigo si sabe y le consta*”, la cual no presenta problemas de acuerdo al análisis realizado en la testimonial civil⁸². Este aspecto se asocia con las pretensiones de verdad y veracidad del testimonio, aunque sólo como presunciones que no por fuerza se cumplen demiúrgicamente al pronunciar la frase o anotar la razón del dicho del testigo⁸³.

12. El metalenguaje. La regla que priva es asentar lo necesario en el acta relativa, y en lo particular se especifica la obligación del funcionario público a cargo, de redactarla claramente, usando hasta donde sea posible las palabras empleadas por el testigo⁸⁴. Este es uno de los aspectos más delicados del proceso sobre todo por sus posibles efectos en la resolución, pues se omite la redacción del interrogatorio simulando una narración completamente espontánea.

⁸¹ Como pretensiones no se tienen por cumplidas aún cuando al final del acta de la diligencia el testigo firme que: “*la ratifica en todas y cada una de sus partes, habiéndola rendido de manera libre y espontánea sin ningún tipo de presión*”.

⁸² Ver *supra* inciso 2.1.5.1. Desempeño del interrogatorio de la testimonial civil, numeral 6.

⁸³ Art. 242 CFPP.

⁸⁴ Art. 208 CPPDF y 250 CFPP.

También se advierte la práctica común de redactar literalmente en el acta, las llamadas “*preguntas especiales*” así como sus correlativas respuestas, tratándose de los testimonios rendidos por los policías involucrados en la investigación, llama la atención porque en este caso se hace la excepción a la regla general y se asientan al pie de la letra los supuestos testimonios.

13. El diseño de ejecución según el planteamiento del discurso jurídico de la testimonial se muestra en general, hipotético, pero como en la confesión, también aquí se advierten imprecisiones procesales que permiten el desarrollo del derecho penal máximo actual.

3.8.2. Coordinación comunicativa y testimonio penal.

El contexto es la investigación de hechos probablemente delictivos, y la idea general es la de inducir la verdad judicial entendida en una verdad como consenso a partir de las estructuras de argumentación de las partes procesales. En esa tesitura la prueba testimonial aparece desde la ética de los principios, realizando una función de acción orientada al entendimiento mutuo, reconociendo a quien rinde su deposado como un sujeto que contribuye en el objetivo del proceso de reconstruir coherentemente los hechos.

Este medio de prueba puede ayudar a satisfacer todas las pretensiones de validez de los hechos que se averiguan. En el desarrollo de esta probanza se espera que participen todos los concernidos, asumiendo actitudes hipotéticas, esto es, actuando de acuerdo a las obligaciones discursivas tendientes a lograr una interpretación común de la situación. Por esa razón la efectividad y eficacia de la prueba tendría que ser alta, al establecer en su discurso jurídico las condiciones primarias para crear una comunicación racional entre los interlocutores.

El fondo racional de la prueba testimonial se ubica en la presunción elemental de que el testigo no es responsable en principio, de los hechos que se indagan, sino un colaborador para reconstruirlos. La aportación del testigo supone la liberalidad para cumplir obligaciones discursivas de desempeño ante la problematización que le propongan las partes procesales, este hecho haría viable ponderar todos los ingredientes relevantes de la situación, prescindiendo del uso de patologías para sostener la comunicación racional.

Este es el aspecto racional que se ha halla en el trazado de la prueba testimonial, pero ahora se verá cuáles son sus debilidades que dan paso a su irracionalidad discursiva.

I. La aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal. En la testimonial fundamentalmente aunque como se ha visto también en la confesional (por la confusión entre declaración y confesión) se observa la práctica del principio de inmediatez procesal, por lo que surten las mismas críticas a su aplicación unilateral en detrimento de la inducción de la verdad judicial, que se explicaron en la confesión penal⁸⁵.

Sólo hay que agregar que la relevancia de la aplicación irracional de dicho principio en la confesión o en la testimonial, es la diferencia entre la libertad y la prisión del compareciente, pues el confesante al reconocer su culpa en la realización de los hechos delictivos más la aplicación acrítica de dicho principio general del derecho, implicará casi invariablemente la prisión preventiva del confesante, a causa de un derecho penal máximo como el que opera hoy en día. En ese supuesto se veía que esta práctica constituye esencialmente una acción instrumental irracional.

En contraste, el testigo solamente expondrá lo que sabe sobre los hechos que se investigan, por lo que la aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal incidirá en la fabricación o tergiversación de los hechos boicoteando la debida inducción de la verdad judicial, a falta de la argumentación adecuada en la aplicación del principio. En este caso la aplicación del principio operaría estratégica o instrumentalmente de forma irracional.

Como se estableció, este principio tendría cabida en una ética de la responsabilidad, así que si eventualmente se hiciera probable la responsabilidad de un testigo, de cara a una serie de acciones irracionales de su parte que anularan las posibilidades de consenso, y ante el riesgo fundado de evasión de la ley, sería justificable la aplicación del principio de inmediatez procesal, sólo así podría entenderse racionalmente.

El problema de irracionalidad se multiplica cuando, primero se cita a comparecer a una persona en calidad de testigo, luego sin precisar un grado de responsabilidad con base en la “coherencia” de los testimonios, se declara la responsabilidad de alguno de los comparecientes, perfomando una simple declaración en una confesión ficta, y rematando la irracionalidad con la

⁸⁵ Ver *supra* inciso 3.6.2. Coordinación comunicativa y confesión penal. Numeral I.

aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal, lo que en conjunción le comportará a un inocente, la prisión preventiva.

En la testimonial en específico no se advierten mecanismos procesales para retractarse de la declaración o para modificarla después de firmada el acta, pues se presume que se desahoga la prueba en presencia de todos los afectados, aunque la autoridad puede citar a las denominadas “ampliaciones de declaración”, y en ese supuesto podrían hacerse modificaciones.

II. Deficiencias procesales en el discurso jurídico de la testimonial penal⁸⁶.

- ▶ La permisión del testigo de renunciar su derecho a ser asistido por un defensor⁸⁷. Esta acción correspondería a las hipótesis siguientes:

Primero. El testigo no se da cuenta que ha cometido un delito y comparece ante el Ministerio Público renunciando al apoyo de un defensor. Esta es una acción instrumental y estratégica orientada al éxito a cualquier precio de la autoridad. La motivación primordial parece que es imputar los hechos delictivos al declarante, performativa y subrepticamente, en aras de un sistema penal máximo. Este hecho contraviene el sentido de racionalidad de la testimonial, pues es evidente que el declarante tiene actitud hipotética para cooperar con las autoridades, por lo que es inaceptable éticamente acceder a la declaración del deponente sin la asistencia de un abogado.

Segundo. El declarante sabe que ha cometido un ilícito pero aún así renuncia a su defensa, realiza acciones orientadas al éxito a cualquier costo para evadir su responsabilidad. La autoridad no debe actuar, racionalmente, fuera de la ética de los principios incluso en este supuesto, hasta que argumente el agotamiento de las posibilidades de consenso, por lo que no será justificable permitirle al deponente renunciar a su defensa, máxime si es sospechoso potencial.

⁸⁶ Al final de toda diligencia el compareciente debe de leer o le debe ser leída su manifestación de forma que pueda hacer las rectificaciones o enmiendas que considere necesarias, hasta que se halle de acuerdo con el contenido y se encuentre en condiciones de firmar al calce junto con su acompañante *si lo hubiere*, aunque puede darse el caso que se niegue a firmar o no sepa y en ese caso se hace constar esa circunstancia. Art. 254 del CFPP y 211 CPPDF.

⁸⁷ Ver *infra* capítulo 4. La estructura lógica de la prueba judicial y el pliego de consignación.

Tercero. El compareciente sabe que ha delinquido y está dispuesto a asumir su responsabilidad sin defensa alguna. En este caso se trata de una confesión, pero si el Ministerio Público consiente en admitirla sin la defensa del abogado del confesante entonces carecería de validez jurídica. La indefensión de todo declarante ante el Ministerio Público es una acción instrumental porque se tendría al declarante como indigno de reconocimiento y por consiguiente, como un obstáculo o un medio para lograr el éxito, castigando a todo culpable ante la incertidumbre de castigar injustificadamente a inocentes, lo cual al tiempo se vuelve también estratégico e irracional. Y sin prueba y sin defensa en sentido estricto, se convierte el sistema en uno de simple legalidad y de mera jurisdicción.

- ▶ Ausencia de un procedimiento para interrogar, que delimite la legalidad y racionalidad de la probanza en relación con la estrategia de investigación.

La acción instrumental que significa permitir la renuncia a la defensa del declarante, origina o concurre con una acción estratégica que sigue la maximización del derecho penal, esto constituye la deficiencia dentro del discurso jurídico de la testimonial penal que se indica en este punto⁸⁸.

- ▶ A la regla general de redactar sólo lo necesario en el acta de la diligencia, por la cual se omite la redacción de las preguntas realizadas a todo compareciente, es exceptuada asertóricamente cuando se trata de los policías involucrados, al incluir el interrogatorio que se les aplica.

El interrogatorio de los policías involucrados no sólo se integra al pie de la letra en el acta respectiva, sino que se redactan estratégicamente de forma idéntica. Parece completamente imposible encontrar dos testimonios *idénticos* o respuestas exactamente iguales aunque las preguntas sean las mismas, a menos que se trate de obtener respuestas monosilábicas, y aún así seguramente habría disensiones, pues no es probable que dos personas obtengan exactamente la

⁸⁸ Porque el derecho a la defensa no sólo debe reconocerse dentro del proceso, o cuando la persona está presa, sino que debe de plantearse desde la misma comparecencia ante el Ministerio Público, para repeler la acusación eficazmente, como indiciado o hasta como testigo, pues aunque supuestamente el Ministerio Público debe fungir como representante social, también es cierto que en la averiguación previa funciona como autoridad y parte, por otro lado todos somos testigos de la corrupción y abuso de autoridad con la que se manejan tales funcionarios.

misma percepción de los hechos. Esta corresponde a una acción estratégica de la autoridad, consistente en simular que los testigos percibieron exactamente igual elementos relevantes de los hechos que se investigan, con la finalidad de lograr el éxito a cualquier precio, pues de ningún modo podría argumentarse su actuar autorizado por la ética de la responsabilidad para performar los hechos. Esto último quiere decir que finalmente si importa transcribir las preguntas, y que son trascendentes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Por consiguiente, también identifican la estrategia de investigación, lo cual confirma que en efecto, estratégicamente los servidores públicos omiten, adicionan o tergiversan a su conveniencia los hechos, sin ningún sentido de legalidad y mucho menos de racionalidad, sólo por el mero fin de adherirse a una preinterpretación inquisitiva del proceso penal.

- ▶ Omisión estratégica de convocar a sospechosos potenciales para rendir declaración.

La estratagema de la investigación permite por ende, sustraer la aportación obligada de sospechosos potenciales, sin motivar, sin argumentar el por qué no se llevo a buen termino la investigación. Y en cambio puede encaminarse la investigación hacia la fabricación de los hechos, para después imputarlos a cualquiera de los involucrados en el proceso.

- ▶ Performación de la testimonial en confesión ficta, a raíz de la confusión estratégica entre declaración y confesión, así como su trascendencia para la prisión preventiva en relación con la falta de precisión en el grado de probabilidad de la responsabilidad del indiciado.

La pretensión de racionalidad discursiva de la testimonial, se va difuminando hasta disolverse completamente con prácticas inquisitoriales a las que lleva el propio sistema penal que rige actualmente, provocando nuevamente la puesta en movimiento de la dialéctica negativa de acciones irracionales entre las partes procesales, para acusar o para evadir la aplicación de la ley, de ahí que la discordancia entre la gramática penal y los juegos del lenguaje tengan por desenlace, la falta de legitimidad de la violencia penal en las resoluciones penales.

3.8.3. Redeterminación de la prueba testimonial penal.

La redeterminación de la testimonial en lo particular podría cuando menos frenar e incluso repeler la irracionalidad del derecho penal vigente, para tornarse eficaz individualmente en la debida reconstrucción coherente de los hechos sobre los que se indaga. Los aspectos que habrían de volverse a definir son de conformidad con lo anotado, los siguientes:

- ▶ Obligar a la argumentación para aplicar cualquier principio general del derecho.
- ▶ Prohibir la renuncia del derecho a la defensa⁸⁹.
- ▶ Obligación de la autoridad de mencionar quién nombra al llamado a comparecer, y motivar su convocatoria, para ir fundamentando la racionalidad de la estrategia de investigación.
- ▶ En concordancia, el metalenguaje deberá ser al pie de la letra, usando la tecnología idónea para ello, y prohibiendo así como sancionando la manipulación de la información.
- ▶ Incorporar un derecho penal mínimo, al interpretar la prueba restrictivamente respecto al tipo penal, y extensivamente sobre las eximentes así como atenuantes en caso de duda.
- ▶ Sancionar a la autoridad que performe ilegal e irracionalmente los testimonios en confesiones fictas.
- ▶ Determinar un grado de probabilidad en la responsabilidad del inculpado.
- ▶ Obligación de la autoridad de argumentar sobre la falta de citación de potenciales sospechosos, y la correlativa sanción por incurrir en responsabilidad como servidor público, por abuso o ejercicio indebido de la autoridad.
- ▶ La formulación de las preguntas no sólo deben cumplir en lo individual las pretensiones de validez comunicativa, además debe idearse un procedimiento que precise las directrices de la estrategia de investigación de modo legal y racional. En cuanto a la forma de llevar a cabo el interrogatorio parece adecuada la manera en que la propone el discurso jurídico de la prueba, de forma libre e hipotética con la

⁸⁹ Cf., la cita anterior y remitirse al capítulo 4.

participación de los concernidos solamente, y con la posibilidad de argumentar la pertinencia como la objeción de las preguntas.

También aplica la propuesta de un procedimiento como el del jurado popular. Pero en la prueba testimonial se cuenta con reglas que pueden también coadyuvar a la proyección de un procedimiento como el que se sugiere, estas normas son las que se emplean para la obtención del testimonio de un menor de edad:

- La suplencia de razonamientos y fundamentos que conduzcan a proteger los derechos que legítimamente puedan corresponderles. (Art. 1° *in fine* CFPP)
- Para tomar declaración a un menor, se deberá tomar en cuenta su edad, el delito que se trate, su situación física y mental y los resultados de los estudios que en su caso se le hayan practicado al respecto. (Art. 255 *in fine* CPPDF)
- Las preguntas a un menor de edad o incapaz deberán formularse de forma *concreta, en lenguaje sencillo y de forma tal que al abordar el tema se haga de manera que no impacte en su conciencia y estabilidad emocional, respetando siempre el interés superior del mismo.* (Art. 191 *in fine* CPPDF)
- Deben tratar la determinación del *lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho*, sobre lo cual no será necesario que diga la razón de su dicho cuando sus respuestas concuerden con los datos que obren en autos. (Art. 264 CPPDF)
- Además, los *menores de edad deberán estar asistidos en todo momento de su representante legal, sin que dicho representante legal o en su caso persona de su confianza no pueda intervenir al momento del*

interrogatorio ni tener comunicación con el menor en lo relacionada a las preguntas que se le hagan. (Art. 207 CPPDF)

- La protesta de decir verdad en el caso del menor o incapaz se cambia por una exhortación a decir la verdad, también se incluye una explicación clara sobre el alcance y el objetivo de la diligencia. Los datos generales y personales del menor los deberá dar su representante legal bajo protesta de decir verdad. (Arts. 206 y 213 CPPDF)

Puede pensarse que quien escribe está sugiriendo un trato de niños a los delincuentes que ponen en peligro constante a la ciudadanía, pero no es sino un paroxismo de incompreensión ante un escenario inquisitivo que preconice a todo aquel que deba participar en un juicio como un presunto responsable o más bien como un auténtico criminal que no merece misericordia alguna.

