



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

**LA DETERMINACIÓN DEL SISTEMA GNOSEOLÓGICO DE LA PRUEBA EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL ACUSATORIO.**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**P R E S E N T A
JORGE EDUARDO CARRILLO VELÁZQUEZ.**

**TUTOR PRINCIPAL
DR. ELÍAS POLANCO BRAGA
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN**

**COMITÉ TUTOR
DR. ALBERTO DEL CASTILLO DEL VALLE
DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN**

CIUDAD DE MÉXICO, MARZO DE 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DETERMINACIÓN DEL SISTEMA GNOSEOLÓGICO DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL NACIONAL.

PRIMERA PARTE: LA POSIBILIDAD DE CONOCIMIENTO DEL HECHO DELICTIVO.

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

1.1 Breve introducción.....	1
1.2 Sistemas de valoración probatoria	5
1.3 Visión sistémica del proceso penal.	11

II. EL HECHO ILÍCITO PENAL COMO OBJETO DE CONOCIMIENTO.

2.1 Naturaleza del hecho ilícito.....	17
2.2 Deber de comprobación del hecho ilícito.	19
2.3 Formas de abstracción del hecho ilícito.	23
2.4 Relación entre indicios y evidencias.	27
2.5 Verdad y certeza del hecho delictivo.	32
2.6 La presunción de inocencia, evidencias e indicios.	35

III. ANÁLISIS DEL JUZGADOR COMO SUJETO DE CONOCIMIENTO.

3.1 Tipos de juzgadores en el sistema penal acusatorio y oral.....	39
3.2 El dato de prueba.....	42
3.3 La intermediación y estabilidad, su necesidad.....	47
3.4 La independencia del Juzgador.	50
3.5 Inferencia del Juzgador.	56
3.6 Valoración probatoria.	60

IV. POSTURA GNOSEOLÓGICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL.

4.1 El proceso gnoseológico.....	62
4.2 La prueba en la teoría del conocimiento.	69
4.3 El conocimiento adquirido por vía de la prueba.	74

4.4 La naturaleza ontológica de la prueba.	80
4.5 Tendencias estadounidenses con respecto a la valoración gnoseológica.	86

V. DOGMATISMO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

5.1 Tipos de dogmatismo procedimental.	90
5.2 Los principios <i>Indubio pro societate</i> y <i>pro pericullum</i>	95
5.3 Presunción de inocencia vs. probabilidad de responsabilidad.	97
5.4 El juzgador de control frente al dato de prueba.	107

VI. ESCEPTICISMO CARTESIANO EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

6.1 Valoración de pruebas por el juez de conocimiento.	114
6.2 Reglas del escepticismo judicial.	120
6.3 Certeza de culpa.	124
6.4 Presunciones de dolo.	129

PARTE SEGUNDA: EL JUZGADOR COMO SUJETO COGNOCENTE DEL HECHO DELICTIVO.

I. LA LÓGICA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

1.1 Principio lógico, inducción y deducción.....	1
1.2 Principio lógico de contradicción.	13
1.3 Principio constitucional de contradicción.....	28
1.4 Principio constitucional de publicidad.	36
1.5 Principio constitucional de inmediación.	38
1.6 Principio lógico de razón suficiente	42

II. LOS MEDIOS DE PRUEBA COMO VÍAS DE LA RAZÓN SUFICIENTE.

2.1 La carga de los medios de prueba y razón suficiente.	64
---	----

2.2 Ofrecimiento de los medios de prueba y su licitud.....	68
--	----

III. LOS MEDIOS CONCRETOS DE PRUEBA COMO RAZÓN SUFICIENTE.

3.1 Medio de prueba testimonial.	80
3.2 Medio de prueba pericial.	96
3.3 Declaración de imputado y su ritualidad.	108
3.4 Medio de prueba documental.	114
3.5 Otros medios de prueba.	121

IV. PRINCIPIO LÓGICO DE IDENTIDAD.

4.1 Identidad entre conducta demostrada y descripción típica penal.....	125
4.2 El delito desde una visión tripartita.....	127
4.3 El delito desde una visión bipartita.....	131

DETERMINACIÓN DEL SISTEMA GNOSEOLÓGICO DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL NACIONAL.

PRIMERA PARTE

LA POSIBILIDAD DE CONOCIMIENTO DEL HECHO DELICTIVO.

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

En este apartado, señalaremos la necesidad de estudiar el problema de la verdad y la forma en que incide dentro del procedimiento penal, los cuestionamientos fundamentales que sirven como enlace entre la filosofía y el derecho, los que han permanecido en la mente humana desde el comienzo de la historia e ideas fundamentales para hilar el desarrollo de la investigación.

1.1 Breve introducción.

¿Cuál es la razón por la que se hace necesario estudiar al procedimiento penal bajo una óptica filosófica?, ¿Acaso es necesario mirar a la prueba y al juez como partes de un sistema de conocimiento?, ¿ya podemos saber qué es la verdad? Sin duda nos encontramos frente a un verdadero cambio paradigmático que nació en el mundo jurídico a partir de la Reforma en Materia de Justicia y Seguridad Pública del 18 de junio de 2008, lo que nos obliga a replantear nuestro análisis sobre el sistema de justicia penal y las partes que lo integran, haciendo necesario responder las preguntas anteriores, ante ello, debemos comenzar nuestro estudio.

Desde el advenimiento de la razón en la especie humana, nos hemos preguntado sobre el mundo que nos rodea, el que nos intriga y sorprende, obligándonos a tratar de descubrir sus secretos, en el principio los humanos atribuimos todos los fenómenos a los dioses, y consideramos que la realidad era manejada por ellos, pero llegó el momento en que las ideas sobre la divinidad comenzaron a ser cuestionadas, ya no era suficiente explicarlo todo con “la voluntad de Dios”. En el mundo social, ese que se encuentra en las relaciones que sostenemos los seres humanos, aconteció la misma interrogante, ¿Dios ordena que nos pase algo?, al no poderse contestar ya con la simple idea de la voluntad

divina, el ser humano pretendió encontrarle sentido a su realidad social, pero se topó con una idea muy difícil de dilucidar, e incluso, de alcanzar.

Esa idea es “la verdad”, ¿Qué es la verdad?, ¿podemos alcanzarla?, ¿nos es revelada?, por lo menos ¿existe? Desde entonces la humanidad ha pasado siglos, o incluso milenios, buscando esas respuestas, las que incluso, en pleno siglo XXI, no se han alcanzado de todo, siempre hay resquicios que no podemos alumbrar con nuestra razón, vivimos en la época de las tecnologías y un mundo de posibilidades, pero no hemos contestado las preguntas que el hombre se planteó desde que caminó sobre dos piernas y pudo mirar el cielo.

Sin embargo, aunque no sabemos a ciencia cierta qué es la verdad, asumimos que hay cosas que conocemos y que por lo menos son válidas, o incluso verdaderas, haciendo nuestros conocimientos cada vez más complejos, también, asumimos que podemos conocer ciertas cosas y nos atrevemos a afirmar otras, sabemos de nuestras carencias y podemos utilizar probabilidades, todo ello se ha sistematizado, o eso se pretende, y nos ha dado como fruto la ciencia. Ésta, es la hija preferida de la filosofía, porque la madre siempre ha preguntado, se ha inquietado, e incluso ha dado más problemas que soluciones (ese es su trabajo), pero la ciencia tiene la grande misión de responder.