Debe trascenderse a un nivel superior de conciencia ética y las autoridades están obligadas a esa transición, al desempeñar un cargo público que supone una gran responsabilidad. No es extraño que el principal problema al que se enfrenta la sociedad es la distorsión sistemática de la interacción, como cuando se finge un acuerdo sobre situaciones que se dan por entendidas aunque únicamente sea una apariencia, mientras que el mantenimiento de la comunicación se procura con patologías, y es aquí cuando se justifica el trato de niños a personas que no conocen de leyes ni de su aplicación, es decir, la mayoría, o quienes conociéndolas no aceptan su aplicación porque no se sienten vinculados moralmente con su contenido, apareciendo el problema de la legitimidad de las normas.

Con este inciso se finaliza el examen comunicativo de la prueba testimonial penal, y se inicia en la siguiente unidad el discurso jurídico de la prueba pericial para su próximo análisis lingüístico.

3.9. Discurso jurídico de la prueba pericial penal.

La prueba pericial penal comparte sus raíces genéricas con la prueba pericial civil, por lo que se remite al apartado respectivo⁹⁰, para enseguida presentar sus particularidades en el juicio penal.

La pericial tiene lugar cuando se requiere examinar a personas, objetos o hechos. El código además señala su empleo específico para el caso de encontrarse implicado un acusado perteneciente a un grupo étnico indígena, con la finalidad de conocer su personalidad y captar su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional. De igual manera, se precisa en dicho ordenamiento jurídico la posibilidad a criterio del funcionario público encargado de la diligencia, de ser asistido por un perito en la ejecución de las diligencias. (Arts. 220, 220 bis, 238 CFPP)

Independientemente de las periciales llevadas a cabo durante la averiguación previa, se podrán ofrecer nuevos dictámenes en el período de instrucción. Las partes podrán asignar hasta dos peritos para cada punto a resolver. Los peritos que actúen podrán ser titulados o prácticos, particulares u oficiales.

Cuando haya sido nombrado un perito por el tribunal, se requiere que acepte el cargo y proteste su fiel desempeño, y posteriormente deberá presentar el dictamen respectivo según el término previsto para ello, de lo contrario se le aplicarán medios de apremio, si a pesar de ello sigue sin cumplir se consigna ante el Ministerio Público por el delito establecido en el artículo 178 del CP⁹¹. (Arts. 221 y ss. CFPP).

Tanto el funcionario encargado de la diligencia, como las partes podrán hacer cuestionamientos a los peritos, siempre que sean pertinentes⁹², sobre el objeto de la pericia, y el perito tendrá que resolverlas por escrito o de palabra, sin sugestión alguna, dará los datos que tuviere y hará constar estos hechos en el acta respectiva, expresando los hechos y circunstancias

⁹⁰ Ver *supra* 2.1.6. Discurso jurídico de la prueba pericial civil.

⁹¹ “*Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad...*” Artículo 178. CPF.

⁹² El código local se refiere a preguntas oportunas, art. 174 CPPDF.

que sirvan de fundamento a su opinión. El dictamen deberá presentarse por escrito y ratificarse en audiencia especial, salvo los peritos oficiales. (Arts. 232, y ss. CFPP)

En caso de que los dictámenes periciales sean contradictorios, el juez citará a una junta con ambos peritos para que se discutan las diferencias, pero de no ser posible el acuerdo, se nombrará un perito tercero en discordia. (Art. 236 CFPP)

El dictamen pericial debe contener:

- a. Los cuestionamientos que se someten al conocimiento del perito.
- b. Las consideraciones, es decir, los métodos de la ciencia, arte o técnica utilizados para responder a los cuestionamientos, y
- c. Las conclusiones, planteadas de modo sencillo. Por lo que respecta a la valoración del peritaje, siguiendo el sistema de sana crítica, el juez debe expresar claramente los motivos que determinan su apreciación. (Arts. 288 CFPP y 254 CPPDF)

Con esto se tiene por expuesto el marco jurídico de la prueba pericial, objeto de estudio de la acción comunicativa en la próxima sección.

3.10. Análisis comunicativo de la prueba pericial penal.

La prueba pericial penal se incluye como una denotación en el código, es decir, se incorpora señalando “cuándo” puede emplearse. A diferencia de la pericial civil, además de indicar su uso que comprende esencialmente dilucidar aspectos complejos y especializados, así como diferentes a los jurídicos, en la pericial penal se estipula claramente que se emplea cuando es necesario examinar personas, objetos o hechos, asimismo en caso de que el acusado pertenezca a un grupo étnico indígena; o simplemente cuando el encargado de realizar una diligencia estime conveniente la asistencia de un especialista.

Por lo anterior, se tiene que la concepción de la prueba pericial penal es muy clara, sus referentes son determinables, no es confusa, ni introduce violencia en su lenguaje, y se puede derivar que se trata de una idea concreta relacionada también con su red conceptual de operación que la distinguen como se apunta abajo.

- ▶ Como prueba.- Tendiente a la reconstrucción coherente de los hechos que se investigan, con el objetivo específico de *tematizar* ingredientes relevantes de la situación con la particularidad de ser especializados y distintos a los jurídicos, por lo que su desempeño solamente podría realizarlo eficazmente un perito.

- ▶ Como indicio.- Se aprecia como una parte que puede contribuir en la inducción de la verdad judicial, siempre y cuando tenga una vinculación coherente con los demás indicios probados, asimismo con el presupuesto de que ha cumplido plenamente con los requisitos establecidos para su validez legal.

Su diseño de ejecución parece ser hipotético, a continuación se trata de verificar esta suposición.

3.10.1. Desempeño del interrogatorio de la prueba pericial penal.

Los componentes del discurso jurídico de la prueba que guían su desarrollo son enumerados en seguida, bajo el parámetro de la comunicación racional.

1. Realización de la pericial por el Ministerio Público. En la averiguación previa la pericia se realiza de forma más simple en comparación con el período de instrucción, en tanto que el Ministerio Público es la autoridad en el primer procedimiento. Este hecho surte el efecto de acortar los trámites para la ejecución de la prueba, pues si el Ministerio Público considera indispensable ordenar la práctica de una pericial, simplemente se lleva a cabo. En cambio, durante la instrucción se tiene que plantear al juez su realización y a éste le corresponderá admitir la prueba para su eventual ejecución. Enseguida, no necesariamente las periciales de uno y otro procedimiento son las mismas, pueden referirse a puntos diversos.

2. Hasta dos peritos para resolver un sólo tema. Con ello se pone de manifiesto la intención de tratar de tematizar suficientemente el ingrediente relevante de la situación sobre el que versará la pericia.

3. Durante la instrucción adquiere relevancia la actividad del perito ante el tribunal, de manera que la parte interesada deberá estar al pendiente de que el especialista lleve a buen término el trabajo que se le encomienda bajo los requerimientos legales establecidos.

4. Medidas de apremio. Hasta donde sea posible se procura dar la oportunidad a la parte procesal respectiva, de que el perito designado por la misma, presente su dictamen pericial sobre la cuestión a solucionar, lo cual parece racional.

5. Consignación del perito. Cuando incurra en falsedad de declaraciones ante autoridad judicial; o bien, si después de aceptar y protestar el cargo, así como haber recibido medidas de apremio incumple la obligación que contrajo ante el tribunal.

6. El cuestionario que deberá resolver el perito en el dictamen. El cuestionario tiene razón de ser conforme a la denotación de la prueba, ante la necesidad de examinar personas, objetos o hechos, así como cuando el acusado es una persona que pertenece a un grupo étnico indígena, y en general para comprender cualquier situación compleja que únicamente un especialista podría resolver, en beneficio de la reconstrucción coherente de los hechos que se investigan.

7. Dictamen escrito. Por regla general el dictamen se presenta por escrito o en su caso se hace constar la opinión fundada del perito en el acta de la diligencia correspondiente. Como se menciona en el discurso jurídico de la prueba, dicho dictamen deberá presentar primero, las preguntas o puntos a satisfacer, enseguida las consideraciones esto es, los métodos o técnicas empleadas para llegar a las conclusiones, las cuales deberá exponer en forma sencilla. Aquí se puede observar el objetivo fundamental de la pericial de solventar esencialmente, la pretensión de inteligibilidad de los hechos, en lo que concierne a uno o varios ingredientes relevantes de la situación que necesitan de tematización para poder reconstruir coherentemente los hechos.

8. Presentación oral del dictamen. De la reglamentación de la prueba se deriva que las partes procesales tienen posibilidad de participar en la exposición oral del perito, además pueden problematizarlo con la única salvedad de que sus preguntas sean pertinentes, que correspondan al objetivo de la pericia. A tal problematización le es correlativa la obligación del perito de desempeñar las problematizaciones propuestas por las partes procesales, lo cual debe de llevar a cabo sin sugestión⁹³ alguna, con lo que se instaura la pretensión de verdad y veracidad básicamente, exteriorizando todos los datos que tenga sobre los hechos y las circunstancias en que fundamente su opinión, esto significa que estará refiriendo usualmente una verdad como correspondencia.

9. Peritajes contradictorios. Se contempla una junta de los peritos con el juez para tratar de llegar a un acuerdo en los resultados de la pericia, aunque no necesariamente tiene que lograrse, por lo que además hay la posibilidad de llamar a un tercer perito. Aquí parecen claras condiciones para una posible comunicación racional.

⁹³ *Nuevo Larousse Básico. Op. Cit.*, p. 1429. Significa insinuación o instigación.

3.11. Coordinación comunicativa y pericial penal.

El entorno de la prueba pericial penal es la investigación de la comisión de un delito, así como la probable responsabilidad del inculcado. Se pretende contribuir con los resultados de la pericia en la inducción de la verdad judicial, por eso se habla aquí de una verdad como consenso a partir de las pruebas que ofrecen las partes procesales en sendas estructuras de argumentación.

Del discurso jurídico de la pericial penal se desprende que opera desde la ética de los principios, como acción orientada al entendimiento mutuo, que reconoce a los participantes de la prueba como sujetos colaboradores en la reconstrucción coherente de los hechos. Su objetivo específico es satisfacer la pretensión de inteligibilidad de los hechos que se indagan, a partir de la tematización de ingredientes relevantes de la situación, haciéndolos claros a todos los involucrados en el proceso. Lo usual es presentar el dictamen en una verdad como coherencia, con enunciados, aunque remitiendo a la verdad como correspondencia, a hechos o circunstancias.

La reglamentación de esta prueba es muy simple pero a la par permite crear en alto grado una comunicación racional, bastando una denotación racional de la misma, prescindiendo de todo lenguaje técnico, porque precisamente se tiene por fin clarificar, así que podría ser opuesto manejarla técnicamente en su reglamentación. El interrogatorio es completamente flexible, sólo se requiere que las preguntas sean pertinentes, lo cual sería señalado por los mismos interlocutores que tienen oportunidad de participar.

Por ende, la pericial penal tiende hacia una comunicación racional, al parecer porque la interacción es de índole intelectual, lo cual vuelve seria la argumentación a desarrollar. La implicación que destaca es la asunción de obligaciones discursivas para tematizar debidamente. El perito en esencia tiene a su cargo el desempeño de las pretensiones de validez comunicativa relativas al dictamen que presenta, incluso desde la aceptación y protesta de su cargo, se intenta vincularlo con las opiniones que vierta en su trabajo, en particular con las pretensiones de verdad y veracidad. En general, la pericia propicia un lenguaje ético, constantemente revisado, que la torna en alto grado efectiva y eficaz para la interpretación común de la situación.

Parece poco probable que la prueba pericial se utilice como acción orientada al éxito a cualquier precio, pero no se excluye la posibilidad de que forme parte de una acción irracional de mayor envergadura que la inutilice en su propia ética del discurso.

Para ilustrar puede ser de utilidad recordar que antes de que se manejaran los estudios sobre ADN, era posible la procedencia de la acción penal en contra de una persona denunciada por violación, al encontrar en los peritajes datos suficientes sobre la cópula por medio de violencia física, y por tratarse de un delito considerado como grave impedía la libertad caucional. De modo que aún cuando los peritajes se hubieran realizado de forma racional, era viable sin embargo, que se subordinaran en ocasiones, a simulaciones por parte de la víctima, por ejemplo, una mujer impulsada por el deseo de vengarse de su ex novio que no aceptó contraer matrimonio con ella, maquinó con éxito un plan para apersonarlo como el culpable de una violación fingida, así que el chico tuvo tiempo para reflexionar detrás de las rejas. Aunque esto ya no ocurre, si debe tenerse en cuenta que a pesar de la probable racionalidad individual de las pruebas, pueden estar sujetas a la lógica de acciones irracionales, las cuales podrían prosperar a través de las deficiencias del sistema penal.

En lo tocante al metalenguaje del acta de la diligencia, se sigue la regla general que determina al funcionario encargado, a redactar únicamente lo necesario, y en lo particular la prueba pericial se propone en un metalenguaje ilocucionario, al integrar las conclusiones bajo un posible acuerdo entre los peritos, pero realmente no se identifica ningún problema de tergiversación a través del acta de la diligencia porque el dictamen regularmente se integra al expediente.

Con los resultados obtenidos en los exámenes comunicativos precedentes, se tienen bases para verificar en las resoluciones judiciales la racionalidad de la violencia penal. Un estudio de esta magnitud requiere de exhaustividad para evitar incurrir en una falacia abstractiva, pero a manera de ejercicio a continuación se muestra el análisis de la consignación en un caso concreto.

LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA PRUBA JUDICIAL Y EL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN

A este momento con la exposición del discurso jurídico de los interrogatorios judiciales civiles y penales, con sus respectivos análisis comunicativos, puede considerarse acabado el objetivo de estudio planteado por el título de este trabajo, sin embargo, hay razones que justifican “extralimitar” el objetivo auto-impuesto.

En esencia el caso que se muestra en este apartado, fue el motivo principal para iniciar esta empresa, fundamentalmente porque resultó muy representativo, incluso podría decirse que reúne todas las patologías lingüísticas apuntadas a lo largo de este proyecto. Pero tal vez lo que más escozor provocó y se convirtió en la razón de mayor peso para decidir su análisis, fue el hecho de que al tratarse de un asunto penal, la persona afectada por la “irracionalidad discursiva”, eventualmente fue llevada a prisión.

El derecho penal por antonomasia es el más agresivo, lo cual lo hace más vulnerable a la irracionalidad, asimismo opera probablemente con los valores más elevados de la escala axiológica, por eso en este aspecto también se justifica el estudio de este asunto sobre otro, por ejemplo en materia civil según correspondería a la metodología de este trabajo, porque nunca será lo mismo ser privado de la libertad, acusado por la comisión de un delito, inclusive siendo culpable, que arrebatado digamos, de los derechos sobre un patrimonio, y si hay alguna duda, que le pregunten a quienes como el inculpado en el asunto que se estudia, lo que significa ser encarcelado sin merecerlo, pero sobre todo, con argumentos completamente irracionales.

Este capítulo además responde en congruencia, con la intención de continuar los estudios penales realizados hasta ahora, como el análisis comunicativo del proceso penal mexicano de Berumen¹, y el presente sobre los interrogatorios judiciales penales, estableciendo la pauta para un nuevo ciclo de estudio con la aplicación concreta de todo lo anterior. Con este preámbulo se da paso a un primer intento.

4.1. Juegos del lenguaje.

El pliego de consignación contiene la hipótesis de acusación, este es el primer acto de autoridad con repercusión en la esfera jurídica del inculpado, pues en este documento el Ministerio Público determina el ejercicio de la acción penal. Consecuentemente y con fundamento en los valores en juego y por la calidad de órgano estatal con la que actúa el Ministerio Público, la racionalidad comunicativa indicaría que inicialmente, el ejercicio de la acción penal tendría que sujetarse a la ética de los principios. Lo anterior con base en que si el Ministerio Público lleva a juicio a una persona, lo mínimo que deberá garantizarse será una acusación formulada con hechos y argumentos seguros.

No obstante, el procedimiento de averiguación previa se desenvuelve más bien de forma inquisitorial en diversos aspectos, con el fin de atacar supuestamente la inseguridad pública y la impunidad, de modo tal que la gramática penal en un intento correspondiente, parece que ha sido planteada para aumentar las consignaciones y con ello aparentar ante la sociedad, la confrontación directa a dichos problemas sociales, por encima de la racionalidad y en detrimento de los derechos humanos de los inculpados, que no siempre son responsables².

¹ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. INACIPE. México. 2000.