Desde que Sócrates buscó la verdad apartado de los mitos y de la verborrea, comenzó una labor titánica, la de utilizar el razonamiento para encontrar esa idea escurridiza, así nació la madre de las ciencias, y las hijas nacieron cuando aquel gran hombre, Aristóteles, se hizo el padre de la lógica, la física, la óptica, la biología, etc., incluso se ocupó de la justicia y del derecho, desafortunadamente, la mayoría o casi la totalidad de su trabajo se perdió, y sólo conocemos la parte más descuidada (sus notas de clase) sobre su pensamiento. Pese a ello, el paso estaba dado, las ciencias comenzaron a crecer y desarrollarse.

Pasaron muchos siglos y muchas formas de pensar que trajeron aún más preguntas, nacieron ciencias nuevas que nos aportaban más respuestas e incluso, pretendían poner orden en nuestro desquiciado mundo social, así se gestó la

ciencia jurídica, ella estudia el fenómeno de la normatividad coercible, separada ya de la norma moral y de otra ciencia (casi gemela), la ética.

Esta ciencia jurídica, normalmente llamada “derecho” por los que la conocemos, se divide en varias ramas, cada una atendiendo a fenómenos sociales distintos, pero siempre, interrelacionándose entre sus partes, de ella, estudiaremos la ciencia procesal, la que busca descubrir la verdad sobre un hecho realizado, más en concreto, la ciencia procesal penal, su funcionamiento y sus partes, haciendo hincapié en el descubrimiento de la verdad por un sujeto, el juzgador.

Si entendemos entonces que el conocimiento es único, pero que para poder atrapar a la “verdad” se tiene que dividir en múltiples ciencias, entenderemos porqué la ciencia procesal penal necesita de la relación de otras ciencias que la guiaran para buscar una verdad concreta sobre un hecho particular, así, necesitamos de la gnoseología y de todo ese conocimiento filosófico que la forma, para dar explicación al fenómeno que ocurre en la psique del juzgador, porque él, no sólo busca la verdad, debe alcanzarla e imponer las consecuencias que determina el derecho penal.

A todo esto, debemos hacer mención de lo que es la gnoseología, al respecto, se han señalado muchas versiones, e incluso se ha confundido con una hermana gemela (la epistemología), a ellas, se les denomina indistintamente “teoría del conocimiento”, la que consiste en el estudio de la posibilidad que tiene el ser humano de conocer, sobre el objeto que se pretende conocer y sobre el proceso que hay entre estos dos entes, de esta forma, podemos distinguir las porque la gnoseología es la teoría del conocimiento enfocada al estudio del sujeto que conoce, en tanto que él es capaz de alcanzar o lograr un conocimiento trascendental; mientras que, la epistemología se enfoca al objeto que se conoce, en tanto que éste puede ser conocido por virtud del conocimiento que de él nace. Ambas estudiando el fenómeno mental que hay entre los dos entes señalados y la posibilidad de alcanzarse.

De la idea que de forma muy sencilla planteamos, podemos esclarecer con lo aportado por Alatorre Padilla, pues él nos ilustra diciendo “La Gnoseología o teoría del conocimiento, investiga el origen, esencia y validez del conocimiento. Todos los problemas humanos, al ser objeto de estudio y de reflexión, dan por resultado diferencias de opinión y teorías que fijan posturas o actitudes peculiares ante dichos problemas.”¹ Sin duda, como lo analizaremos en este capítulo, el juzgador se convierte no sólo en el decisor, sino en un científico, porque utiliza la ciencia del derecho procesal penal para determinar la existencia o no de un hecho ilícito, veremos también el carácter científico del procedimiento penal como un método de conocimiento y como una ciencia, esto porque reúne los elementos fundamentales que reúnen las ciencias, a saber:²

1. Se apoya de principios y axiomas, que podemos encontrar en nuestra legislación procesal penal, con directrices y supuestos hipotéticos.
2. La ciencia procesal utiliza el procedimiento penal como un sistema que se enfoca en la búsqueda de una verdad específica y concreta, con elementos demostrables o muy probables, de modo que sus conclusiones son válidas.
3. El procedimiento penal determina la existencia de pruebas y la validez que tienen para acreditar un hecho, existe un amplio campo teórico y conmina al juzgador a razonar fundadamente sus determinaciones.

Podemos concluir, que se puede establecer claramente el carácter científico del procedimiento penal de manera suficiente para que sea puesto bajo análisis utilizando la teoría del conocimiento, pues se ha reconocido los elementos que intervienen en él, el sujeto y el objeto de conocimiento.

¹ Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica (manual)*, 12^a. ed., México, Porrúa, 1981, p.38.

² Cfr. *Ibidem*, p. 296.

1.2 Sistemas de valoración probatoria

Habiéndose determinado el carácter de la ciencia procesal penal, y ubicando al proceso penal (aun de forma muy superficial) como un método de conocimiento, debemos comenzar a analizar algunas peculiaridades de él, ya que el devenir de los tiempos y multiplicidad de pueblos le han otorgado características propias, algunas desaparecieron junto con esos pueblos, pero algunas más aún perduran y han modelado nuestra forma moderna de ver el derecho, al respecto, tradicionalmente la doctrina ha señalado tres grandes modelos para el procedimiento penal, el acusatorio, el inquisitivo y el mixto, los dos primeros tienen características específicas, el tercero reúne varias de ellas armonizándolas y haciéndolas funcionar, sin duda, el primer sistema aplicado fue el acusatorio, porque es más simple y se sustenta en la oralidad, en un enfrentamiento directo entre quien acusa y quien se defiende en un plano de igualdad, frente ante un tercero imparcial, como aun no existía la escritura y en muchos casos ésta era apenas ideográfica, no podían registrarse las actuaciones más que en la memoria de los intervinientes, durante muchos siglos se conservó este modelo en su forma pura, sin embargo, el advenimiento de la Edad Media y muchos factores inherentes, como el predominio de la Iglesia Católica en Europa, la popularización de la escritura, la obsesiva idea de certeza y complejas formulas solemnes, obligaron a que las actuaciones quedaran asentadas en su totalidad en forma escrita, ya el acusado se enfrentaba con un órgano que le investigaba, acusaba y juzgaba a la vez, métodos como la tortura, el interrogatorio, la intimidación, el encarcelamiento preventivo, fueron característicos de esa etapa histórica.

El salto de paradigma que representó la ilustración, llevó a los estados a replantear sus formas procedimentales en aras de alcanzar la verdad y aplicar la justicia, a grandes rasgos surge, nace la necesidad de fundir en un sistema moderno las ventajas de ambos modelos, dando origen a los sistemas mixtos, esto debido a que ya resultaba imposible el poder aplicar un sistema acusatorio o inquisitivo de forma pura, pero, siempre otorgándole primacía a alguna característica en particular, por ejemplo, se ha dado por llamar acusatorio a

sistemas mixtos que tienen actuaciones preponderantemente orales, pero que no dejan de prescindir de la escritura o de medidas de cautela, o sistemas denominados inquisitivos que en realidad son mixtos, pero dan determinadas prerrogativas a la víctima de un delito y, pese a que sus registros son escritos, existen actuaciones orales.

Debido a la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 en materia de justicia y seguridad pública, México trata de transitar de un sistema mixto con muchas características y prácticas reales propias del sistema inquisitivo medieval, a un sistema mixto predominantemente acusatorio y oral como en los demás Estados contemporáneos, lo que enfrenta a los juristas a un cambio radical de mentalidad y obliga a conocer los orígenes de lo oral y lo acusatorio, por ello, debemos acudir a la historia de la ciencia procesal, que nos servirá para esclarecer lo que el legislador nacional pretende implantar.