² “...en el proceso de contrarreforma constitucional y legislativo de 1998-1999 subyace una confrontación ideológica alrededor de las estrategias adecuadas para resolver las tensiones entre los intereses de la seguridad pública y los derechos humanos. Pero, al no expresarse abiertamente de una manera pública, los argumentos respectivos, no pueden problematizarse en toda su dimensión, ni por tanto, desempeñarse discursivamente y, en consecuencia, la tematización de todos los ingredientes de la situación comunicativa penal, es incompleta y parcial, esto propicia que los interlocutores...introduzcan, perlocucionariamente, en el texto de la ley, proposiciones que, sin preocuparse de la coherencia teórica ni de la conveniencia práctica, buscan, remover, a como de lugar, los obstáculos, aún los más mínimos, que limitan la acción represiva del Estado, como instrumento privilegiado de resolver los problemas de seguridad pública, en detrimento de los derechos humanos.” Berumen Campos, Arturo. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

Si ya de por sí se observa en los operadores del derecho una concepción dictatorial del juicio penal, y sobre todo de la averiguación previa, en buena medida como resultado de un discurso jurídico irracional del proceso penal, todavía se radicaliza más la función acusatoria del Ministerio Público, predeterminando la orientación de la averiguación previa hacia la parcialidad, al dejar de considerar en muchos casos la hipótesis de la defensa. Por ende, sólo podría esperarse el ejercicio de la acción penal como violencia condicionada por la violencia, lo cual determinaría al sistema penal comunicativamente ilegítimo.

Si bien es cierto la defensa aplica en el proceso propiamente, también es apremiante ante la corrupción de los empleados públicos y la maximización del derecho penal actual, que en la averiguación previa se reconozca el derecho a la defensa en forma adecuada, porque el Ministerio Público aunque debe fungir como representante social, no debe perderse de vista que tiene por función la persecución de los delitos y la obligación de consignar ante los tribunales, que actúa como autoridad y parte, y no precisamente como la parte de la defensa, elabora una *acusación*, por eso no es impertinente pensar en la intervención de la defensa en este procedimiento que antecede a la posibilidad de ser enjuiciado. La intención debe ser reducir al mínimo las probabilidades de irracionalidad del discurso penal, desde su formación hasta su aplicación.

El problema que se observó en los análisis precedentes de las pruebas es que incluso con abogado, en ocasiones las pruebas siendo racionales individualmente sólo pueden ser efectivas con respecto de la inducción de la verdad judicial, porque se advirtió que pueden estar subordinadas a acciones irracionales, principalmente del Ministerio Público, en lo que se denomina estrategia de investigación, con la cual se simula la ética de la responsabilidad a raíz del sistema penal actual o política criminal que ha adoptado el Estado hoy en día.

Ante este panorama en la averiguación previa ni siquiera se podría hablar de una dialéctica que supondría cierto equilibrio entre las partes, sino que se estaría accionando un mecanismo represivo del poder estatal.

El ejemplo que se tomará de base es un asunto sobre un delito electoral que dio lugar a una consignación³. La hipótesis jurídica se contempla en el artículo 407 fracción IV del CPF que a la letra estipula:

“Se impondrán de doscientos a cuatrocientos días multa y prisión de uno a nueve años, al servidor público que: ...Proporcione apoyo o preste algún servicio a los partidos políticos o a sus candidatos, a través de sus subordinados, usando del tiempo correspondiente a sus labores, de manera ilegal.”

4.1.1. Hipótesis de la acusación.

El pliego de consignación respectivo presenta el análisis del delito en los términos siguientes:

1. **La conducta**, el imputado:

“...usó de manera ilegal, del tiempo correspondiente a las labores de sus subordinados...para proporcionar a través de los mismos, apoyo [al]...candidato...[de un] Partido [político]...al haberles pedido a los referidos trabajadores, que se trasladarán (sic) desde las oficinas al auditorio...donde tendría verificativo un evento proselitista...reunión a la cual acudieron y en donde se les pidió promovieran el voto a favor del candidato...empleándose así un período de tiempo que comprendió, aproximadamente de las 12:00...a las 14:00...horas, tiempo laborable para los trabajadores, pues tenían un horario de labores de 9:00... a 18:00... horas, contando con una hora para tomar alimentos, siendo ésta de las 15:00...a las 16:00... horas; proceder con el cual, el imputado...provocó que sus subordinados dejaran de realizar las actividades oficiales que les correspondían, proporcionando así, a través de los mismos, apoyo al candidato en comento...”⁴.

2. **Bien jurídico tutelado:**

“...el equilibrio y la equidad, en cuanto a los medios y recursos de que disponen los partidos políticos para sus candidatos en el proceso electoral...”

³ Averiguación previa 668/FEPADE/2000

⁴ Foja 894.

3. **Calidad del sujeto activo:**

*“Al momento de la realización de la conducta [el imputado] tenía carácter de servidor público...”*⁵.

4. **Sujeto pasivo:** *“...el Estado...a través del [IFE] ...”*.

5. **Objeto material:** *“La conducta...recayó en sus subordinados...”*.

6. **Circunstancias de modo y ocasión.** *“Dentro de su horario de labores...”*⁵.

7. **Resultado material:**

*“La conducta...generó una mutación en el mundo fáctico, consistente en el apoyo que proporcionó a un candidato a través de sus subordinados, usando del tiempo correspondiente a sus labores, de manera ilegal, al instruir a...personal...a su cargo, para que...se trasladaran desde sus oficinas al auditorio...donde se llevó a cabo un acto político en el que se les pidió ser promotores del voto...instrucción que los...empleados efectivamente acataron y para la cual emplearon aproximadamente...dos horas, de las 12:00...a las 14:00..., tiempo en que dejaron de realizar sus actividades oficiales.”*⁶

8. **Nexo causal:**

“El resultado material producido, es atribuible a la conducta desplegada por el indiciado,...ya que de omitirse objetivamente la conducta..., no se habría producido el apoyo en comento...”.

9. **Lesión del bien jurídico:**

*“Se produjo cuando...efectivamente acataron la instrucción dada por su superior...en horas laborables...les solicitó fueran sus promotores del voto, lo cual se tradujo en un apoyo ilegal para dicho candidato, lesionando de esa forma el equilibrio y la equidad...”*⁷.

⁵ Foja 895 y 896.

⁶ Foja 896 y 897.

⁷ Foja 897.

En lo que toca a los **elementos normativos** “*servidor público*”, “*candidato*” e “*ilegal*”, únicamente se anexaron las definiciones legales. Y luego, los **argumentos** expuestos por la acusación **para acreditar el cuerpo del delito** fueron los que se enumeran enseguida:

1. La conducta se ofrece demostrar con la supuesta confesión del indiciado⁸, subrayando el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para su integración, asimismo por su nexo con los demás indicios, para asignarle valor pleno. El principal indicio con el que se le vincula es la denuncia⁹ que describe:

“...se publicó la copia de una carta en la que... [el] Secretario General de la Federación de Trabajadores al Servicio del Estado, da a conocer que... [los miembros de esa federación han participado en la promoción del voto del partido y el día 5 de junio de 2000], aproximadamente a las [doce del día] se reunieron [el Director de una de las áreas de la institución pública en cuestión junto con el Oficial Mayor de la misma]...quien presidió la reunión y el...[Coordinador de la campaña del candidato del partido relacionado]..., en esta reunión se acordó que se llevaría a cabo un acto proselitista y de promoción del voto a favor de dicho candidato el día [6 de junio de 2000], a realizarse en horario de labores y en el auditorio...propiedad [de la institución]...; y que estarían presentes coordinadores técnicos, jefes de departamento y subdirectores de las diferentes áreas... [de la institución], en consecuencia la indicación del...[Director General de la institución], fue que se realizará la reunión el día [6 de junio de 2000], y que se llevara dentro del horario de labores y dentro de las instalaciones [de la institución el día 6 de junio]aproximadamente a las 09:30 horas...se reunió el...[Coordinador del programa de servidores públicos que apoyan la campaña del candidato con el sindicato de la institución y su comité ejecutivo para solicitarles su apoyo el día 6 de junio de 2000], en el auditorio [de la institución], se llevó a cabo la reunión...en la que se comprometió a los servidores públicos [de la institución]...a realizar diversas actividades proselitistas a favor [del candidato]...y [el Director de Área de la institución citado]...informo que él, ha sido nombrado por [el Director General de la institución]...como enlace con [el candidato]...y al Oficial Mayor [de la institución] como enlace interno. [El Director de Área mencionado]...relata también el procedimiento por medio del cual se organizó la reunión y del acuerdo para realizarla entre el Director General y el Oficial Mayor...[el 7 de junio de 2000], en el diario denominado ‘MILENIO’...se confirma que en la citada fecha se llevó a cabo una reunión proselitista a favor de la campaña del [candidato], en las Instalaciones [de la institución]..., en la que estuvieron de acuerdo y participado...diversos funcionarios [de la institución]..., y de la casa de campaña del candidato... ”¹⁰.

⁸ Ver *infra* punto número 6, declaración ministerial del indiciado.

⁹ Foja 900-901. Por institución entiéndase el organismo estatal al que pertenecen los servidores públicos involucrados en los hechos delictivos que se investigan asimismo, los diferentes cargos directivos que se aluden corresponden al personal de mando de dicha institución.

¹⁰ Fojas 873-874.

2. La calidad especial del sujeto activo como servidor público se propone acreditarla con documentos públicos y testimonios. La acusación determina con ello que el indiciado se desempeñaba al momento de la realización de la conducta, como Director de Área, sin contraposición del hecho de haber sido nombrado Subdirector de Área, como lo indica la copia certificada que presentó el inculpado al Ministerio Público, *“toda vez que el día de los hechos actuó como era encargado de la referida Dirección, en sustitución [de quien conservara el cargo como titular] ...conforme a las reglas de suplencia de los servidores públicos”*¹¹.

3. El Ministerio Público acredita la relación de suprasubordinación entre el imputado y los subordinados, de conformidad con el cargo que desempeñaba el indiciado como Director de Área teniendo a su mando coordinadores técnicos, jefes de departamento y subdirectores de área, según el organigrama de la institución (documental pública) donde se especifican las diferentes subdirecciones, departamentos y coordinaciones técnicas sujetas al área que dirigía el imputado

La acusación asevera corroborar dicho elemento al presentar las documentales que acreditan a los comparecientes ante dicho órgano en el cargo subordinado que ocupaban bajo el mando del inculpado. El Ministerio Público considera tales medios de prueba con valor pleno al ser expedidas por servidores públicos¹². Al mismo tenor el Ministerio Público ofrece las declaraciones ministeriales de dichos trabajadores, quienes afirmaron laborar en la Dirección referida a cargo del indiciado el día de los hechos. Finalmente se aporta en la acreditación de este componente, la declaración del indiciado, quien expresó que *“en ese período...desempeño el encargo del despacho de la citada Dirección”*¹³ supliendo al titular quien se encontraba ausente bajo licencia.

4. Para acreditar el horario de labores de los subordinados aludidos, de nueve a dieciocho horas contando con una hora de comida, el Ministerio Público expone las respuestas que dieron los deponentes. Todos respondieron que su horario laboral era de nueve a dieciocho horas con una hora de comida la cual fue descrita por cada compareciente, y la acusación muestra dichos horarios del siguiente modo:

¹¹ Foja 903.

¹² Foja 904.

¹³ Foja 905.

“...[de 3 a 4 PM],[de 3 a 4 PM],[de 2 a 2 treinta PM],[de 3 cincuenta a 4 cincuenta PM], [de 3 a 4 PM], [de 3 a 4 PM], [de 3 a 4 PM],...de lo anterior se observa que la mayoría de los trabajadores de mérito (siete en concreto) tomaban sus alimentos[de 3 a 4 PM]y sólo dos variaban los cuales prueban de manera contundente el horario de labores al cual estaban sujetos y por tanto, que la conducta prohibida se ejecutó dentro de ese horario, pues ninguno...disponía de dos horas para tomar alimentos...tampoco su hora para tomarlos empezaba [a las 12 PM]... la hora para tomar alimentos que empezaba más temprano era...[de 2 a 2 treinta PM y el evento se realizó aproximadamente de la 1 a las 2 PM], y además no se llevo a cabo en las oficinas donde los trabajadores...realizaban sus actividades...[ubicadas en la] Delegación Tlalpan..., sino en el auditorio [ubicado en la]...Delegación Benito Juárez; todo lo cual nos lleva a sostener que efectivamente los empleados...invirtieron aproximadamente...dos horas laborables, [de las 12 a las 14 PM] para asistir al evento partidista en favor del candidato....”¹⁴

El Ministerio Público asegura haber probado que el horario de comida era de 15:00 a 16:00 horas, independientemente de la existencia del oficio circular por medio del que se dio a conocer a subdirectores generales, al contralor interno, así como a los directores de área de la institución, lo siguiente: *“...los horarios de comida del personal deberán flexibilizarse conforme a las necesidades específicas de cada una de las áreas a su...cargo. Conforme a lo anterior...el horario para tomar alimentos por parte de los trabajadores, podrá ser de las 12:00...a las 16:30...horas..., sin afectación de los horarios de trabajo.”¹⁵*

El Ministerio Público induce de lo anterior que el horario de comida de los trabajadores que respondía a las necesidades específicas de la Dirección a cargo del indiciado, era de 15:00 a 16:00 horas, en congruencia con el oficio y en vinculación con la declaración ministerial del inculpado, con lo cual el Ministerio Público afirma *categóricamente* que el evento fue dentro del horario de labores, y sostiene que efectivamente *“se ejecutó la conducta prohibida dentro de la jornada laboral”¹⁶*, asegurando haber acreditado la circunstancia de tiempo exigida por el tipo penal de mérito.

5. La calidad de candidato exigida por el tipo la aprecia acreditada el Ministerio Público al presentar la copia certificada en la que consta dicho registro. A este documento le sitúa con valor probatorio pleno, por expedirlo autoridad competente y en uso de sus atribuciones¹⁷.

¹⁴ Foja 905.

¹⁵ Foja 906.

¹⁶ Fojas 906-907.

¹⁷ Foja 907.

6. La materialización de la conducta. El Ministerio Público la estima probada señalando:

“al proporcionar apoyo, de manera ilegal, al candidato...a través de sus subordinados...usando del tiempo correspondiente a sus labores,...en su calidad de encargado de la Dirección [de un área]...el indiciado...los instruyó para que en horas laborables asistieran a un evento proselitista que se [realizaría en un auditorio]...lo que efectivamente acataron los empleados en comento, trasladándose aproximadamente [a las 12 PM] ...reunión en la que se les pidió fueran...promotores del voto...transmitiéndoles un video de la vida familiar y política, [del] candidato, actividades que evidentemente tenían la finalidad de convencerlos para que votaran por el candidato en cita, pero además para que le sirvieran de multiplicadores del voto, reunión con la que incuestionablemente se apoyó al citado candidato...aproximadamente [de las 12 a las 2 PM], tiempo en que dejaron de realizar sus actividades oficiales y evidentemente abandonaron de manera temporal su fuente laboral.”¹⁸

Este argumento del Ministerio Público se sustenta en las declaraciones ministeriales de los empleados del área en cita, asumiendo que:

“todos...en sus respectivas declaraciones...fueron contestes en señalar que en relación al evento proselitista...afirmaron que...es verdad...precisando que un día antes...aproximadamente a medio día, el indiciado...convocó a todos los mandos medios a una reunión en la sala de juntas de la Dirección..., la cual se encontraba temporalmente a su cargo, por ausencia de su legítimo titular..., reunión en la que les solicitó acudieran [el 6 de junio de 2000 a medio día al auditorio en donde se efectuaría un evento relacionado con la campaña del candidato]...; precisándoles que era conveniente que asistieran...comentándoles también que se habían estado reuniendo mandos medios y superiores de esa Institución, en otros lugares, para apoyar la campaña [del candidato]...; que el día [6 de junio de 2000 entre las 12 PM se presentaron en el auditorio]..., sin que se hayan registrado en alguna lista o les hayan recogido la credencial de elector u otra identificación, percatándose que se encontraba personal entre ellos el imputado,... señalando además que quien presidía el evento era el...director de [otra de las áreas de la institución];asimismo precisaron, que una persona representante del Partido..., les habló de los logros obtenidos por ese partido, y de la propuesta política de dicho candidato, invitándoles a participar en otras reuniones y que fueran promotores del voto..., transmitiéndoles además un video relativo a la trayectoria política del..., candidato; una vez concluido el evento señalaron que se retiraron para proseguir con sus labores, aclarando todos los subordinados de mérito, que dicho evento político no se efectuó en el horario para tomar alimentos sino en horario de labores”¹⁹.