Al respecto, Grecia realizó los primeros pasos conocidos en búsqueda de la justicia, la idea de igualdad de los ciudadanos y la democracia llevó a los primeros procedimientos penales acusatorios puros, se determinaron ciertos principios y valores que aseguraban que en la contienda litigiosa perdurara la igualdad de los ciudadanos, tanto del acusador como del acusado, este modelo pasó a influenciar el derecho romano, que sistematizó y, sobre todo, difundió por todo el mundo conocido de la época su visión de la justicia y la manera de llegar a ella por medio del proceso, la que ha influenciado a todos los Estados y naciones desde entonces, en este sentido nos abonan con que:

Históricamente la forma acusatoria del proceso floreció en Grecia, brilló en el apogeo del Imperio Romano y, aunque en forma muy tosca, apareció en el derecho germánico; resurgió después entre nosotros en la brillante época de las ciudades italianas... El proceso penal romano fue acusatorio tanto en la época aurea de los comicios (que eliminados de hecho por Sila, desaparecieron con Augusto), como en el periodo siguiente de las *questiones perpetuae* (como si dijéramos comisiones por jurados). No había proceso penal sin acusador, esto es. Sin un ciudadano que se erigiese

como órgano y representante de la colectividad ofendida, si el culpable no encontraba un acusador, el delito quedaba impune...³

Por otro lado, nos encontramos con un problema que se encuentra inserto en la ciencia procesal, y en específico en cómo se desarrolla el procedimiento penal, el relativo a las pruebas, pues ellas son el motor que hace funcionar el sistema procesal; aún, podemos esbozarlas desde una perspectiva más filosófica, pues son el vínculo que se presenta entre el juzgador, el hecho y el acusado-imputado. Han sido tan importante su función, que la legislación se ha centrado ampliamente en ellas, estableciéndolas y formulando sistemas para su valoración, encontrándonos con el sistema de valoración libre, lógico, tasado y mixto, siendo estos una característica de los modelos antes descritos, así tenemos una relación clara entre los sistemas libre y lógico con los modelos acusatorios y orales, mientras que el mixto y el tasado con modelos inquisitivos y mixtos donde predomina la escritura.

En este tema, no resulta muy acertada la síntesis que realiza Colín, pues de una forma magistral expresa las principales características de los sistemas de valoración probatoria, que a saber son⁴:

- a) Libre. Tiene su fundamento en el principio de la verdad material; se traduce en la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso, y, además, valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos: libertad de medios de prueba y libertad de valoración.

³ Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, 3ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Colombia, Temis, 1990, t. I, p.6.

⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 309-310.

- b) Tasado. Este sistema (históricamente llamado “de las pruebas legales”) se sustenta en la verdad formal, dispone sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración, el juez está sujeto a las reglas prefijadas legalmente.

- c) Mixto. Es una combinación de los anteriores: las pruebas las señala la ley; empero, el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba, si a su juicio puede constituirla, constatando su autenticidad por el camino legal pertinente. En cuanto a su justipreciación, se atiende, para ciertos medios de prueba, a reglas prefijadas; en cambio, para otros, existe libertad.

Podemos adherirnos a lo anterior, sin embargo, resulta insuficiente, por lo que podemos abonar un nuevo criterio para establecer la valoración de la prueba, denominado “sana crítica razonada”, la que parece constituirse casi como el sistema libre, pero con la variante determinante de que el juzgador debe expresar los motivos y razones por las cuales le ha causado convicción, es decir, debe ésta ser orientada por la lógica, en este sentido, encontramos las palabras de Elías Polanco que apunta:

En este sistema es requisito fundamentar el por qué le formó convicción al juzgador los medios de prueba en su conjunto, puesto que no se debe dejar de valorar los que existan en el proceso con la debida aplicación de la experiencia jurídica, puesto que los juzgadores son peritos en derecho y por último, que su resolución sea lógica con las constancias del expediente; en síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos ilícitos con sus circunstancias o modalidades con los medios de prueba que existen en auto, con la única limitación que

razone el por qué le produjeron convicción para apreciar la verdad y poder condenar o absolver.⁵

En este sentido, no parece que la utilización de la palabra limitante es muy drástica, pues en realidad, todo el pensamiento humano tendría que estar orientado por la lógica, de modo que, si fijamos que el juzgador tiene la obligación de expresar el por qué le ha causado convicción, es consecuencia natural el señalar sus razones de una manera ordenada, y lógica, pues esta ciencia nos habla sobre la coherencia del pensamiento.

Podemos observar entonces, que la evolución histórica nos ha mostrado que la valoración de la prueba por parte del juzgador cambia de acuerdo al desarrollo intelectual del mundo, de esta forma es notable que durante la edad oscura que represento el Medioevo se impusiera un sistema de valoración tasado, debido al terror con el que se controlaba a la sociedad, mismo fenómeno que es observado en los estados dictatoriales, por el contrario, en los estados con democracia verdadera, el sistema de valoración es libre tal como en algunos casos de Estados Unidos de América, donde se confía en la decisión del jurado, y en otros, se utiliza el sistema de la sana crítica, podemos sostener esta afirmación con lo dicho por Florián:

Las pruebas legales corresponden a un sistema político tiránico y opresivo, que detesta y teme la libertad de razonamiento y que todo lo somete a su yugo. A esto puede agregarse una mentalidad obtusa y a menudo supersticiosa de los súbditos y en parte de los jueces...

...pero este sistema (apreciación legal) no abandonó su puesto muy fácilmente y así en sus postrimerías se estableció cierta combinación entre las pruebas legales y las pruebas por íntimo convencimiento, en el sentido que la realidad no podía ser declarada si con la prueba legal no concordaba la convicción moral del juez... Se distinguía entre la teoría positiva y la

⁵ Polanco Braga, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2014, p. 45.

teoría negativa de las pruebas penales, distinción según la cual, aunque se verificaran todos los presupuestos de las pruebas legales requeridas, no se podía condenar si el juez no había adquirido por sí mismo el convencimiento de la realidad, pero sí se podía absolver o sobreseer por la falta de pruebas legales.⁶

Es decir, encontramos que el juzgador tiene la obligación de ser coherente en su decisión, pero esa concordancia y orden deben ser en relación a los medios de prueba que percibe, la realidad que pretende encontrar y muy fundamentalmente, ser acorde a lo dispuesto por la norma procesal, de esta idea, debemos acudir al objeto de nuestra ciencia procesal penal, la cual se encuentra en la normatividad que integra el sistema procesal penal nacional, y que se contiene el cuerpo normativo denominado Código Nacional de Procedimientos Penales, pues él otorga las directrices jurídicas que estructuran el procedimiento y todas sus fases y etapas, de modo que es necesario orientar nuestro estudio en dirección a dicho Código, sosteniendo la siguiente afirmación:

Si se considera que el objeto de la ciencia del derecho está constituido por normas que se obtienen de una deducción de ciertos principios lógicos o de otra índole, que pertenecen a la ciencia o a la filosofía del derecho, entonces la lógica tendrá una función particular constitutiva. Resulta entonces de una importancia central y fundamental la determinación de los principios supremos de esa disciplina, así como de las reglas de la inferencia que se aplicarán a esos principios supremos.⁷

Por ello, en los apartados y capítulos siguientes, desentrañaremos lo que ocurre en la mente del juzgador cuando, frente a los medios de prueba, intenta conocer la verdad sobre un hecho, esos procesos mentales deben ser coherentes, lógicos y en consecuencia sistemáticos, por si fuera poco, con ese mismo cuidado

⁶ Florián, Eugenio, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁷ Ordoñez, Schill, *Lógica y derecho*, España, Fontamara, 1993, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 15.

y empeño debe expresar sus razonamientos. La dificultad de la cuestión radica en que el ser humano, si bien ha desarrollado la lógica y encontrado sus principios fundamentales y las reglas para acercarse a la verdad, no se desenvuelve su comportamiento de una manera lógica ni ordenada, mucho menos, ha sido posible que en toda situación y en todo momento se tenga un pensamiento sistemático acerca de la realidad y otras tantas, nos topamos con cosas contradictorias que igualmente nos parecen verdaderas.