¹⁸ Foja 908.

¹⁹ Foja 909.

A estas declaraciones el Ministerio Público les asigna el valor de testimoniales al supuestamente cumplir con los requisitos de ley, asimismo calificó las notas periodísticas del periódico Milenio, ratificadas por la reportera que cubrió el evento quien en su declaración ministerial declaró en síntesis según el Ministerio Público que:

“...el evento...acontecido el [6 de junio de 2000 aproximadamente a la 1 PM],...fue presidido por...[el] director [de una de las áreas de la institución que no es el indiciado] y ...el líder sindical [citado en la denuncia]..., refiriendo [el Director de Área aludido que no es el imputado] ...que la reunión tenía como principal objetivo que desde los altos mandos hasta los jefes de departamento se convirtieran en promotores potenciales del voto a favor de ese partido, conminándolos a reclutar...personas,...para que sufragaran...a favor [del candidato], que a la reunión asistieron aproximadamente 150...personas, las cuales se percató, todos eran empleados [de la Institución].”²⁰

En el mismo sentido la acusación presenta un audiocassette como indicio que describe el evento, así como la inspección ministerial del auditorio donde se realizó el evento, ésta última prueba fue tasada por el Ministerio Público con valor pleno aseverando que se efectuó conforme a derecho²¹. Igualmente la acusación exhibe como prueba la declaración del indiciado que revelaba:

*“...señaló tener un horario de labores de [9 AM a 6 PM con una hora de comida de 3 a 4 PM], teniendo bajo su mando directo aproximadamente 23...personas, entre las que se encontraban 3...jefes de departamento y 5...coordinadores técnicos...enterado del contenido de la...reunión de funcionarios de [la institución]...con personal del equipo de campaña [del candidato], llevada a cabo el [6 de junio de 2000 en el auditorio], señaló que **es verdad lo ahí descrito**, recordando que el...,coordinador de asesores del...director general [de la institución]...lo convocó a una reunión en la sala de juntas de la asesoría, un día antes del evento en el auditorio, en donde únicamente se encontraba presente el externante, lugar donde le manifestó la pertinencia de buscar el apoyo de la gente para la campaña...invitando a que se persuadiera a los mandos medios para que pudieran comprometer su apoyo, como consecuencia de esa entrevista, invitó a los mandos medios a una reunión en la sala de juntas de la Dirección...a su cargo,...haciéndoles extensiva la invitación del [director general]...en el sentido de apoyar la campaña..., que antes de dicha reunión recibió una llamada telefónica en su oficina...mediante la cual le informaban que mandara una relación de los mandos medios..., uno o dos días después...recibió una llamada telefónica...mediante la cual le informaron que se llevaría a cabo [el evento entre las 12 y 1 PM], en el auditorio...y que invitara a esa reunión a las personas que anteriormente había relacionado en la lista..., por tal motivo se comunico con [uno de los subdirectores] a quien le solicitó que hiciera extensiva la*

²⁰ Foja 910.

²¹ Foja 910.

invitación a todos los mandos medios de su subdirección para que asistieran al auditorio, haciendo lo propio con el personal a su cargo, así las cosas se traslado solo a la hora indicada de la reunión...no existió presión alguna hacia el externante ni de él hacia su personal para asistir al evento; que desde un principio percibió que no era correcto lo que se estaba haciendo al respecto de la reunión y sus asistentes, toda vez que no le ha sido propio que lo utilicen para obtener ciertas cosas, sin embargo, convocó y asistió porque era una indicación, y por lo que hace al horario en que se llevo a cabo el evento..., fue dentro del horario de labores”²².

La acusación valoró este elemento como confesión en términos de ley, concluyendo que: “...dicho indiciado aceptó haber ejecutado la conducta típica, pues admitió que convocó al personal a su cargo (mandos medios), para solicitarles que asistieron dentro del horario de labores a un evento proselitista a favor [del candidato], lo que se tradujo en un apoyo ilegal para el candidato en mención”²³, aún cuando el indiciado declara no haber presionado a sus subordinados para asistir al evento en razón de que no se trata de un medio comisivo para la integración del delito. Además el Ministerio Público manifiesta que:

“tomando en consideración que vivimos en un Estado de Derecho, lo cual nos da la posibilidad de discernir y de no acatar instrucciones ilegales...si el imputado, desde un principio percibió que la instrucción recibida era ilegal, no tenía porque obedecerla y debió rechazar la petición de convocar a sus subordinados..., no obstante que tuvo conciencia de esa ilegalidad, convocó a su personal y les pidió que asistieran a la reunión de mérito...señalándoles incluso que era pertinente su asistencia, tal y como lo manifestaron sus subordinados en sus respectivas declaraciones ministeriales, por lo que su argumentación no lo deslinda de la responsabilidad penal que le compete...además de que tampoco se encuentra acreditado, que efectivamente haya recibido tal indicación”²⁴.

Por lo que el Ministerio Público clasifica a esta declaración como una confesión calificada divisible con valor pleno al correlacionarla con los demás indicios.

6. La ilegalidad del apoyo. El Ministerio Público afirma:

“consistió en que debió realizar sus funciones apegado a la normatividad que rige su actuación como servidor público, empleando el tiempo de labores de sus subordinados, exclusivamente para que estos realizaran, actividades oficiales para las cuales los contrató [la institución], por lo que al haberlos distraído de sus labores, para que acudieran al evento proselitista...indudablemente le brindó apoyo [al candidato] y ...contravino su actuación como

²² Fojas 911-913.

²³ Foja 913.

²⁴ Fojas 913-914.

servidor público...en tal virtud, subsiste la afirmación de que el apoyo que el indiciado...proporcionó al referido candidato, a través de sus subordinados, utilizando el tiempo correspondiente a sus labores, fue ilegal”²⁵.

Los argumentos de la hipótesis de acusación sobre la probable responsabilidad del inculpado, se presentan enseguida:

1. El Ministerio Público fija acreditada la probable responsabilidad del imputado, conforme a que:

“probablemente el indiciado realizó la conducta típica ya acreditada [con las pruebas sobre la demostración del cuerpo del delito], sin estar amparado bajo alguna norma permisiva que tornase lícito su actuar, toda vez que en el caso concreto no se advierte la existencia de alguna de ellas, por lo que puede decirse que su proceder fue probablemente antijurídico.”²⁶

2. Igualmente, induce como probable la imputabilidad del inculpado, cuando en la averiguación previa:

“no obra...constancia alguna que permita dudar siquiera que carecía o carece de la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y de motivarse acorde a esa comprensión”²⁷.

3. La forma de participación del inculpado la ubica el Ministerio Público como autoría material la cual encuentra acreditada según los testimonios de los subordinados del inculpado, así como por la supuesta confesión del mismo:

“personalmente ejecutó la conducta típica, al solicitarles a sus subordinados...que acudieran en horas laborales al auditorio..., en donde tendría verificativo un evento proselitista...actuación del imputado que se tradujo en un apoyo ilegal para el candidato...”²⁸.

²⁵ Foja 915.

²⁶ Foja 917.

²⁷ Foja 918.

²⁸ Foja 918.

4. El Ministerio Público también aduce la probable actuación dolosa del indiciado:

“considerando sus circunstancias personales... edad, grado de instrucción y ocupación, así como los medios de convicción allegados, resulta evidente su conocimiento de que esta prohibido a los servidores públicos proporcionar apoyo a los candidatos, a través de sus subordinados, utilizando el tiempo correspondiente a sus labores, sin justificación legal alguna; tan es así, que en su declaración ministerial admitió: “...que desde un principio percibió que no era correcto...”; además sabía que de instruir a sus subordinados para que en horas laborables acudieran al auditorio,...le estaría proporcionando un apoyo ilegal al...candidato; no obstante tener tal conocimiento, tuvo la voluntad para instruir ilegalmente...[a su] personal [para ese fin]...puede decirse que probablemente el indiciado..., actuó dolosamente, pues no se advierte que su conocimiento se encontrase afectado por algún error de tipo o de prohibición, ni que hubiere ausencia de volición, por encontrarse bajo los supuestos de vis absoluta, vis mayor o movimientos reflejos”.²⁹

5. La autoridad sostiene de la misma forma que el indiciado:

“actuó probablemente con libertad de autodeterminación, al no advertirse factores que lo constriñeran a obrar como lo hizo y si por el contrario de las pruebas que obran en la presente indagatoria, se desprende claramente que se condujo con plena autonomía y sin presiones..., violando así...la norma...dado que el indiciado contaba con una diversidad de posibilidades para dirigir su actuar conforme a derecho y sin embargo, optó por llevar a cabo la conducta que transgredió la norma prohibitiva penal.”³⁰

Con esta nota se finaliza la exposición de los indicios, pruebas y argumentos de la hipótesis de acusación, a continuación se expondrá la crítica comunicativa correlativa a través de una hipotética defensa puesto que no se trata de la defensa real.

²⁹ Foja 923.

³⁰ Fojas 923-924.

4.1.2. Hipótesis de la defensa y crítica comunicativa.

Se iniciará con el análisis dogmático del delito. Por su gravedad: un *delito*; por su conducta: de *acción*; por el resultado: *formal*; por el daño: de *peligro* porque sólo arriesga la limpieza, normalidad o eficiencia del proceso electoral³¹; por su duración: *instantáneo con efectos permanentes* porque de consumarse, los efectos se prolongarían en el tiempo; por la culpabilidad, admite *dolo o culpa*; por la estructura del tipo, es *simple* al constituir una sola lesión.

Por el número de sujetos: *unisubjetivo*; por el número de actos, *unisubsistente*; por su persecución, de *oficio*; por la materia, *federal*, en este delito no procede la libertad provisional³²; causas de inimputabilidad, procederían el *trastorno mental o la enfermedad mental*, no así la inmadurez mental porque para fungir como servidor público se requiere la mayoría de edad; ausencia de conducta, no parece probable por *vis mayor, vis absoluta, movimientos reflejos, sonambulismo, sueño, tal vez hipnotismo*.

Calidad del sujeto activo, *servidor público*; el sujeto pasivo *la sociedad*³³; objeto material no parece haberlo; el objeto jurídico “*preservar las condiciones legales a que se debe ajustar la contienda electoral y evitar que se distorsione la función pública, mediante la utilización de fondos, bienes o servicios estatales para actividades partidistas o fines diversos a los institucionales y con el propósito de favorecer a un partido político o candidato*”³⁴.

Medios comisivos, *a través de sus subordinados*; referencias de tiempo y espacio, *el tiempo correspondiente a sus labores*. No aparecen elementos subjetivos específicos. La antijuridicidad específica, indica *de manera ilegal*.

³¹ López, Betancourt Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo. V. Porrúa. México. 2004. p. 75.

³² Art. 413 CPF.

³³ “*la materia electoral es propia del pueblo soberano y no de la sociedad. Por esta razón, el pueblo juega el papel de sujeto pasivo en todos los tipos penales que describen conductas lesivas de bienes jurídicos inherentes a la soberanía*”. Islas de González, Mariscal Olga. *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de registro nacional de ciudadanos. Temas penales y penitenciarios*. Porrúa-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. pp. XVII-XXX. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/756/24.pdf>, 30/05/2008, 15:26 p.m.

³⁴ López, Betancourt Eduardo. *Op. Cit.*, p. 81.

Las causas de justificación no probables, serían la defensa legítima, el ejercicio de un derecho, el consentimiento del interesado y el impedimento legítimo. Si podría presentarse estado de necesidad³⁵ y cumplimiento de un deber. Las causas de inculpabilidad probables, *el error esencial de hecho invencible*, si el sujeto no tiene posibilidad de darse cuenta de la posición falsa en la que se encuentra para remover el error, al ignorar totalmente algo. Y la *no exigibilidad de otra conducta*, cuando el agente actúa ilícitamente en virtud de una amenaza inevitable. El caso fortuito no parece probable.

Como requisito de procedibilidad se requiere de la *denuncia*. No se contemplan excusas absolutorias. El *iter criminis* se presenta en los casos de dolo, pero no en la culpa. Pueden presentarse la tentativa acabada e inacabada. Este delito admite todos los grados de participación, asimismo puede configurar un concurso real ó formal³⁶.

En este análisis dogmático de la hipotética defensa, se percibe una gran diferencia con la hipótesis de acusación propuesta por el Ministerio Público, lo cual implicará una argumentación también distinta.

El ingrediente relevante en el análisis dogmático del supuesto delictivo parece que es su distinción como delito material o formal. Un delito material es aquel que requiere de la destrucción o alteración de la estructura o funcionamiento del objeto material. En este delito electoral ¿quién es la persona o cosa sobre la cual recae el daño?, como ya se mencionó, es la sociedad la titular del bien jurídico protegido, por lo que será ésta la que resienta el daño, consecuentemente no se presenta un objeto material en este caso.

Un delito formal se integra con la sola realización de la conducta delictiva, afectando el interés jurídicamente tutelado, en este particular: la preservación del equilibrio de las condiciones legales en la contienda electoral, así como impedir la distorsión de la función pública por la

³⁵ Si el servidor público es amenazado para delinquir.

³⁶ En el primer supuesto, varias conductas delictivas y diversos delitos, por ejemplo si el servidor presta un servicio a un candidato con recursos del Estado ilegalmente y hace proselitismo el día de la elección en alguna casilla (artículo 403 fracc. III). En el segundo caso, con una sola conducta se realicen varios delitos, por ejemplo si el servidor público proporciona apoyo a un candidato con fondos del Estado y obliga a sus subordinados a votar por dicho candidato. (artículo 407 fracc. I)

utilización de fondos, bienes o servicios estatales para actividades partidistas, o fines diversos a los institucionales con el propósito de favorecer a un partido político o candidato. El objeto en este delito es jurídico, más no material, por lo que no se puede admitir tampoco un resultado ni un nexo causal. Ergo, el cuerpo del delito atañerá a la forma de realización de la conducta, por lo que se tendrá que fijar el lugar, modo, tiempo y ocasión en que el agente proporciona apoyo a un partido o candidato de acuerdo al tipo penal.

Con lo anterior se sustenta también la denotación de este supuesto delictivo como un delito de peligro, porque sólo se arriesga el equilibrio del proceso electoral y la debida función pública; asimismo encaja la determinación de tenerlo como un delito instantáneo con efectos permanentes.

Al parecer la confusión del Ministerio Público radica en la tipificación del supuesto jurídico como un delito material, cuando solamente es formal, y la causa podría ser la preinterpretación de la palabra “*apoyo*”. Así, se supuso unilateralmente que el apoyo habría de ser material, con fondos, bienes, servicios, perdiendo de vista la posibilidad de que se pudiera proporcionar apoyo de forma inmaterial.

Por ejemplo si se demuestra que el servidor público logró que sus subordinados, se afiliaran como militantes del partido, o que los persuadió de convertirse en promotores del voto, o los convenció de votar por un candidato o partido (esto último difícilmente se podría demostrar si el voto es secreto, a menos que el candidato o partido ganará la elección, y aún en ese caso sólo podría suponerse que fue determinante la votación de ciertas personas para el triunfo electoral), etc. Esto significa que el apoyo que se puede proporcionar puede ser material o inmaterial, pero el Ministerio Público no lo contempló.

El Ministerio Público prefirió asertóricamente referir que el apoyo que indica el tipo penal es de índole material, con lo cual le es posible deducir un delito material con resultado y nexo causal. Por supuesto, como se ha señalado esto no parece correcto, y por eso todo ese aspecto que pretende haber probado el Ministerio Público contundentemente, no puede tomarse en cuenta como válido.