1.3 Visión sistémica del proceso penal.

La legislación ha determinado al procedimiento como un sistema, sin embargo, es necesario el cuestionarnos lo que significa ello, así, la Real Academia de la Lengua determina en su Diccionario, que proviene del latín *Systema*, la que proviene del verbo *sisto*, que significa: colocar, establecer, apoyar o hacer comparecer frente a un tribunal en una fecha fijada⁸, en su acepción contemporánea es “Un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente entrelazados entre si”, lo que es aplicable a nuestra materia, pues sus principios se encuentran contenidos en el numeral 20 constitucional, siendo ellos los de contradicción, concentración, continuidad, intermediación y publicidad; aunque ello no exime que le son aplicables los demás propios de los sistemas procesales, como: la instancia de la parte interesada, en el que sólo el Ministerio Público, en algunos casos la víctima y referente a la ejecución de sentencias de amparo la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el de impulso procesal, pues en este procedimiento, son las partes las que piden al juzgador que se aperturen o clausuren las etapas y fases procesales; son el ministerio Público y el Imputado quienes establecen el *thema decidendum*, puesto que el juzgador no puede agregar o restar temas litigiosos, entiéndase que las partes deben plantear concretamente los hechos para que en última decida el juzgador de conocimiento; la carga de la prueba sólo corresponde a las partes y, más concretamente el Ministerio Público tiene la obligación de acreditar la acusación; y el de la

⁸ Cfr. Pimentel Álvarez, Julio, Breve Diccionario Latín/Español, 4ª ed., Porrúa, México, 2006, p. 480.

vinculación de la cosa juzgada, prohibiéndose que una persona sea juzgada más de una vez por los mismos hechos.

Si bien, podemos afirmar que el procedimiento penal es un sistema, acaso podemos señalarlo en equiparación a una maquinaria, puesto que los hechos humanos y sociales tienden a ser comparados con modelos biológicos, o en su caso, con maquinarias, intentándose predecir lo que ocurriría en ciertas circunstancias o sus resultados. Desde la visión organicista de Herbert Spencer se ha intentado predecir rigurosamente determinados acontecimientos, dicha idea pervive exaltada en la teoría general de sistemas.

La problemática es que todos los planteamientos sistémicos referente al procedimiento penal eliminan un aspecto fundamental de todo ser humano, la existencia del subjetivismo; por lo que cada procedimiento es único con sus propias peculiaridades, por lo que resulta imposible definirlo siguiendo las reglas aplicables a las máquinas o a los entes biológicos, es de manifestarse lo que señala Durkheim respecto a la administración de las pruebas al definir que, “No tenemos más que un medio para demostrar que un fenómeno es la causa de otro fenómeno, y es comparar los casos en que están simultáneamente presentes o ausentes e investigar si las variaciones que presentan en estas diferentes combinaciones de circunstancias testimonian que uno depende del otro”.⁹ Con ese planteamiento, el núcleo procesal es la determinación de la verdad respecto a lo planteado por las partes, y aportado por sus respectivos medios probatorios.

En el caso del juzgador, el problema relativo a la contradicción (entre lo que sólo aparenta verdad y lo que es verdadero) se agrava, pues él siendo humano en todo momento que actúa como autoridad en la decisión y valoración de medios de prueba, debe usar un pensamiento lógico, conocer y aplicar los principios de esa ciencia y, sobre todo, saber distinguir entre lo que aparenta ser verdadero y aquello que si lo es. En razón de esto es que se ha querido establecer que toda esa ciencia procesal se configura como un sistema, al que llamamos “sistema

⁹ Durkheim, Émile, *Las Reglas del Método sociológico*, 2ª ed., Colofón, México, 2015, p. 117.

procesal penal”, en razón de que debe ser orgánico, debe funcionar y cumplir su finalidad, que es la de conocer la verdad de un hecho para, en su caso, aplicar una sanción.

Lo maravilloso de esta forma de pensamiento (ver al derecho procesal como un sistema), es que podemos concebirlo como un todo que se integra de muchas partes, y podemos analizar las partes y características individuales de cada una, y aquellas que surgen por la coordinación de todas sus partes. Sin embargo, debemos comprender que esta forma de pensamiento, si bien es muy útil, tampoco es la panacea a todas nuestras dificultades, en razón de que “La cuestión radica en el hecho de que las personas no nos comportamos de forma lógica, y por ello, nuestro comportamiento no es totalmente predecible”¹⁰, pero, nos ofrece determinadas probabilidades de certeza, de este modo, será una guía importante en la meta de la verdad, para conseguirlo, debemos señalar algunas características de lo que es un sistema, como las siguientes¹¹:

- Entendemos por sistema a un conjunto de elementos relacionados entre sí y que contribuyen a un fin concreto, y además existen y funcionan como una unidad propia.
- Todo sistema tiene unas características denominadas emergentes, que surgen de la integración de todos sus componentes y que ninguno de ellos posee aisladamente.
- Todo sistema es tanto más complejo cuanto mayor sea el número de componentes que lo forman. Este tipo de complejidad se denomina “complejidad de detalle”. Los diferentes tipos de relación que pueden establecerse entre los elementos, y las diferentes sensibilidades de cada elemento a las interacciones con las demás, constituye lo que se

¹⁰ Delgado Gutiérrez, José Alfonso. *Análisis sistémico, su aplicación a las comunidades humanas*, España, Cie, invenciones editoriales Dussat, 2002, p. 28.

¹¹ *Ibidem*, pp. 33-34.

denomina “complejidad dinámica”. La complejidad de un sistema, además de por el número de sus componentes, lo determina la complejidad de interacciones posibles entre los mismos.

- Todo sistema tiende a alcanzar el denominado “estado estacionario” o *steady state*... A cualquier perturbación externa, el sistema tratará de responder restableciendo el estado estacionario.
- La estabilidad a la que tiende cualquier sistema, si es alterada de forma continua, tiene sus límites, superados estos, el sistema se vuelve inestable y bruscamente puede incluso dejar de funcionar, desplomándose de repente.
- Los elementos de un sistema están relacionados entre sí, de modo que no se puede decir que existan variables independientes unas de otras, sino que todas ellas de forma directa o indirecta están relacionadas y se influyen mutuamente.

Podemos observar que las relaciones y elementos que integran nuestro sistema penal son tan bastos, que resulta imposible manejarlos todos a la vez, por lo que para esquematizar de manera lógica las interacciones que pueden suscitarse en el procedimiento penal se requeriría una capacidad de procesamiento de información que sólo, por ahora, tiene la mente humana, en otras palabras, el sistema procesal penal es tan complejo, que resulta imposible categorizar todas sus variables e interacciones posibles pues se requeriría muchísimos teraflops de procesamiento, sin embargo, podemos detallar de forma muy superflua algunas características de nuestro procedimiento penal como sistema.

Esa superfluidad se debe a que podemos señalar a nuestro sistema procesal como uno complejo por la cantidad de elementos orgánicos que lo integran, la complejidad queda asociada a la imposibilidad de establecer aspectos

particulares e individuales de todo el procedimiento, pues la realidad que queremos descubrir es compleja, y se tiende a buscar una representación de un momento de esa realidad compleja conceptualizándolo como una realidad organizada, donde sus elementos no son separables y no pueden analizarse de forma aislada.¹²

Su conjunto de elementos es muy amplio, pues en él intervienen las partes, que pueden ser integradas por el imputado-acusado, la víctima, el defensor, el asesor jurídico, el consultor técnico, los peritos, las policías, y demás intervinientes, todos enfocados en una interacción probatoria y argumentativa, siguiendo las reglas del Código Nacional de la materia, por si fuera poco, el juez debe ubicarse en medio de todo esos acontecimientos, dirigirlos, moderarlos, determinar la verdad y sancionar, por lo que las interacciones y posibilidades son infinitas.

Sin duda, la característica emergente de nuestro sistema procesal en estudio, es la de lograr la verdad y determinar una sanción, puesto que ninguna de las partes que lo integran pueden lograrlo aisladamente, es decir, ni siquiera el juez como cabeza puede imponer sanciones a un acusado inexistente, o no se podría originar el drama penal si no han existido los hechos que constituyen un delito, ya en el caso más extremo, no podría siquiera existir el procedimiento si no existiera la ley procesal, todos esos elementos obtienen (o pretenden obtener), la verdad para sancionar.

Se colige que al ser muy amplio el número de intervinientes y de partes que lo integran, nos encontramos ante uno de los sistemas más complejos que existen, pues todas sus interacciones son imposibles de determinarse, únicamente pueden ser reguladas y conocidas cuando se presentan particularmente en la realidad y aplicando el criterio del juzgador, que dicho sea de paso, no siempre ha

¹² Cfr. García, Rolando, *Sistemas complejos, concepto, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Argentina, Gedisa, 2007, serie cla.de.ma filosofía de la ciencia, p. 21.

sido el más adecuado, por lo que el estado estacionario de nuestro sistema penal fue muy corto (si es que existió alguna vez), debido a que el cuerpo normativo ya no alcanzaba a controlar la realidad de los fenómenos que aparecieron, la corrupción y malas prácticas de los operadores e intervinientes del procedimiento penal lo llevaron a la negentropía, sus fines se alcanzaban muy dudosamente, y se pensó en cambiar el sistema, así que se hizo una transformación profunda en la legislación y la forma en cómo se ha de observar y pensar por parte de los intervinientes, el resultado fue la Reforma Constitucional del 18 de junio 2008 y su consecuencia fue la emisión del Código Nacional de Procedimientos Penales, que contempla la implantación de un sistema mixto predominantemente oral, con novedades relativas a la adopción de la valoración de pruebas con el sistema de la sana crítica razonada, la adopción de la presunción de inocencia, manifestando características de acusatorio y adversativo donde se busca la igualdad procesal de las partes que intervienen, todo ello guiado por el juzgador quien debe decidir.

Se ha intentado dar un cambio fundamental y absoluto en el sistema de justicia penal y en la mentalidad de los intervinientes, no se trata ya de una reforma que maquille los aspectos putrefactos del sistema, se trata de redefinirlo, esto en virtud de que “...todos los remedios, las reformas parciales y las esperanzas de los hombres libres, serán nugatorios. Y las pruebas, que son la base del proceso vigente en varios países, no alcanzará su objeto mientras los vestigios del tétrico pasado y de la Inquisición no hayan sido eliminados por completo.”¹³

Este paradigma nos enfrenta a una nueva concepción sobre la importancia de los medios de prueba, pues jugarán un papel más activo, las partes ahora gozan de la libertad de aportarlas y el juzgador tiene la facultad de apreciarlas como considere conveniente, sin embargo, no porque la norma procesal le otorgue libertad al juzgador en la valoración, significa que éste se convierta en anárquico, pues debe saber discriminar y clasificar los que le han aportado las partes, a esto nos apuntan que “En la evolución de las pruebas surge una manifestación que

¹³ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 5.

influye en su eficacia práctica y que se patentiza como criterio discriminador y de comparación; es el modo de apreciarlas en cuanto a su aplicación.”¹⁴

Dicho criterio, si bien es libre en cuanto a la normatividad penal, no lo es en cuanto a la coherencia, pues debe obedecer los principios y leyes de la lógica, de modo que si bien “Es cierto que el principio moral de la apreciación de las pruebas no puede dejarse sin freno y al capricho de todos; antes bien puede ser objeto de una sana limitación, fijada especialmente por los criterios científicos que la técnica de las pruebas va descubriendo e indicando de modo paulatino.”¹⁵ Esta sana crítica y las leyes lógicas son la materia de nuestro estudio, nuestro objeto es la psique del juzgador y los fenómenos que ocurren dentro de ella en la valoración probatoria, y por supuesto, la postura que existe entre el juzgador y el fenómeno delictivo que ha sido cometido por el individuo que es procesado penalmente.

II. EL HECHO ILÍCITO PENAL COMO OBJETO DE CONOCIMIENTO.

Ya hemos establecido al procedimiento penal (el todo) como un sistema válido para que el juzgador determine la verdad, pues ese contiene los elementos necesarios de todo proceso cognitivo científico, a saber, un sujeto cognoscente, un objeto de conocimiento, y una posibilidad válida del conocimiento nacida por la apreciación del sujeto, por ello, se requiere analizar la naturaleza ontológica del objeto que se pretende conocer por el juzgador.

2.1 Naturaleza del hecho ilícito.

La importancia del estudio del hecho ilícito radica en que se convierte en el presupuesto para desencadenar el sistema de justicia penal, así, nos resulta imperioso determinarlo, porque él se constituye en el objeto de estudio del procedimiento penal y, sobre todo, su realidad será descubierta por el juzgador. Por ello necesitamos señalar lo que entendemos por el ilícito penal, o el hecho delictivo, al respecto se nos ofrece la siguiente definición:

¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

Acción de obra o de abstenerse de actuar voluntariamente, quebrantando una disposición legal, que trae como consecuencia la responsabilidad sancionada de acuerdo al derecho.¹⁶

De esta manera, vemos la importancia de localizarlo como un presupuesto de la sanción, puesto que si bien, provoca el desarrollo e implementación del sistema de justicia penal, el fin de éste es la de determinar la veracidad del hecho e imponer la sanción que en Código Penal correspondiente se contemple. Al efecto, debemos esclarecer las partes integradoras del hecho delictuoso, por lo que podemos decir que éste:

Es la circunstancia fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos (objetivos, subjetivos o normativos) del tipo penal realizado, de donde se desprende que el hecho delictuoso no es otra cosa que lo que conocíamos anteriormente como cuerpo del delito, el legislador únicamente realizó el cambio de nombre de una figura ya contemplada con anterioridad sin que esto influya en relación con el concepto anterior. / Conducta cometida por una persona que la ley señala como delito, la que es sancionada penalmente, cuyos indicios sean evidentes y suficientes para su integración. / Es aquel cometido por una persona que la ley señala como delito y que es sancionado con una pena privativa de libertad, multa y otras...¹⁷

En otras palabras, el hecho delictivo, delictuoso o ilícito penal se constituye de una conducta que es descrita en algún delito, con características y elementos propios que la hacen clasificable dentro del cuerpo del derecho penal, así, es necesario que establezcamos lo que entendemos por delito, pues es la:

Acción u omisión, que voluntariamente desplegada por un sujeto, dolosa o culposa, produce un resultado, adecuándose así a la descripción del tipo

¹⁶ Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral*, México, Porrúa, 2014, p. 145.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 145-146.

penal al afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, con capacidad de comprender y entender su resultado. / Acción u omisión dolosa sancionada por el Estado, de acuerdo a lo establecido a la norma violentada.¹⁸

Esta concepción, nos rememora el contenido del artículo 7 del Código Penal Federal, que contempla al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, definición clara, precisa, pero que ha dado lugar a confusiones, primeramente, debemos explicar su ámbito limitativo, pues para que la conducta sea trascendente al derecho penal, debe violentar una norma de carácter penal, no siendo suficiente que se trate de un simple hecho ilícito (pues también hay ilícitos civiles y administrativos), en segundo lugar, debemos hablar un poco que se integra de dos elementos, la conducta y la sanción penal, es decir, estamos frente a una teoría bitómica, la confusión ha radicado en que la sanción penal no hace referencia a la punibilidad, pues ésta se considera la consecuencia natural del hecho ilícito penal, en concreto, se refiere a la tipicidad, pues la conducta debe estar sancionada (establecida) en la norma penal, de modo que, debe configurar y reunir absolutamente todos los elementos contenidos en el tipo penal para que podamos hablar de un delito.