Lo que debió haber probado el órgano de la acusación, era la forma de realización de la conducta, es decir, el tiempo, lugar, modo y ocasión en que se proporcionó apoyo al candidato o partido que precisa el tipo penal. El elemento relevante en este delito es la forma de realización de la conducta, lo cual obligaba a acreditar particularmente el modo de ejecución, ¿cómo se proporcionó apoyo al candidato a través de los subordinados del servidor público en cuestión?

Y aunque la primera respuesta a lo anterior es que con el simple *uso* del horario laboral de los subordinados, de manera ilegal, se cubre la forma de realización de la conducta (de hecho el Ministerio Público se circunscribe a la demostración del cuerpo del delito basado en esta respuesta, y aún así el delito sería sólo formal), en realidad, abarca mucho más que el sólo *uso ilegal* del horario laboral de los subordinados.

Dentro de la respuesta a ¿cómo se proporcionó apoyo? además se tenía que haber contestado a las preguntas: ¿quiénes, cuánto y qué se aportó en apoyo al candidato?, por ejemplo ¿quiénes fueron persuadidos de votar por el candidato?, ¿quiénes se incorporaron al partido del candidato?, ¿quiénes se comprometieron a hacer proselitismo en favor del candidato?, es decir, tendría que haberse comprobado el cumplimiento de cualquier compromiso adquirido que beneficiara al candidato en cuestión.

La forma o el modo en que se proporcionó apoyo al candidato es en esencia el elemento relevante a probar en la forma de realización de la conducta o cuerpo del delito, y no basta que se demuestre el uso ilegal del horario laboral de los subordinados, puesto que la palabra *usando* que se emplea en el tipo penal es un gerundio que expresa la acción del verbo como ejecutándose en el tiempo, añadiendo una función adverbial, es decir, calificando el verbo³⁷, por lo que puede validamente interpretarse que la conducta en el tipo es *proporcionar apoyo* y la palabra *usando* califica dicha acción al aludir al tiempo, y en efecto, en seguida se dice en el tipo penal “*usando del tiempo*”, entonces esta parte indica una referencia temporal, otro elemento del tipo, diferente a la conducta, aunque no indiferente porque la califica.

³⁷ *Nuevo Larousse Básico*. México. Samra. 1989. p. 687

Este es probablemente el error más grave en que incurre el Ministerio Público, la confusión entre la conducta y una circunstancia temporal. Así, se dedica a argumentar sobre un supuesto *uso ilegal* del horario laboral de los subordinados, para terminar figurándose haber demostrado de forma contundente según sus propios términos, que con el sólo traslado de los supuestamente subordinados del indiciado (no todos lo eran) a un evento proselitista durante su horario laboral, se tipifica la conducta delictiva, cuando de acuerdo a lo anotado, simplemente se acredita una referencia de tiempo que exige el tipo penal.

Por esa confusión, al leer el pliego de consignación surgía la interrogante: ¿cómo puede proporcionarse apoyo a un candidato con el simple traslado o asistencia a un evento proselitista en horario laboral, aún por indicación del superior jerárquico, si no se verifica en términos cuantitativos o cualitativos dicho apoyo?, ¿cómo ubicar un hecho del ser que parece lícito (incluso a raíz de la orden del superior jerárquico) dentro del mundo del deber ser?, pues la base para discernir si se realizó o no, una conducta ilegal, residía precisamente en establecer en qué consistía tal apoyo, elemento que nunca se acreditó³⁸.

Por esta circunstancia la argumentación del Ministerio Público sobre la acreditación del cuerpo del delito se revela completamente incorrecta, y por tanto la ulterior consignación carece de argumentos idóneos sobre su validez racional y jurídica.

Posteriormente no resulta probable que se pueda considerar a los subordinados como las personas en quienes recae la injuria, en este particular el supuesto jurídico precisa que es a través de éstos como se realiza la conducta, por lo cual se señala en el análisis dogmático de una hipotética defensa, que los subordinados más bien constituirán los medios comisivos. Luego, el sujeto pasivo es la sociedad o el pueblo soberano, pues no se ve de qué manera podría afectarse al Estado a través del IFE con la realización de la conducta delictiva.

³⁸ Berumen Campos, Arturo. *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. Op. Cit., p. 77. “la acreditación empírica de un hecho empírico, sin mayor determinación normativa o subjetiva sería suficiente para tener por demostrado el cuerpo del delito...un hecho puramente natural, acreditado de una manera natural, tiene consecuencias normativas graves, es decir, de un ser se hace derivar un deber ser, lo que contradice toda la lógica normativa, desde Hume, Kant y Kelsen, que establece que un deber ser sólo puede derivarse de otro deber ser...”.

Sucesivamente al no establecerse un objeto material no hay resultado, ni nexo causal, por lo que no se verifica una *mutación fáctica* como asevera el órgano de la acusación, toda vez que se trata de un delito de peligro y no de lesión, por lo que tampoco se puede sostener el argumento sobre una lesión al equilibrio y la equidad del proceso electoral con la simple asistencia a un evento proselitista, por orden del superior jerárquico de los supuestos subordinados del inculpado, pues el objeto jurídico sólo se pone en riesgo.

Hasta aquí se tienen aclaradas las posturas hipotéticas de ambas partes, en lo consecutivo se abundará sobre los argumentos de la hipótesis de la defensa como desempeño a la problematización de la hipótesis de acusación.

Para que la autoridad se encuentre en aptitud de decidirse sobre la comisión de un delito, es indispensable que compruebe tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable, esencialmente. Y en este caso se observan como argumentos a favor del inculpado los siguientes:

1. Atipicidad. En lugar de comprobar la conducta, el órgano de la acusación ofrece probar plenamente una circunstancia de tiempo exigida por el tipo, con la intención de que se tenga por acreditada la conducta, lo cual resulta completamente ilegal e irracional. Derivado de una serie de confusiones enraizadas en el erróneo análisis dogmático que llevó a cabo el Ministerio Público, y que fundamentalmente se originó con el tratamiento equivocado de este delito como material en lugar de formal, se pretendió tipificar el delito con la sola acreditación de una referencia temporal (“*usando del tiempo correspondiente a sus labores*”), la cual exclusivamente tiene la función calificar la conducta (“*proporcionar apoyo*”).

La acreditación de la tipicidad de este delito obligaba al órgano de la acusación a presentar las pruebas pertinentes sobre la forma de realización de la conducta o cuerpo del delito, relativas no sólo al tiempo, sino especialmente al modo, así como al lugar en que se proporcionó dicho apoyo. De ahí que no se advierte comprobada la adecuación de la conducta al tipo, con este argumento bastaría para anular la hipótesis de acusación contra el inculpado³⁹.

³⁹ “PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. [La importancia del

2. Excluyente del delito. En el comienzo de la averiguación previa se puede apreciar, y todavía mejor en la supuesta confesión del imputado, así como en algunos de los testimonios, la causa de justificación denominada *cumplimiento de un deber*⁴⁰. El Ministerio Público excluyó unilateralmente de la investigación esta causa de justificación, dejándola sin tematizar a pesar de lo indispensable que resultaba como ingrediente relevante de la situación, para la reconstrucción coherente de los hechos, pues de haberla estudiado probablemente se habría descubierto al superior jerárquico del indiciado, en complicidad con el candidato en cuestión, como los auténticos responsables en la comisión del delito, revelando simultáneamente la intención de desviar la responsabilidad incluso en un inocente, en este caso, el indiciado.

En virtud de ello se advierte que el Ministerio Público actuó de forma estratégica, con el fin de consignar a cualquier costo al indiciado, para lo cual aprovecha las lagunas legales del discurso jurídico de las pruebas, como la utilización discrecional del interrogatorio judicial y el correlativo lenguaje perlocucionario en el metalenguaje del acta de las diligencias, en función de la subordinación a un derecho penal máximo.

El resultado es una hipótesis de acusación endeble, cuando se percibe claramente que el imputado actuó lícitamente, al acatar la orden de su superior jerárquico, pues a la vez se ocultó deliberadamente que el inculpado también era subordinado.

En ese sentido de forma perlocucionaria se elabora mediante un discurso oscuro, la posición del indiciado como superior jerárquico, que lo apersona como el sujeto activo del delito, indicando que es el director de área cuando realmente ni siquiera se demuestra de forma eficaz,

*elemento] tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico...[es el fundamento del principio de legalidad, del que se derivan los principios de]... taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley...[así como el principio de] plenitud hermética... [relativo a la] exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, [de acuerdo al] artículo 14 constitucional que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.". *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, XXIII, Febrero de 2006, Tesis: II.2o.P.187 P. Tesis Aislada, p. 1879.*

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=175846&cPalPrm=TIPICIDAD,&cFrPrm=>, 23/06/2008, 20:18 p.m.

⁴⁰ "El delito se excluye cuando: VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;". Art. 15 CPF.

con la constancia presentada por el Ministerio Público, que acredita al imputado como subdirector de área. Pero sobre todo resulta muy sospechoso, que el Ministerio Público haya omitido citar a los mandos superiores, a los miembros del sindicato, y a la gente de la campaña del precandidato en cuestión, señalados en diversos testimonios, y de los cuales se puede advertir que se trata de los verdaderos responsables en la comisión del delito, este hecho confirma la acción estratégica asumida por el Ministerio Público en el desarrollo de la averiguación previa.

Y todavía yendo más lejos en su irracionalidad, el Ministerio Público manejó que nunca se comprobó la existencia de la orden superior acatada por los subordinados que incluían al indiciado, incluso se aseguró que el indiciado por propia voluntad realizó la conducta, o sea, que por su supuesto nivel de superior jerárquico dio la orden referida reconociendo plenamente su actuar delictivo, argumentos que el Ministerio Público en momento alguno demostró.

Por consiguiente una hipótesis de defensa tendría que argumentar, en el supuesto de que el Ministerio Público hubiese acreditado debidamente el cuerpo del delito relativo, que el inculcado actuó conforme a lo que se conoce como *autoría mediata*:

“AUTORÍA MEDIATA. SE ACTUALIZA ESTA FORMA DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, CUANDO EL ACTIVO SE VALE DE UNA PERSONA EXCLUIDA DE RESPONSABILIDAD POR CARECER DE CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD, PARA QUE REALICE LA CONDUCTA TÍPICA QUERIDA POR AQUÉL. “...la doctrina dominante ha definido al autor mediato como aquel que realiza el resultado querido utilizando a otro como mero instrumento para que efectúe la conducta típica, siempre y cuando este último desconozca lo ilícito de su proceder; es decir, los autores mediatos son los que realizan un delito valiéndose de una persona excluida de responsabilidad, ya sea porque actúa sin libertad (con violencia) o sin conocimiento (error) o cuando es inconsciente de la trascendencia penal de lo que hace (inimputable) o en determinados casos cuando actúa en condiciones de obediencia jerárquica por razones de subordinación legítima, hipótesis todas éstas en las que el sujeto utilizado como instrumento no será responsable por carecer de conocimiento y voluntad.”⁴¹

En concordancia con la tesis precedente, de haberse probado la tipicidad de la conducta, se tendría que excluir la responsabilidad del inculcado porque actuó bajo un *error de derecho*, en virtud de que desconocía completamente la ilicitud de su conducta al acatar la orden recibida por

⁴¹ *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, XXIII, Enero de 2006, Tesis: III.1o.P.70 P, Tesis Aislada, p.2327.

su superior jerárquico, pues ignoraba totalmente que pudiera estar prohibida penalmente, y con ello incurría en un error de derecho que determinaba la actuación culposa del inculpado, e incidía eventualmente en la minimización de la pena⁴².

Para probar lo anterior también es indispensable diferenciar entre lo *incorrecto* y lo *ilegal*, puesto que el Ministerio Público afirma que el indiciado conocía la antijuricidad de su proceder, porque en su declaración señalaba que le parecía *incorrecta* la orden que recibía, un poco más adelante se hace referencia a esta distinción⁴³.

Para finalizar se hace una lista sobre las inconsistencias lógicas en los hechos, indicios y pruebas que aporta el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, a las cuales se hace referencia acto continuo.

1. Falacia abstractiva. Es sospechoso que la autoridad no haya estructurado la investigación comenzando con los datos obtenidos en la denuncia, de donde se desprenden los nombres de quienes probablemente planearon la conducta delictiva⁴⁴.

2. Estrategia de investigación perlocucionaria. La averiguación previa da comienzo con la declaración de uno de los subordinados del imputado que asistió al evento proselitista. La pregunta es cómo o por qué se llegó al nombre de este declarante, este elemento es sustraído estratégicamente de la investigación, a pesar de que el Ministerio Público Federal tiene la obligación de justificar la citación de todo declarante, pero aquí se pasa por alto este deber.

⁴² “El delito se excluye cuando: VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.” Art. 15 CPF.

⁴³ Ver *infra* punto 7. Refutación de los argumentos del Ministerio Público sobre la notoria ilicitud de la supuesta orden dada por el imputado a sus subordinados.

⁴⁴ Por ejemplo el Secretario General de la Federación de Trabajadores al Servicio del Estado, los miembros del comité del sindicato de la institución en cuestión, su Oficial Mayor, el Coordinador de la campaña del candidato del partido, el Coordinador del programa de servidores públicos que apoyaron la campaña del candidato, y especialmente el Director General de la institución quien de acuerdo a la denuncia como a la declaración del inculpado, es uno de los probables autores intelectuales, lo mismo el Director de Área que presidió el evento (y que no era el imputado). Estas eran las personas que por simple sentido común tenían que haber sido llamadas a declarar. Cabe resaltar que de la denuncia no se desprende el nombre del imputado.

3. Inconsistencias lógicas en la acreditación de los elementos normativos del tipo. En la supuesta demostración de la calidad de servidor público del indiciado, es incoherente presentar constancias sobre la función de Subdirector de Área del imputado, para acreditar que fungía como Director de Área temporalmente durante la ejecución de la conducta, resultando una contradicción performativa que revela la incongruencia entre el argumento y la prueba, o la intención inmoral del Ministerio Público de fabricar discursivamente los hechos, para reproducir ficticiamente al imputado como superior jerárquico.

4. Incongruencias en los argumentos para probar la referencia temporal exigida por el tipo penal. Aunque sólo es una parte de la forma de realización de la conducta en este delito, en su confusión, el Ministerio Público logró inducir con argumentos inadecuados que el horario laboral de los empleados en cuestión era de 9 a.m., a 18 p.m., con una hora de comida, siendo que bastaba remitirse a la declaración de los comparecientes, en las que todos sin excepción afirmaron que el evento proselitista se realizó en horario laboral.

5. Si no hay conducta no hay antijuricidad específica. No obstante y suponiendo que el Ministerio Público hubiera acreditado la conducta, típica, tenía el deber de inducir con argumentos adecuados la antijuricidad específica que exige el tipo penal, en cambio, se limitó a definir el término “*legal*” para aplicarlo a la función de los servidores públicos, y encuadrar la supuesta conducta ilícita del imputado, cuando éste se *desvió* de su función pública al *distraer* a sus subordinados de las actividades oficiales para las cuales fueron contratados, *cuando los instruyó* para que acudieran a un evento proselitista, como si sólo con la instrucción transmitida e incluso con la simple asistencia se verificara la ilegalidad a la que se refiere el tipo penal.

6. Irracionalidad de la prueba confesional. La principal prueba que soporta la hipótesis de la acusación es la supuesta confesión del indiciado, en la cual se aprecian una serie de patologías en su obtención como en su valoración de conformidad con lo siguiente.

El Ministerio Público estratégicamente omite llamar a las personas que por sentido común aparecen como los probables responsables de los hechos que se indagan, en relación con el orden

político del asunto, por lo que para resolver la situación sin dañar las intenciones políticas de los implicados, la autoridad de forma irracional se dispuso a buscar un chivo expiatorio.

Acto continuo y de modo perlocucionario la autoridad excluye la parte inicial de la estrategia de investigación: la denuncia, y luego digamos que *demiúrgicamente* o mágicamente, porque no se explicó cómo se arribó a tal declarante, se presenta el testimonio de uno de los subordinados del indiciado. Gradualmente fueron llamados ahora sí, las personas que surgieron de ese testimonio, sospechosamente se citaron en exclusiva los subalternos del indiciado, y sólo uno de los declarantes era Subdirector de otra de las áreas de la institución, como el imputado.

Todos los declarantes aseguraron que recibieron la invitación del imputado de asistir al evento proselitista de mérito, que se llevó a cabo en horario laboral. Hasta aquí se tiene ya una verdad fáctica es decir, hechos coherentes que posiblemente son delictivos o sea, ajustados a una verdad jurídica, más adelante esta *no contradicción* entre los testimonios sirvió para que la autoridad definiera la *probable responsabilidad* del inculpado, sin que se hubiese establecido ningún grado, sólo refiriendo una posible responsabilidad.

De este modo es como el Ministerio Público obtiene los hechos e indicios que le permiten entrever la posibilidad de atribuir subrepticamente a quien posteriormente sería el indiciado, la responsabilidad de los hechos que se investigaban y al final se cita a comparecer al imputado. Cuando éste declara se le oculta deliberadamente la estrategia de investigación, lo que equivale en la confesión a que el confesante *no tenga pleno conocimiento del proceso y del procedimiento en el que participa*, lo cual destruye la validez de la prueba.

Debe aclararse que el imputado es convocado a rendir una simple declaración con motivo de reconstruir coherentemente los hechos que se investigan, es decir, nunca fue convocado en calidad de testigo propiamente, ni como sospechoso, o indiciado. De ahí se deriva que el Ministerio Público estratégica e instrumentalmente, con el fin de fabricar el delito inculpando a un inocente, somete al declarante a presentar un testimonio, permitiéndole deponer sin la asistencia de un defensor, lo cual resulta muy conveniente para formular un interrogatorio

discrecional, que sirva para el éxito a cualquier precio al que se ajusta el proceder del Ministerio Público.

Pero ahí no queda la actuación irracional de la autoridad, todavía después al momento de resolver el ejercicio de la acción penal, propone como prueba fundamental de su acusación, la confesión del inculpado, afirmando que el acusado reconoció que cometió la conducta delictiva⁴⁵. Como se ha venido observando, todo esto responde a una performación de los hechos. La pretendida confesión no cumple con los requisitos legales y constitucionales para su validez, en esencia porque se requiere que el confesante tenga pleno conocimiento del proceso y del procedimiento en el que participa, además es indispensable que sea asistido por un defensor, por esos motivos ni siquiera sería necesaria la argumentación a favor del inculpado de la retractación de la confesión, pues nunca se constituyó válidamente, en cambio se implementó una confesión ficta al atribuir injustificadamente al inculpado, el reconocimiento de haber participado culpablemente en la realización del hecho delictivo.

También puntualiza el Ministerio Público que tal confesión es divisible porque aún cuando el imputado agrega una causa de justificación (cumplimiento de un deber) en su supuesto reconocimiento de responsabilidad en la comisión del delito, no la acredita. Pero es que el Ministerio Público jamás se molestó en indagar nada al respecto, no obstante que era obligada su investigación. Finalmente se termina con cualquier posibilidad de absolver inmediatamente al inculpado, cuando una vez dictada la orden de formal prisión el juez aplica unilateralmente el principio de inmediatez procesal, para tener como válida la primera declaración del inculpado, con lo que se reviste de una mayor irracionalidad a todo el proceso. Una vez en la instrucción el juez sin justificación, deja de admitir las testimoniales que ofrece la defensa para convocar a rendir declaración a los autores intelectuales que se dejan entrever de los hechos e indicios.

7. Refutación de los argumentos del Ministerio Público sobre la notoria ilicitud de la supuesta orden dada por el imputado a sus subordinados. Los elementos de la conducta son la voluntad y el acto físico de hacer o no hacer. La acusación afirmó haber probado la presencia de volición en la ejecución del delito con fundamento en los indicios que presentó sobre la probable

⁴⁵ “...dicho indiciado aceptó haber ejecutado la conducta típica,...”. Foja 913.

responsabilidad del procesado. Como se apuntó, no se acreditó el cuerpo del delito y menos se demostró la probable responsabilidad del encausado, por tanto no hay argumentos racionales fuertes que hagan suponer que el inculcado actuó *motu proprio*.

Con referencia a la ilicitud de la orden se discierne que aunque el acusado percibe que no es correcta la orden que recibe, no cuestiona su ilegalidad pues no tiene conocimiento de que pueda ser antijurídica, como los otros subordinados que fueron al evento, pues seguramente de haberlo sabido no hubiesen asistido, ni el indiciado hubiera acatado la orden que recibía.

Pero eso no obstó para que el Ministerio Público predeterminara que *lo correcto* y *lo ilegal* son sinónimos y con base en ello decidir la ilegalidad de la conducta. Lo legal puede ser lo correcto, pero no todo lo correcto es legal, así el indiciado se situaba en éste supuesto, pues no tenía idea de que la orden podía ser delictuosa. Falta la notoriedad de la ilicitud. Igualmente no puede aceptarse el argumento del Ministerio Público relativo a las circunstancias personales del imputado, para afirmar que actuó con dolo por tener una formación universitaria y ejercer un cargo público, porque no se implica que tuviera conocimientos de derecho penal.

Probablemente la conclusión más destacada del examen comunicativo de este caso concreto es la decisión sobre la consignación sin racionalidad comunicativa y alejada del garantismo penal, lo cual hace ostensible que la violencia punitiva en este caso fue condicionada a su vez por la violencia, lo cual se haya completamente vinculado a la manifiesta tendencia a la maximización del derecho penal mexicano.

CONCLUSIONES

1. La irracionalidad en el discurso jurídico y práctico de la prueba confesional civil, aparece como un efecto sistémico que se reproduce autopoiéticamente, a partir de su noción legal, la cual se encontró comunicativamente patológica, por razón de su preinterpretación, del intento de sustentarse en una pretenciosa verdad judicial absoluta, y por una manifiesta función performativa, todo lo cual la designa como una concepción abstracta o irracional. En este caso la violencia del discurso jurídico condiciona la comunicación racional, por lo que no se estima que dicha violencia sea legítima, y por tanto, se requiere su redeterminación concreta, de otro modo se prevé una baja efectividad y eficacia para la reconstrucción coherente y lingüística de los hechos controvertidos.

El efecto sistémico que presenta la red conceptual de esta prueba, se expresa a través de la anexión de un supuesto lenguaje técnico jurídico, un diseño de ejecución asertórico y por excepción hipotético, por la prohibición del abogado del absolvente para asistirlo en la práctica de la prueba, la aplicación de la confesión ficta, la excepción de probar hechos notorios, irrelevantes, presumidos, así como el impedimento para ofrecer pruebas contra hechos confesados o admitidos, entre otras figuras como la aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal.

2. Particularmente el lenguaje técnico jurídico de la confesión civil, integrado por las palabras: articular, articulante, absolver, absolvente, posiciones, y la frase “diga si es cierto como lo es”, se encontró completamente patológico e innecesario para una comunicación racional, en virtud de su preinterpretación, de su conformación por actos de habla emotivos, y de su función perlocucionaria, cuya intención oculta parece ser la de impactar psicológicamente a las partes procesales. Este pretendido lenguaje técnico jurídico, centro del estudio lingüístico de esta prueba, aporta los más importantes resultados para verificar, que la irracionalidad en la estructura del discurso jurídico de la prueba confesional y su práctica, se encuentra subordinada a la patología de violencia abierta con la que se ha definido a la confesión civil.

3. La fase probatoria tiene por objeto inducir la verdad judicial, por medio de la argumentación de las partes en conflicto, por lo que la ley y la autoridad deberán conducirse conforme a la ética de los principios, toda vez que durante el proceso, subsisten las posibilidades de consenso. Por consiguiente, las pruebas tienen por objeto principal e independiente de su aportación individual, la reconstrucción coherente y lingüística de los hechos, de ahí que la prueba confesional civil, en su orientación a perjudicar a quien la efectúe, no se justifique dentro de la ética de los principios.

Es probable que esta prueba se ideó como acción instrumental bajo la ética de la responsabilidad, al asumir asertóricamente que en la fase probatoria se han agotado las posibilidades de consenso, y que las partes se limitarán a realizar acciones irracionales para anularse mutuamente, con el fin de ganar el éxito a cualquier costo; por eso anticipadamente y sin razón comunicativa, la ley optó por la ética de la responsabilidad, supuestamente para frenar a las partes instrumentalmente, en su actuar irracional e incentivar la inducción de la verdad judicial, lo cual no parece ni racional ni eficaz.

4. La resultante confesión civil instrumental pretendiendo la ética de la responsabilidad, significó imponer actitudes asertóricas a las partes procesales, afectar la problematización y desempeño, así como la tematización de los ingredientes relevantes de la controversia, limitar al mínimo la interacción con el diseño de ejecución, calificar con valor pleno la confesión expresa y los hechos admitidos, filtrar hechos notorios, irrelevantes, y presumidos, para regular una interacción que se predeterminó patológica.

Efectivamente se provoca una interacción irracional entre las partes o dialéctica negativa con el uso de esta prueba, en tanto el oferente activa una acción instrumental con intención infundada de perjudicar a su contraparte, lo cual obstruye toda posibilidad de acuerdo y sobre todo aleja el auténtico propósito de reconstruir coherentemente los hechos. Al absolvente, no le queda más que sortear la irracionalidad de la prueba, por ejemplo aprovechando los comentarios de su respuesta asertórica, apelando a la preinterpretación de hechos propios, tendría que tener la ventaja de ser abogado y formular posiciones a su turno, o bien refutar la confesión de la que fue objeto por medio de otras probanzas.

5. La redeterminación de la confesión civil abarcaría: tenerla como declaración de parte, reorientar su objetivo a la inducción de la verdad judicial, valorarla sin excepción como indicio en concordancia con las demás pruebas, la posibilidad de refutarse, la exigencia de tematizar elementos relevantes de la controversia y máxime ante la sospecha de contradicciones performativas o falacias abstractivas vinculadas con hechos confesados o admitidos, hechos notorios, hechos presumidos, hechos irrelevantes e incluso imposibles; prescindir del lenguaje técnico jurídico, aplicar medidas de apremio o la deserción de la prueba en lugar de la confesión ficta, restituir el derecho al absolvente de ser asistido por un abogado, procurar una declaración ilocucionaria y valorarla en su integridad, instruir un interrogatorio flexible, abierto o hipotético, observando de ser posible las pretensiones de validez de los actos de habla; cambiar la percepción de los hechos propios por la de hechos conocidos, ampliar los supuestos del incidente de nulidad a cada pretensión de validez comunicativa.

6. El discurso jurídico de la prueba testimonial civil se encontró en la ética de los principios, orientada al entendimiento mutuo, con base en el reconocimiento que la ley hace de las partes como sujetos capaces de desarrollar la comunicación racional para inducir la verdad judicial. El concepto doctrinal que se evaluó a falta de un concepto legal propiamente, se presentó concreto, al establecer que se trata de una prueba, y por ende con objeto de colaborar en la reconstrucción coherente y lingüística de los hechos controvertidos, con la pretensión específica de satisfacer la pretensión de veracidad de los mismos, a través de las declaraciones aportadas de quienes conozcan algún elemento relevante de la controversia.

Los aspectos que deben estimarse para su valor indiciario contribuyen también en la racionalidad que muestra esta prueba. Primordialmente al considerarla un indicio se corresponde con la idea de una verdad judicial probable, posibilitando simultáneamente su refutación, con relación al cumplimiento de requisitos que resultan paralelos a las pretensiones de validez comunicativa.

7. La disposición hacia la comunicación racional del discurso jurídico de la prueba testimonial civil, deviene del establecimiento de factores que promueven la tematización de ingredientes relevantes de la situación, la superación de falacias abstractivas y contradicciones performativas, así como la asunción de actitudes hipotéticas en los participantes. Esta coyuntura permite que los oferentes se vean obligados a presentar los mejores argumentos, que generen auténticas versiones complementarias, en tanto la coherencia es el principal cimiento de la verdad judicial, lo cual designa a este medio de prueba como un instrumento altamente efectivo y eficaz. El buen resultado del examen lingüístico de la testimonial civil podría derivarse del hecho de percibir al declarante, como auxiliar del juicio y no como quien actúa buscando el éxito a cualquier precio, que puede ser el caso del actor y del demandado. Posiblemente los aspectos superables versarían sobre la conveniencia de sumar pretensiones de validez de veracidad y rectitud a los requisitos de formulación del interrogatorio, así como la incorporación de la desestimación de las preguntas en lugar de los casos en que se exige elaborar preguntas afirmativamente.

8. Partiendo de la denotación legal de la prueba pericial civil se obtuvo que tiende hacia la racionalidad discursiva y la gramática jurídica para su ejecución la registran como acción orientada al entendimiento mutuo, efecto de su concepción desde la ética de los principios, cuyo objeto parece ser el de reconstruir la verdad judicial con el cumplimiento de una pretensión de claridad, en razón de su propósito de tematizar elementos relevantes de la situación, con la actuación de un perito. Se ratifica su línea racional con su valor indiciario basado en la observancia de exigencias afines a las pretensiones de validez comunicativa, las cuales son problematizables desde su admisión. El diseño de ejecución se muestra hipotético, al prever en su desahogo la participación igualitaria de los interesados en una argumentación presumiblemente seria. La práctica de la prueba se supone en condiciones que posibilitan un lenguaje ético, perennemente revisado por los interlocutores, para conseguir el entendimiento mutuo en los puntos a resolver por la pericia, en esa medida la pericial civil cuenta en general, con amplias posibilidades de ser efectiva y eficaz. El único problema que habría que revisar es la opción judicial de resolver con un solo dictamen en caso de rebeldía de alguna o de ambas partes.

9. La conclusión más importante después de los análisis discursivos de la prueba confesional civil, testimonial civil y pericial civil, es que paradójicamente, una reglamentación sencilla puede procurar mejores resultados de racionalidad, siempre que contemple las condiciones mínimas para la realización de una comunicación racional.

En ninguna de las tres pruebas se percibió que el metalenguaje fuera un problema importante, no obstante, si debe atenderse al empleo de los medios tecnológicos idóneos para que el acta reproduzca literalmente lo dicho en las audiencias. Por otra parte también sería conveniente que los burócratas presentaran declaraciones personalmente.

10. El discurso jurídico de la prueba confesional penal en general, se distingue como acción orientada al entendimiento mutuo, en la ética de los principios, al parecer en reciprocidad con la esencia de la prueba basada en la intención del confesante de asumir su probable responsabilidad en la comisión de un delito, pues para confesar se requiere previamente estar conforme con las consecuencias. Este trazo le otorgaría a la prueba por sí mismo, alta efectividad y eficacia para la reconstrucción coherente y lingüística de los hechos. Así, el concepto legal de esta prueba no presenta patologías; sin embargo la red conceptual adolece de serias deficiencias procesales que benefician la reproducción sistémica de las patologías comunicativas del derecho penal máximo actual.

Su red conceptual la refiere como prueba con objeto de inducir la verdad judicial, probablemente, en especial a través de la satisfacción de pretensiones comunicativas de verdad y veracidad; también se clasifica como indicio, condicionado por las demás pruebas, así como por la solventación de requisitos constitucionales y legales establecidos que resultan equivalentes a las pretensiones de validez comunicativa; de igual modo se señala la distinción entre confesión divisible e indivisible, con el fin de excluir el delito o minimizar la pena; asimismo se establece el propósito de generar una confesión ilocucionaria prescindiendo de la confesión ficta; además se contempla la figura de la retractación, en lo que comunicativamente se asemejaría a la problematización de la pretensión de rectitud.

11. Las patologías del derecho penal actual surgen sistémicamente entre las insuficiencias procesales de la gramática jurídica de la prueba confesional penal. Tales vacíos se ubican en la falta de un procedimiento para interrogar y en la usual omisión de la transcripción de las preguntas en el acta respectiva; al igual que en la inadecuada previsión del derecho a la defensa, que permite tomar el cargo a una persona de confianza del declarante y no un perito en derecho penal, incluso se puede dejar en estado de indefensión al admitirle renunciar a su derecho (capítulo 4); luego la aplicación asertórica del principio de inmediatez procesal, supuesta acción instrumental en la ética de la responsabilidad que inutiliza la retractación. Dichas faltas operan como acciones instrumentales y estratégicas, como filtros de la estrategia en la indagatoria de la autoridad que facilitan la fabricación discursiva de los hechos para absolver o condenar sin razón comunicativa. Factiblemente es más grave inculpar sin justificación, cuando el derecho penal vigente se ciñe a la presunción de culpabilidad sobre la de inocencia, orillando al afectado a probar su descargo desde prisión. Habrá que adecuar las garantías procesales señaladas, e implementar el deber judicial de dar prioridad a la retractación o problematización de la declaración, y el de argumentar la aplicación de principios generales del derecho.