2.2 Deber de comprobación del hecho ilícito.

El deber de conocer y comprobar el hecho ilícito radica en que, para preservar el orden social, el juzgador debe determinar la verdad de él para estar en posibilidad de imponer su consecuencia jurídica que consiste en determinar la punibilidad correspondiente e individualizarla en una punición. A grandes rasgos, el juzgador, una vez que ya ha conocido la verdad sobre el hecho, debe realizar una inducción de los hechos que conoce (por medio de la prueba) para determinar si juntos configuran la hipótesis normativa contenida en el Código Penal respectivo para efectos de imponer la pena o medida de seguridad que corresponda, en este sentido sostenemos que:

¹⁸ *Ibidem*, pp. 91-92.

...si bien el acto jurídico es el supuesto al cual la norma de derecho enlaza la sanción, también lo es que el supuesto jurídico para la aplicación de esta sanción es que se pruebe el acto antijurídico; es decir, el supuesto, acto jurídico, que sirve de condición para la aplicación de la sanción jurídica, antes que nada debe probar.

No es por conjeturas, por azar, o por simples apreciaciones subjetivas de la autoridad o del hipotético sujeto pasivo de la violación jurídica que se debe aplicar una sanción; para aplicarse se requiere, inexcusablemente, de la previa comprobación del antecedente vulnerador del derecho para que se imponga una sanción.¹⁹

Ese proceso, tanto jurídico como mental que intenta salvarse de las simples conjeturas y lograr la relación cabal de las pruebas con el hecho delictivos, además de la comprobación de los elementos de éste, resulta ser complejo y difíciles de analizar, podemos sumar una característica que pareciera hacer casi imposible su comprobación.

La principal dificultad frente al hecho delictivo, es que éste ha dejado de existir, independientemente de su consumación, ocupa un espacio y un tiempo diferente que el del juzgador, y sólo puede ser conocido de forma directa por lo que intervinieron en él, o lo sufrieron o fueron testigos, sin embargo, el juzgador al ser imparcial, no pudo tener conocimiento directo del hecho, por lo que determinar la verdad sobre él se convierte en una labor intelectual titánica.

Afortunadamente, todo hecho, delictivo o no, deja vestigios o huellas, alguna consecuencia que indirectamente trasciende al mundo fáctico, por medio de esas alteraciones se puede conocer la verdad del hecho, y deben ser aportadas al juzgador, para efecto de que tenga la posibilidad de realizar su tarea, la manera de realizar esa aportación es por medios de prueba, éstos:

¹⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, 3ª ed., México, Porrúa, 1991, p.217.

“...son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales – documentos, fotografías, etcétera- o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones –declaraciones de testigos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc.”²⁰

Debemos aclarar, que, en la mayoría de los casos, el hecho delictuoso ha desaparecido, pero no sus efectos, por lo que éstos pueden prolongarse en el espacio-tiempo, incluso, de manera indefinida, por lo que el Código de Procedimientos Penales que rigió en el Distrito Federal, contemplaba en su artículo 9 bis fracción I, la obligación para el Ministerio Público de hacer cesar las consecuencias del delito cuando fuera posible, al respecto, nuestro Código Procesal Nacional no contempla esta hipótesis de manera específica, pero se puede colegir de las fracciones XII, XV, XIX y XXIV del artículo 131 y del numeral 138, tan así que el hecho delictuoso ha desaparecido, que lo que se pretende con medio de los medios de prueba es revivirlo, resucitarlo o recrearlo para que el juez pueda abstraerlo, reforzamos esta idea señalando que:

...en el proceso penal la prueba se dirige, no ya a verificar afirmaciones de las partes que casualmente la contengan y la fijen, sino a reconstruir libremente el delito y su historia, partiendo del hecho externo y último en que se concreta y remontándose en el tiempo hasta su génesis síquica y física y la manera como obró y se manifestó en el individuo que cometió el hecho delictuoso.²¹

De estas palabras, es menester notar la importancia de reconstruir el hecho, al punto de intentar llevar al juzgador con una fantástica máquina del tiempo al lugar y al momento en que se suscitaron los acontecimientos que se pretenden demostrar, adicionando que el juzgador debe abstraer esos hechos

²⁰ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., México, Harla, 1991, Colección de textos jurídicos universitarios, p. 146.

²¹ Florián, Eugenio, *op. cit.*, pp. 44-45.

para formarse en su mente un concepto de lo que ocurrió, así, el hecho delictuoso lo podemos determinar como un objeto de conocimiento, muy *sui generis*, pues al no existir ya, se debe conocer por los rastros que dejó en la realidad, en otras palabras, el juzgador no lo puede conocer directamente, y en todo caso de que lo conociera, estaríamos ante una incompetencia subjetiva del juez, pues su parcialidad estaría afectada por un impedimento que se contempla en la fracción I del artículo 37 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues en esta hipótesis, el juzgador sería testigo, lo que generaría un desequilibrio procesal entre las partes.

Así que ante este panorama, logramos establecer que el hecho delictuoso debe afirmarse y ser probado por vía de los medios de prueba, esta característica del hecho lo convierte en el objeto de la prueba, que al respecto podemos afirmar que “El objeto de la prueba son los hechos y las afirmaciones, estas comprenden las negaciones al contener una afirmación...”²² o con mayor claridad “...Es lo que hay que averiguar en el proceso; puede ser mediato o inmediato...”²³, en resumen, es la afirmación del hecho delictuoso que se pretende comprobar con los medios de prueba durante el proceso penal. Su problemática radica en que:

...la mayoría de las veces la comprobación directa del hecho delictuoso en sus propias manifestaciones no es posible, y entonces pueden surgir diversas circunstancias que convienen a esta situación y que sirven para determinar la existencia o inexistencia del hecho fundamental; circunstancias que, a su vez, también deben comprobarse, con lo cual llegan a ser igualmente objeto de prueba. Por lo tanto y en segundo lugar, hay, pues, un objeto de prueba penal secundario, indirecto y accesorio, que en forma más breve podría denominarse objeto de prueba.²⁴

²² Polanco Braga, Elías, *Dinámica*, *op. cit.*, p. 27.

²³ Polanco Braga, Elías, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 210.

²⁴ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 98.