12. El discurso jurídico de la prueba testimonial penal tiende a la racionalidad, abarcando bases como la noción de testigo que no resulta patológico, y el carácter de prueba para inducir la verdad judicial con valor indiciario en relación con las otras pruebas y demás requisitos legales, que le asignan expectativas de efectividad y eficacia. Según se ha visto, resulta medular en la racionalidad, la consideración del testigo como auxiliar y no precisamente como probable responsable. El diseño de ejecución aparece hipotético por integrar: medidas de apremio, la excepción de declarar a quienes no puedan asumir una actitud hipotética, la protesta de decir verdad y la razón del dicho del testigo intentando solventar pretensiones de validez de verdad y veracidad; la viabilidad de participar de todos los interesados; la formulación libre e hipotética del interrogatorio condicionada por la pertinencia de las preguntas; la objeción fundada de las preguntas y la prohibición del defensor de inducir las respuestas en su asistido; la posibilidad de problematizar con otras pruebas la veracidad del testimonio; y la revisión de exigencias análogas a las pretensiones de validez comunicativa desde el desahogo de la prueba para valorarla.

13. A pesar del grado de racionalidad encontrado, la prueba testimonial penal es afectada por la irracionalidad del sistema penal que rige, por insuficiencias procesales en conjunción con el actuar orientado al éxito a cualquier costo de los funcionarios públicos, que la tornan un instrumento irracional. Padece las mismas patologías que la prueba confesional penal, a diferencia resaltó la transcripción de las preguntas en exclusiva para el caso de declaraciones de elementos policíacos, al parecer en concordancia con la operación subrepticia de la investigación. También la confusión entre posible y probable en las declaraciones con respecto a ingredientes relevantes que favorecen la performación de los hechos. Todas, insuficiencias que tamizan prácticas injustificables de la autoridad, en su supuesta acción contra la inseguridad pública y la impunidad, por sobre los derechos humanos, lo cual es inadmisibile dentro de la ética de la responsabilidad como se pretende justificar. Así, pueden tergiversarse simples declaraciones en auténticas confesiones fictas, por lo que quien apoye en una investigación penal podría ser privado de la libertad si alguien indica que tuvo participación en la comisión del delito sobre el que se indaga.

14. La redeterminación de la prueba testimonial penal además de las recomendaciones para la confesión penal, incluye el cumplimiento de la exigencia de justificar la inclusión o exclusión de declarantes potenciales, la no permisión de la performación de declaraciones, el señalamiento de grados de probabilidad en la responsabilidad del inculpado, el seguimiento de las reglas para formular el interrogatorio; la obligación de la autoridad de justificar la estrategia de investigación, tal vez al modo del procedimiento para interrogar del jurado popular o el relativo a menores de edad, para encontrar *“la explicación clara sobre el alcance y objetivo de la diligencia”*, y hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos que no cumplan con las obligaciones anteriores mediante las sanciones correspondientes, que deben considerar sanciones por abuso y ejercicio indebido.

15. El discurso jurídico de la prueba pericial penal a partir de su denotación legal se muestra racional así como su red conceptual. Con motivo de su establecimiento como prueba con valor indiciario, cuyo propósito específico es el de contribuir en la satisfacción de la pretensión de claridad de los hechos. El discurso jurídico de esta prueba establece las condiciones para una probable situación ideal de habla, por ejemplo la participación de los interesados, la formulación de un interrogatorio flexible con amplias posibilidades de desempeño. Se localiza como medio idóneo para producir un lenguaje ético, constantemente revisado por los interlocutores, que le asigna un alto grado de efectividad y eficacia individual.

El resultado de todas las pruebas en general indica que aun cuando su discurso jurídico sea concebido con cierto grado de racionalidad comunicativa, su efectividad y eficacia se subordinan al tipo de acciones que desarrollen las partes que en gran medida están determinadas por el sistema penal en vigor.

PLIEGO DE POSICIONES

PLIEGO DE POSICIONES QUE DEBERÁ DE ABSOLVER LA PARTE DEMANDADA SCOTIABANK S.A., INSTITUCIÓN DE BANCA MÚLTIPLE, GRUPO FINANCIERO SCOTIABANK INVERLAT, POR CONDUCTO DE SU APODERADO LEGAL, EN EL JUICIO ORDINARIO MERCANTIL 1010/2002 PROMOVIDO POR MARCELINO PAN Y VINO, ANTE EL JUEZ DÉCIMO DE LO CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL.

Diga usted si es cierto como lo es:

- 1.-Que su representada conoce al señor Marcelino Pan y Vino.
 - 2.-Que su representada celebró con el señor Marcelino Pan y Vino contrato de depósito bancario de dinero a la vista, al que le fue asignado el número de cuenta no. 00105887143.
 - 3.- Que en virtud del contrato de depósito bancario de dinero a la vista no. 00105887143, su representada le expidió la tarjeta de débito no. 5579 2090 0203 8351 al señor Marcelino Pan y Vino.
 - 4.- Que su representada cargó en el estado de cuenta de depósito bancario de dinero a la vista no. 00105887143 correspondiente al período del 01 al 31 de diciembre de 2001, el importe de un consumo por \$40,899.00 (cuarenta mil ochocientos noventa y nueve pesos 00/100 M. N.) supuestamente efectuado el 29 de diciembre de 2001 en el establecimiento comercial denominado “wal mart”.
 - 5.- Que su representada cargó en el estado de cuenta de depósito bancario de dinero a la vista no. 00105887143 correspondiente al período del 01 al 31 de diciembre de 2001, el importe de un consumo por \$1,797.00 (mil setecientos noventa y siete pesos 00/100 M. N.) supuestamente efectuado el 29 de diciembre de 2001 en el establecimiento comercial denominado “wal mart”.
 - 6.-Que su representada conoce el contenido de la regla novena inciso a) de las reglas a las que habrán de sujetarse las instituciones de banca múltiple en la emisión y operación de tarjetas de crédito bancarias, emitidas por el banco de México, con fundamento en los artículos 24 y 26 de su ley.
- *Me reservo el derecho de formular posiciones orales en el momento de la audiencia.

Protesto lo necesario

México, D.F., a 20 de enero de 2002

ACTA LEVANTADA CON MOTIVO DEL DESAHOGO DE LA PRUEBA CONFESIONAL

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las trece horas del día cuatro de agosto del año dos mil dos, día y hora señalados para la audiencia de pruebas y alegatos en el presente juicio, comparecieron ante el C. Titular del Juzgado Tercero de lo Civil del Distrito Federal, Licenciado Fuego Fatuo, quien actúa ante el Secretario de Acuerdos, Licenciado Bastián Baltasar Bux, los señores Silfo nocturno y Karl Konrad Koreander, asistidos de su abogado el Licenciado Auryn. El Ciudadano Juez declara abierta la audiencia y desahogada por su propia naturaleza las DOCUMENTALES marcadas con las letras b) y c) del escrito de la parte actora, presentado ante el C. Juez Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, el día 25 de julio del año dos mil dos, y la DOCUMENTAL PUBLICA marcada con el número dos del escrito de la misma parte actora, presentado el mismo día ante la autoridad mencionada que ya obra en autos. A continuación califica de legales las **POSICIONES ARTICULADAS** por el señor Gmork y presente el señor Atreyu, queda apercibido de las penas en que incurren quienes declaran falsamente, manifestando bajo protesta de decir verdad, ser mexicano, originario de Fantasía, casado, mayor de edad, de profesión hombre lobo, con domicilio personal ubicado en calle azul celeste. Sujeto a las posiciones calificadas de legales, **contesto a la primera que si es cierto, a la segunda que no es cierto, a la tercera que no es cierto aclarando que el contrato estaba vencido**, etc. En este acto la parte actora, por voz de su abogado, articula las siguientes posiciones adicionales: PRIMERA ADICIONAL que si conoce a los señores Silfo nocturno y Karl Konrad Koreander, SEGUNDA ADICIONAL, que tiene una hija fuera de matrimonio, etc...Calificada de legal la posición que antecede, el absolvente contesto: Que es cierto. Previa lectura ratificó su dicho, firmando para constancia el absolvente al margen. Con lo anterior se dio por concluida la presente diligencia, firmando para constancia los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y Secretario con quien legalmente actúa y da fe.....
.....

C. Juez Licenciado Fuego Fatuo

Srio. de Acuerdos, Licenciado Bastián Baltasar Bux

Silfo nocturno

Karl Konrad Koreander

Gmork

Atreyu

INTERROGATORIO EN UN JUICIO DE USUCAPIÓN

INTERROGATORIO AL TENOR DEL CUAL DECLARARÁN LOS TESTIGOS QUE PRESENTARÉ EL DÍA Y HORA QUE PARA TAL EFECTO SEÑALE SU SEÑORÍA, DENTRO DEL CUADERNO DE PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA, EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 25/2005, RELATIVO AL JUICIO DE USUCAPIÓN PROMOVIDO POR EL C. JOSEF KNETCH EN CONTRA DEL C. PLINIO DESIGNORI, ASÍ COMO DE QUIEN O QUIENES SE CREAN CON DERECHO RADICADO ANTE EL JUZGADO DE LO CIVIL.

Previa toma de sus generales y bajo protesta de ley los testigos dirán:

1. ¿Si conoce a la persona que lo presenta?
2. ¿Qué tiempo tiene de conocer a la persona que lo presenta?
3. ¿Si conoce al C. Plinio Designori?
4. ¿Qué diga el testigo si conoce el inmueble denominado LA MANO VIDENTE ubicado en el rancho chico?
5. **¿Si sabe y le consta** la fecha en que su presentante adquirió la posesión del inmueble antes mencionado?
6. **¿Si sabe y le consta** que su presentante desde el día 4 de agosto de 1976 a la fecha, se encuentra en posesión en calidad de propietario del inmueble referido?
7. **¿Si sabe y le consta** que su presentante ha poseído el inmueble en forma pacífica?
8. **¿Si sabe y le consta** que su presentante ha poseído el inmueble en forma pública?
9. **¿Si sabe y le consta** que su presentante ha poseído el inmueble en forma continua?
10. **¿Si sabe y le consta** que su presentante ha poseído el inmueble de buena fe?

***Que diga el testigo la razón de su dicho.**

PROTESTO LO NECESARIO

Ciudad de México, a 17 de diciembre de 2005

INCIDENTE DE TACHAS

**RACSO ZEDNÁNREH ODEVECA
VS
ACINÓREV ZEUGÍRDOR AVAN
JUICIO ORDINARIO CIVIL
EXPEDIENTE: 254/2003**

**C. JUEZ TERCERO DE PAZ EN MATERIA CIVIL
EN EL DISTRITO FEDERAL
P R E S E N T E**

Racso Zednánreh Odeveca, promoviendo por mi propio derecho en mi carácter de parte actora, ante usted, con el debido respeto comparezco a exponer, que con fundamento en los artículos 371 y 372 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, vengo a objetar en la **VÍA INCIDENTAL** el dicho de los testigos que mi contendiente presentó en la audiencia respectiva, en virtud de su falta de credibilidad, por las siguientes circunstancias:

CIRCUNSTANCIAS

PRIMERA. Por lo que hace al testimonio del C. Vúschvusul, se le debe restar credibilidad a su dicho tomando en consideración que muestra en sus declaraciones un interés personal en beneficiar a su presentante Acinórev Zeugírdor Avan, como se puede apreciar de la respuesta a la tercera repregunta formulada con relación a su idoneidad, refirió el motivo que tiene para venir a declarar en este juicio “...*que se tomen en cuenta los antecedentes que tienen respecto a la señorita Acinórev Zeugírdor Avan...*”, lo cual hace presumir un interés en ayudar a su presentante. Además, el testigo hace apreciaciones subjetivas, al manifestar en la misma repregunta: “...*una persona que rentara un inmueble como el que tiene no haría adecuaciones...*”. Finalmente se sospecha que el testigo fue aleccionado para declarar en la audiencia a su cargo, cuando de la respuesta a la primera de las repreguntas en relación a su idoneidad fue: “...*se entero que iba a venir a declarar en el presente juicio el año pasado...*”, cuando la existencia de éste data del presente, por lo tanto, es imposible creer que no tenga interés en este asunto.

Asimismo, al dar la razón de su dicho señala que “...*le consta todo lo que ha declarado porque una persona que renta un departamento no le haría modificaciones como es la conexión de un nivel a otro como lo es a través de una escalera, esas adecuaciones son realmente altas por lo tanto dice que la señorita Acinórev Zeugírdor Avan es la dueña porque ella le hizo esas adecuaciones a su vivienda, por eso me consta que ella es la dueña del inmueble...*”. La declaración es contraria a lo que el propio demandado confiesa en el inciso s) de la excepción marcada con el número 1 de su escrito de contestación a la demanda, en el cual de manera expresa confiesa que “...*el 14 de octubre de 2000 me cambie a vivir al departamento 3 del inmueble materia de la litis, realizando las adecuaciones estructurales para que ambos departamentos se convirtieran en una sola vivienda...*”. De lo anterior se desprende que el testigo incurre en una falsa declaración porque no es posible que conozca a la señorita Acinórev Zeugírdor Avan desde el año de 1990, mentira que deviene en no darle eficacia probatoria alguna a su dicho, pues su declaración es totalmente contraria a la que su propio presentante ha manifestado en autos.

Por lo anteriormente expuesto, a usted C. Juez atentamente pido se sirva:

ÚNICO. Se me tenga por presentado mediante este escrito en tiempo **OBJETANDO EN LA VÍA INCIDENTAL** el dicho de los testigos presentados por la demandada.

PROTESTO LO NECESARIO

Ciudad de México, a 6 de febrero de 2003

AUDIENCIA DE DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En la ciudad de México, siendo las doce horas del día dos de octubre de 2003, día y hora señalados para la celebración de esta prueba testimonial, ante el C. Juez de lo Civil Lic. Emperador infantil, ante la Secretaria de Acuerdos con quien actúa, Lic. Ave Fénix, comparece la C. Capullo de Magnolia, quien es originaria del Estado de Guanajuato, de ocupación ama de casa, estado civil casada, de cuarenta y cinco años de edad, con domicilio ubicado en el lago cálido caldo, que si sabe leer y escribir por haber recibido instrucción preparatoria y quien en este acto se identifica con una credencial de elector con número de folio FJSKE1212, en la cual aparece su fotografía que concuerda con sus rasgos fisonómicos de la compareciente.....

En consecuencia el C. Juez declara abierta la audiencia y concedido el uso de la palabra a la compareciente dijo: que en esta diligencia presenta a los C. Caíron el centauro y a la C. Vetusta Morla, quienes comparecen a la misma debiendo ser examinados de acuerdo al interrogatorio que anexa al escrito de ofrecimiento de pruebas quienes en esta acto se identifican con sus credenciales para votar expedidas por el Instituto Federal Electoral con números de folio K12 y F54, respectivamente, que concuerdan con los rasgos fisonómicos de los comparecientes, mismos que se tienen a la vista de este personal judicial y se les devuelven por ser de uso personal, para que sean examinados conforme al interrogatorio que tiene presentado mismo que teniendo a la vista el C. Juez las califica de legales y conforme a las mismas se procede al examen de los testigos presentados a quienes se les recibe la protesta de ley, misma que otorgan en debida forma para ser examinados, previa su separación.....