Frente a la imposibilidad de conocer al objeto de conocimiento del proceso penal de forma directa por parte del juzgador, nos encontramos ante otra imposibilidad, la de los problemas observacionales sobre el objeto de conocimiento, pues, aunque se pueda observar de forma directa por el juzgador, solamente se puede abstraer mentalmente una forma de él, como si se formara una pintura, una copia o una imagen del objeto de conocimiento, imagen mental que la podemos denominar como concepto, y evidentemente, este concepto no es el objeto de conocimiento en sí, es sólo una representación virtual que queda fuera del espacio y tiempo de la realidad, y que, además, se ve sometido a la influencia del conocimiento previo y de los patrones mentales del juzgador.

2.3 Formas de abstracción del hecho ilícito.

Podemos intentar que el juzgador abstraiga de forma fiel el objeto de conocimiento, sin embargo, este objeto sólo puede ser presentado al juez por los medios de prueba, que por su puesto, abstraerá, y la unión de todos esos conceptos le formarán un único concepto sobre el hecho delictuoso, en consecuencia, el decisor estará realizando un proceso de interpretación sobre el objeto de conocimiento, aun no sobre la norma jurídica, podemos sostener lo dicho por medio de lo siguiente:

...la psicología genética desarrollada por Jean Piaget había demostrado... que no hay “objetos observables puros”, es decir, que todo observable, aun aquellos que parecen provenir de la percepción directa de las propiedades elementales de los objetos, suponen una previa construcción de relaciones por parte del sujeto.

Definiremos los observables como datos de la experiencia ya interpretados, los hechos son relaciones entre observables. De aquí resulta que, cuando un investigador sale a realizar “trabajo de campo” y comienza a registrar hecho, no es, ni puede ser, un observador neutro que toma conciencia de una “realidad objetiva” y registra datos “puros” que luego procurará para

llegar a una teoría explicativa de los mismos, sus registros corresponderán a sus propios esquemas interpretativos.²⁵

Es claro que al realizar el análisis de los medios de prueba que le fueron aportados al juzgador, éste no es enteramente objetivo ni imparcial, no porque exista una influencia corrupta, sino que, el ser humano en general es parcial con todos los fenómenos que observa, la influencia de la experiencia previa, de la formación educativa, de patrones de conducta, de la consideración moral del bien y del mal, e incluso, del desapego o incomprensión del fenómeno social, lleva al juzgador inconscientemente a no poder conocer la verdad absoluta de un hecho delictivo por la influencia de patrones propios que se encuentran en su psique. Por lo dicho, la realidad es que se pueden abstraer algunas características de los objetos (siendo hechos revelados por los indicios o medios de prueba en general), pero el objeto siempre quedará fuera de la mente del decisor, lo que queda en ella es el concepto, una idea semejante a lo que se pretende conocer, pero, no es la imagen pura del objeto en sí mismo, es una imagen influenciada por la manera de pensar del órgano judicial.

Pese a los patrones que duermen en la mente del juzgador y que lo influncian, su finalidad es la de conocer el hecho de la forma más fiel posible, pues es en sí el presupuesto para imponer la sanción legal que corresponda a una conducta, así que toda la maquinaria procesal se orienta a descubrir aspectos de esa verdad de un hecho en concreto, por lo que, si ya hemos señalado que el hecho ha desaparecido y sólo quedan huellas de su existencia, debemos presentárselas al juzgador para que determine su existencia y las sanciones correspondientes, esas huellas deben ser presentadas a él por vía de medios de prueba, pues sobre ellos se realizara la indagación de lo que se pretende conocer, pues al comprobarse éstos, se comprobará un hecho y se abrirá la puerta a la aplicación de la sanción penal que, en su caso, proceda, en otras palabras, todo aquello que debe ser necesario para causar que el juez observe detalladamente el hecho, debe ser aportado, sin embargo, no podemos hablar de la abundancia del

²⁵ Garcia Rolando, *op. cit.*, pp. 42-43.

medio probatorio, sino de su eficacia, pues ellos deben ser útiles y suficientes, sirve de sustento lo siguiente:

El hecho de que es inmanente el proceso penal la necesidad de la más amplia indagación acerca de la verdad histórica y jurídica, hace que sea objeto de prueba todo lo que pueda allegarse al juez y de las partes para la comprobación judicial.

La posibilidad abstracta de la comprobación en juicio es lo que determina en sus varias modalidades, reducidas a un mínimo común denominador, la calidad del objeto de prueba...²⁶

Así, que no sólo el juzgador debe valorar previamente la idoneidad de los medios de prueba para que ellos le causen convicción, son las partes en el proceso quienes tienen obligación y el deber de poder establecer su eficiencia, incluso antes de presentarlas al decisor, de lo contrario, estaríamos en presencia de procedimientos que se prolonguen en el tiempo, y lejos de ayudar al juzgador o de acreditar lo que se desea, entorpecerían su función y la de él. Ciertamente es muy difícil el que las partes puedan determinar la eficacia de los medios de prueba que desean aportar, sin embargo, existen reglas que deben ser tomadas y que se sustentan como indagaciones preliminares que deben realizarse sobre el medio probatorio que será ofrecido, las cuales son²⁷:

- a) El objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de la prueba; esto lo llamaremos objeto de prueba en abstracto.

- b) Luego es preciso determinar en especial los requisitos del objeto de prueba en relación a un caso particular, lo que nos lleva a considerar el objeto de la prueba en concreto.

²⁶ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 97.

²⁷ *Idem.*

- c) Se requiere enseguida que se estudie el objeto de prueba en cuanto esa prueba aparezca necesaria para los fines de la investigación procesal, de donde se deriva luego la especificación de las cosas que deben probarse.
- d) Además, en forma sintética es preciso señalar la posición del objeto de prueba dentro del sistema del proceso, lo que permitirá determinar la actitud respecto a él tienen los sujetos procesales y especialmente las partes.
- e) Finalmente, sobresale en estas investigaciones el principio de libertad del objeto de prueba...

Por lo que, para determinar la eficacia del medio de prueba, debemos conocer de primera mano la forma en cómo éste participa del proceso, o sea, su función, lo que la parte quiere demostrar y si el medio por sí mismo tiene esa capacidad, en consecuencia, debemos encontrar que el medio de prueba se constituye de dos premisas, el sujeto de prueba y el objeto de prueba, por lo que nos conviene esclarecer que:

...nos encontramos, con que la prueba tiene un objeto y un sujeto. El medio de la prueba tiene un objeto y un sujeto. El objeto de la prueba concreta en lo criminal es la *individualidad criminosa* que se quiere probar: el sujeto de la prueba lo son las cosas y las personas que prueban. El delito concreto ó la individualidad criminosa, es variadísimo, por ende resulta que la prueba tiene en lo criminal un objeto muy variado. Las cosas y las personas que prueban son a su vez realidades contingentes, variables también en su individualidad hasta el infinito... Por su parte, la certidumbre no se genera

en el ánimo más que por la percepción de la relación intercedente entre el sujeto de prueba y el objeto probado...²⁸

De lo dicho, encontramos que lo que percibe el juzgador del hecho criminoso por virtud de los medios de prueba, sigue siendo una realidad abstracta y contingente, pues lo que abstrae es la interacción del sujeto de prueba con el objeto de prueba, y al ser contingente y variable ésta relación y, en general, la conducta humana, encontramos que resulta aún más difícil conocer la verdad del hecho, pues del hecho criminoso solo se ha formado con el medio de prueba, un concepto resultante de la relación entre objeto y sujeto de prueba. Por lo que hace a la doctrina, parece que se mantiene uniforme en ese sentido.