Acto seguido y en la misma fecha, ante el personal judicial se tiene presente al primer testigo quien bajo protesta de ley que tiene otorgada, por sus generales dijo llamarse Caíron el centauro, originario del bosque de los árboles cantores, con domicilio ubicado en fantasía no. 1, de ocupación médico, de estado civil casado, de 37 años de edad, que sabe leer y escribir por haber cursado la instrucción universitaria, de ningún parentesco, amistad con su presentantes o enemistad con ninguna de la partes, por lo que no tiene interés en el presente asunto, examinado como corresponde respondió a las cuestiones de la siguiente manera: que conoce a la C. Capullo de Magnolia, que se encuentra en posesión del inmueble ubicado en el pantano de la tristeza de esta ciudad, que está en posesión del inmueble señalado en la posición inmediata anterior, como propietario, que posee de forma pública desde hace cuatro años, que el día catorce del mes en curso, lo fueron a sacar de su casa quienes se dicen propietarios del inmueble.....

Acto seguido y en la misma fecha, ante el personal judicial se tiene presente al segundo testigo quien bajo protesta de ley que tiene otorgada, por sus generales dijo llamarse Vetusta Morla, originaria del pantano de la tristeza, con domicilio ubicado en fantasía no. 2, de ocupación sabia, de estado civil soltera, de 60 años de edad, que sabe leer y escribir por haber cursado la instrucción primaria, de ningún parentesco, amistad con su presentantes o enemistad con ninguna de la partes, por lo que no tiene interés en el presente asunto: examinado como corresponde respondió a las cuestiones de la siguiente manera: que conoce a la C. Capullo de Magnolia, que se encuentra en posesión del inmueble ubicado en el pantano de la tristeza de esta ciudad junto con el C. Cairón, y que se encuentra igualmente, como propietaria del inmueble señalado en la posición inmediata, que poseen de forma pública desde hace cuatro años, que el día catorce del mes en curso, lo fueron a sacar de su casa quienes se dicen propietarios.....

Con lo que se da por terminada la presente que previa su lectura y ratificación firman los que en ella intervinieron.

Doy

fe.....

C. Juez de lo Civil Lic. Emperador infantil

Sria. De Acuerdos Lic. Ave Fénix

C. Capullo de Magnolia

C. Caíron el centauro

C. Vetusta Morla

EXTRACTO DE UN ESCRITO DE OFRECIMIENTO DE PRUEBAS, AL TENOR DE UNA PRUEBA PERICIAL CIVIL

“...2.- LA PERICIAL EN MATERIA DE GRAFOSCOPIA, CALIGRAFIA Y GRAFOMETRIA, que deberá realizar el C. P. Ouspensky, con cédula profesional número 16, y quien es miembro activo número 088 de la Asociación Grafopsicológica Mexicana, A. C., con domicilio en Chilpayate número 3, Colonia Coyotín, Delegación Coyoacán, C. P. 000, en esta Ciudad, quien tiene calidad de perito en materia de caligrafía y grafoscopia **pericial que deberá emitir a su leal saber y entender**, comprometiéndose a presentarla para su aceptación y protesta del cargo conferido, versando la prueba ofrecida en los siguientes puntos:

- a.** Teniendo a la vista los originales de los cheques números 193 y 196 de la cuenta de cheques número 16577 a cargo de Banco Nacional de México, S. A., mismos que son materia de la presente litis: compare, examine, analice y estudie, si las firma que calzan los cheques provienen del puño y letra de la C. Verona Viena Volcán, señalando como firma indubitable o auténtica la que calza en el contrato de depósito bancario de dinero a la vista cuyo número de cuenta de cheques asignado es el 16577 y el tarjetón de firmas que recabó el banco, así como la del escrito inicial de demanda y aquellas que a petición de la perito o de su Señoría estampe el suscrito ante la presencia judicial, señalándose como firma dubitable, la contenida en los cheques materia del presente juicio.

- b.** La perito deberá explicar y razonar sobre los métodos y medios de que se valió y usó en el dictamen pericial que se solicita...”

CUESTIONARIO PARA EL PERITO

Cuestionario al tenor del cual emitirá su dictamen pericial el maestro mecánico automotriz en hojalatería y pintura el C. Ygrámul en relación con los daños materiales que presenta la camioneta marca cherokee dentro del cuaderno de pruebas de la parte actora y en relación con el expediente número 1215/525.

1. DESCRIBIRÁ EL PERITO LAS PARTES DAÑADAS QUE PRESENTA LA CAMIONETA MATERIA DEL DICTAMEN PERICIAL.

2. ESTABLECERÁ EL PERITO EL VALOR ECONÓMICO O APROXIMADO DE LAS PARTES DAÑADAS DE LA CAMIONETA MATERIA DEL PERITAJE.

3. ESTABLECERÁ EL PERITO EL VALOR TOTAL DE LOS DAÑOS MATERIALES MATERIA DEL PERITAJE.

4. ESTABLECERÁ EL PERITO LOS FUNDAMENTOS O ELEMENTOS DE CONVICCIÓN POR LOS QUE EMITE SU DICTAMEN.

PROTESTO LO NECESARIO

FUJUR DRÁGON DE LA SUERTE

Ciudad de México a 4 de agosto de 2005.

DICTAMEN PERICIAL EN MECÁNICA AUTOMOTRIZ, EN HOJALATERÍA Y PINTURA

**MARIAN
VS
SANDOKAN
JUICIO ORDINARIO CIVIL
EXPEDIENTE: 254/2003**

**C. JUEZ TERCERO DE PAZ EN MATERIA CIVIL
EN EL DISTRITO FEDERAL
P R E S E N T E**

JULIAN MCMAHON, perito en mecánica automotriz, en hojalatería y pintura, propuesto por la parte actora y designado por éste H. Juzgado dentro de los autos del cuaderno de pruebas citado al rubro, ante usted con el debido respeto comparezco y expongo:

Que mediante este escrito y estando dentro del término que al efecto se me ha concedido, vengo a rendir mi dictamen pericial, en relación a los daños materiales que presenta la camioneta y a que se refiere el presente juicio, por lo que sujetándome al cuestionario que exhibe la actora **MARIAN** y **a mi leal saber y entender** emito el siguiente dictamen:

PRIMERO. En relación al primer punto del cuestionario, las partes dañadas son los siguientes: “La pintura se encuentra intacta”.

SEGUNDO. Con relación al punto número dos del cuestionario el valor aproximado de las partes afectadas se establecen de la siguiente manera:

- | | |
|------------|-----------|
| a. Chasis | \$ 300.00 |
| b. Volante | \$ 150.00 |

TERCERO. Con relación al punto número tres del cuestionario el valor total de los daños se estiman en la cantidad de \$ 450.00.

CUARTO. Con relación al punto número cuatro manifiesto que para emitir el presente dictamen en primer lugar me constituí en el Depósito de la Policía Federal de Caminos concesionado por Grúas Tlaxcala ubicado en la montaña errante no. 5, donde tuve a mi vista el vehículo materia del peritaje, y por otra parte tome en consideración los precios de las partes dañadas que se cotizaron en el año en que sucedió el percance.

PROTESTO LO NECESARIO

México, D. F., a 6 de febrero de 2005.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN SENTENCIA

-----C O N S I D E R A N D O S-----

----III. Del estudio y análisis de las constancias que integran los presentes autos, mismas que surten eficacia probatoria plena en términos de lo dispuesto por el artículo 1294 del Código de Comercio, la Suscrita conforme lo establece el diverso numeral 1192 de la legislación antes invocada, procede a valorar las pruebas ofrecidas por la actora, consistentes en:...**la prueba pericial en materia de caligrafía, grafoscopia y documentoscopia**, ofrecida por la actora, la cual únicamente fue desahogada con el dictamen pericial rendido por la C. Acinorev, perito nombrado por la parte demandada, y con el cual se le tuvo por conforme su contraria, según se aprecia del proveído de fecha diecinueve de mayo del año dos mil tres, favorecen parcialmente las pretensiones de su oferente, toda vez que con las mismas la actora acreditó la existencia de una relación contractual entre las partes, que las firmas que calzan los cheques controvertidos no provienen de su puño y letra, por existir diferencias en sus rasgos como lo son: una menor velocidad de ejecución que confiere al trazo una línea menos fina, acusando igualmente un dominio del ejercicio estructural, lo que se traduce en una falsificación por imitación, y por lo tanto que los mismos carecen de uno de los requisitos de validez establecidos en el artículo 176 fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como lo es la firma de su librador, dando como consecuencia que se encuentren afectados de nulidad y no puedan producir efectos jurídicos algunos ni resulten suficiente para acreditar la legalidad del pago efectuado por la demandada de sus importes por la cantidad total de \$5,000.00 (CINCO MIL PESOS 00/100 M.N.), más no así la objeción del pago que pretende , ya que del contenido de las probanzas antes citadas se puede concluir que la falsificación que de la firma de la actora obra en los cheques controvertidos no es notoria, siendo, dicha notoriedad el elemento esencial para la procedencia de la objeción de pago realizada por la actora, de acuerdo con el artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el entendido de que la misma versará en que existan diferencias susceptibles de apreciarse a simple vista, entre las firmas que calzan los cheques controvertidos y la que se encuentran registradas por la demandada como la de su contraria.....

Art. 330 CFPP. “A continuación, el presidente de los debates procederá a formular el interrogatorio, que deberá someter a la deliberación del jurado, sujetándose a las reglas siguientes: i.- si en las conclusiones formuladas por el Ministerio Público se encontraren algunas contradicciones, el presidente lo declarara así; si, no obstante esta declaración, aquel no retirare alguna de ellas para hacer desaparecer la contradicción, ninguna de las contradictorias se pondrá en el interrogatorio;... ii.- si existiere la contradicción en las conclusiones de la defensa, se procederá del mismo modo que respecto del ministerio público previene la fracción anterior;...iv.- si la defensa, en sus conclusiones, estimare los hechos considerados por el Ministerio Público como constitutivos de delito diverso, se formara sobre esto otro interrogatorio, agregando a el las circunstancias alegadas por el ministerio público cuando no sean incompatibles; v.- los hechos alegados en las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, que no constituyan una circunstancia determinada por la ley, o que por carecer de alguno de los elementos que en aquella se exigen no puedan ser considerados en la sentencia, no se incluirán en el interrogatorio; vi.- cuando las conclusiones del Ministerio Público y las de la defensa sean contradictorias, se pondrán en el interrogatorio las anotaciones necesarias para que el jurado no incurra en contradicciones; vii.- cuando los hechos contenidos en las conclusiones del Ministerio Público o de la defensa, sean complejos, se dividirán en el interrogatorio en tantas preguntas cuantas sean necesarias para que cada una contenga un solo hecho; viii.- si en las conclusiones de alguna de las partes se empleare un termino técnico que, jurídicamente, contenga varios hechos o elementos, se procederá como previene la fracción anterior. si solo significare un hecho, se substituirá el termino técnico por uno vulgar, hasta donde esto fuere posible; en caso contrario, se hará una anotación explicando el significado de dicho termino; ix.- no se incluirán en el interrogatorio preguntas sobre la edad o sexo del acusado, o del ofendido, ni sobre los hechos que consten o deban constar por juicio especial de peritos científicos. tampoco se incluirán preguntas relativas a tramites o constancias, que sean exclusivamente del procedimiento; x.- tampoco se incluirán en el interrogatorio preguntas que envuelvan la negación de un hecho, pues solo se someterán a los jurados cuando el Ministerio Público o la defensa afirmen la existencia de ese hecho; xi.- la primera pregunta del interrogatorio se formulara en los términos siguientes: "al acusado n. n. le es imputable..... (aquí se asentaran el hecho o hechos que constituyan los elementos materiales del delito imputado, sin darles denominación jurídica ni aplicar lo dispuesto en la fracción vii de este artículo). En seguida se pondrán las preguntas sobre las circunstancias modificativas...y xii.- en una columna del interrogatorio destinada a este efecto, se pondrán delante de cada pregunta, las palabras "hecho constitutivo", "circunstancia modificativa," según el carácter de la pregunta.”

BIBLIOGRAFIA

1. Apel, K. O. *La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación postmetafísica de la ética de Kant*, en *fundamentación de la ética y filosofía de la liberación de Apel, Dussel y Forner*. Siglo XXI. UAM-I. México. 1992.
2. Berumen, Campos Arturo. *Apuntes de filosofía del derecho*. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 2003.
3. - *Análisis comunicativo del proceso penal en México*. INACIPE. México. 2000.
4. - *El derecho como sistema de actos de habla* (Tesis doctoral). UNAM. México. 2007.
5. - *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. Cárdenas Editor Distribuidor. México. 2000.
6. Brand, Berd. *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*. Tr. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Alianza Editorial. Madrid. 1987.
7. Carnelutti, Francisco. *Cómo se hace un proceso*. Colofón. México. 1990.
8. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*. UNAM. México. 1993.
9. - *Introducción a la sociología jurídica*. Editorial Coyoacan. México. 1994.
10. De Pina, Vara Rafael. *Tratado de las pruebas civiles*. Porrúa. México. 1981.
11. Díaz De León, Marco A. *Tratado sobre las pruebas penales*. Porrúa. México. 1982.
12. Ferrajolli, Luigi. *Derecho y razón*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid. 1995
13. -*Derechos y garantías*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid. 1999.

14. Gadamer. *Verdad y Método II*. Tr. Manuel Olasagasti. Sígueme. Salamanca. 2000.
15. García, Amado Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhman*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1997.
16. Gimbernat, José Antonio, et. al. *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Biblioteca Nueva. España. 1997.
17. Gómez, Lara Cipriano. *Derecho procesal civil*. Harla. México. 1997.
18. Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Tr. Manuel Jiménez Redondo. Trotta. Madrid. 1998.
19. *-Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I, Tr. Manuel Jiménez Redondo. Taurus. Argentina. 1989.
20. Hernández Pliego, Julio Antonio. *El programa de derecho procesal penal*. Porrúa. México. 2000.
21. Jodorowsky, Alejandro. *Los evangelios para sanar*. Mondadori. México. 2006.
22. López, Betancourt Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo. V. Porrúa. México. 2004.
23. Molina, González Héctor. *Procesal Civil II. Instrumento Metodológico*. Facultad de Derecho. División de Universidad Abierta. UNAM. México. 1996.
24. Ouspensky, P. D. *Psicología de la posible evolución del hombre*. Tr. Aníbal Ferrari. Librería Hachete. Argentina. 1978.
25. Ramírez Fonseca, Francisco. *La prueba en el procedimiento Laboral. (Comentarios y jurisprudencia)*. Editorial Pac. México. 1984.

26. Ovalle, Favela José. *Derecho procesal civil*. Harla. México. 1999.
27. Vernengo, Roberto. *La interpretación jurídica*. UNAM. México. 1979.
28. Wellmer, Albretch. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Tr. Fabio Morales. UAM-I. México. 1994.

HEMEROGRAFÍA

29. Correas, Oscar. “*Alternatividad y derecho: el derecho alternativo frente a la teoría del derecho*”. *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. No. 13. 1993.
30. *Nuevo Larousse Básico*. Samra. México. 1989.
31. Tamayo y Salmorán, Rolando. “*Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica*” (*Entre actos ilocucionarios y actos mágicos*). *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. No. 13. 1993.
32. *Semanario Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 1917-2000.

LEGISLACIÓN

1. ***Código Civil Federal.*** Agenda Civil del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
2. ***Código Civil para el Distrito Federal.*** Agenda Civil del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
3. ***Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*** Agenda Civil del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
4. ***Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.*** Agenda Penal del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
5. ***Código Federal de Procedimientos Civiles.*** Agenda Penal del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
6. ***Código Federal de Procedimientos Penales.*** Agenda Penal del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
7. ***Código Penal Federal.*** Agenda Penal del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
8. ***Código Penal para el Distrito Federal.*** Agenda Penal del Distrito Federal. Grupo ISEF. México. 2008.
9. ***Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.***
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/20.htm?s=>, 30/05/2008, 12:51 p.m.
10. ***Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.***
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/129/default.htm?s=>, 30/05/2008, 12:47 p.m.

11. *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.*
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/130/default.htm?s=>, 30/05/2008, 12:50 p.m.

PAGÍNAS WEB

1. <http://www.rae.es/>
2. <http://www.diccionarios.com/consultas.php>
3. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/756/24.pdf>.
4. <http://www.scjn.mx>.
5. <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/C/Cordero-Teoria%20del%20delito.html>
6. <http://info4.juridicas.unam.mx/>
7. <http://www.themis.umich.mx/~mgrafig/teresadc/libroelprocedimientoyelprocesopenal.pdf>