Sin embargo, encontramos algunas divergencias en la terminología, pues si bien todos reconocen al objeto de prueba como aquello de lo que se tiene necesidad de probar, el sujeto de prueba no presenta la misma uniformidad, pues se le denomina también como órgano de prueba, al respecto se nos dice que "... el órgano de prueba es el sujeto intermediario que porta el medio probatorio que suministra al proceso, el que obtuvo en forma ocasional o accidental (como sucede con el testigo) o por encomienda judicial (cuando se solicita dictamen al perito)"²⁹, cabe señalar, que el órgano de la prueba siempre debe ser ajeno al interés litigioso de las partes, razón por la cual el órgano decisor no debe formar parte a la vez del órgano de prueba, pues ambos órganos deben sostenerse imparciales, uno en cuanto a lo que le consta y el otro en lo que le ha conestado de los medios de prueba.³⁰

2.4 Relación entre indicios y evidencias.

Esclarecido el problema entre el sujeto y el órgano de prueba, debemos aclarar la relación entre el hecho criminoso y las huellas que ha dejado de su existencia,

²⁸ Framarino dei Malatesta, Nicolas, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, España, La España moderna, 1995, t. I, vol. 1, p. 56.

²⁹ Polanco Braga, Elías, *Dinámica*, *op. cit.*, p. 31.

³⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 29.

pues al efecto, si estas huellas son materiales, es decir, recaen en objetos físicos, los llamaremos indicios, pues ellos son el “Rastro, vestigio o señal de algo que conduce a lo desconocido... Elemento probatorio indirecto, obtenido de las circunstancias que rodean el hecho que se investiga, al proporcionar las pautas para que racionalmente se determine su existencia.”³¹

Por decirlo de una forma, podemos señalar como vestigios los casquillos percutidos encontrados en la vía pública, cercanos a donde fue encontrado el cadáver de una persona, o tal vez, billetes falsos encontrados en la billetera de un sujeto que intento comprar cigarrillos en una tienda con moneda falsa, etc., todos esos elementos materiales se denominan como indicios, pues son cosas materiales que hablan de la comisión de un hecho criminoso, así, podemos ilustrar que:

El primer medio de descubrimiento de la verdad constituye un conocimiento directo por percepción o intuición sensible, basado en la evidencia sin recurrir a ningún proceso lógico y, en consecuencia, sin necesidad de procedimiento de examen... Es el caso, por ejemplo, de un cuchillo manchado de sangre y exhibido ante el juez, o el escrito difamatorio que se le presenta. El estado del cuchillo o el contenido del documento no tienen necesidad de ninguna otra prueba. Distinta cuestión, si se quiere, consiste en conocer la naturaleza de la herida por el estado del cuchillo, entonces hay que entregarse a inferencias, al considerar el cuchillo como un indicio.³²

Podemos explicar algunas cuestiones, como son, que los objetos materiales por su propia naturaleza no necesitan comprobación, es decir, si encontramos un cuchillo, como señala el autor citado, no necesitamos de más prueba para acreditar la existencia de un cuchillo o de que eso es un cuchillo, pues es razón suficiente el lograr percibirlo por medio de la vista, o por proyecciones de nuestros

³¹ Polanco Braga, Elías, *Diccionario, op. cit.*, p. 157.

³² Gorphe, François, *Apreciación judicial de las pruebas, ensayo de un método técnico*, Colombia, Temis, 1985, p. 28.

sentidos, como el caso de un microscopio o tocarlo por medio de pinzas especializadas. Cosa distinta es el ligar ese objeto con el hecho que se investiga.

La crítica surge a que el objeto por sí mismo es un indicio, y la evidencia es el proceso mental que lo relaciona con el hecho criminoso, forzosamente debemos hablar de la evidencia que nace de un indicio, pues debemos clarificar que es el “Efecto que produce algo (una declaración, un objeto, dictamen...) que causa certeza clara y manifiesta al convencer racional y tangiblemente a alguien...”³³, de modo que si partimos que la evidencia es un efecto, debe involucrarse forzosamente una serie de operaciones lógicas que vinculen el indicio con el hecho criminoso.

Partiendo de lo último, si encontramos un cuchillo con rastros de sangre y le damos el carácter de indicio, en virtud de que a cinco metros se encontró un cadáver con manchas hemáticas y orificios en el tórax y abdomen, debemos realizar una serie de operaciones mentales, en primer término, si ambos elementos (cuchillo y cadáver) se encuentran próximos y además que tienen manchas rojas que asumimos que es sangre, indudablemente podemos darle el carácter de evidencia, sin embargo, no es suficiente, pues además, el equipo de peritos, en su momento, deberán practicar los exámenes pertinentes como:

- Toma de muestras de manchas encontradas en el cuchillo, que presumimos que es sangre, para determinar su naturaleza y características (tipo de sangre).
- Determinar la causa de la muerte de la persona examinando su cadáver, determinar su tipo de sangre, y las características de las heridas presentadas.
- Realizar estudios genéticos entre las manchas de sangre del cuchillo y la sangre encontrada en el cadáver.

³³ Polanco, Braga, Elías, *Diccionario, op. cit.*, p. 123.

Lo anterior por razón de evitar el error, pues, en algunas ocasiones no es posible determinar a simple vista si las lesiones encontradas en el cadáver fueron provocadas por armas punzocortantes o de fuego, así que el perito médico deberá determinar si ellas fueron causadas efectivamente por un cuchillo, en caso de ser así, se deberá determinar si la sangre del arma concuerda genéticamente con la sangre del cadáver.

La intención es clara, evitar el engaño de nuestros sentidos o la mala apreciación y pensamiento de nuestra mente, pues la determinación del hecho criminoso es el fin del procedimiento penal, y un solo indicio que causa una evidencia, no puede ser suficiente para determinarlo, esto es así porque:

...aun cuando se diga evidencia física, es un modo de decir inexacto e impropio, pues por más que se tenga el testimonio de las propias sensaciones además de las referencias ajenas, siempre ha lugar al engaño. Tenemos en las pruebas, además de las ilusiones y alucinaciones de los sentidos tan extraordinarias, las ordinarias decepciones de los mismos;... La vista más que ningún otro sentido, es muy engañadora; si no fuera por el sentido del tacto el que la auxilia y rectifica, viviríamos en un continuo error.³⁴

Por sí mismos, nuestros sentidos son sumamente limitados, así que el juzgador dependerá de la proyección de ellos que otorga la ciencia y la tecnología, pues por medio de peritos y los dictámenes que arrojen, el juzgador estará en capacidad de discernir mentalmente si esos indicios se constituyen en evidencias y posteriormente si hacen prueba. En nuestro ejemplo, podríamos decir, que tal vez, la persona fue ultimada por medio de un picahielos, y un carnicero que iba pasando se sorprendió tanto de esa escena que instintivamente soltó el cuchillo al suelo. Si no fuera por nuestra ciencia moderna y la capacidad de análisis que

³⁴ Ellero, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, trad. de Adolfo Posada, Argentina, Librería "el foro", 1999, p. 51.

proporciona el estudio de la lógica, el carnicero que había quedado atónito hubiera sido condenado posiblemente, por un delito que no cometió, por ello, es la importancia del estudio de la prueba y la certeza.

Los indicios y la evidencia no prueban por sí mismas en cuanto al hecho criminoso, sólo en cuanto a su propia naturaleza, por ello, es que debe existir todo el proceso lógico que el juzgador y en su caso las partes realizan con objeto de acreditar, por lo menos, indirectamente la existencia y circunstancias de la comisión del delito, ahora, podemos aclarar:

...si se deja a un lado ese conocimiento directo y se reserva al conocimiento indirecto la noción de la prueba propiamente dicha, esta se divide en dos grandes categorías: la prueba por raciocinio, que los ingleses llaman circunstancial y la prueba por aserción, que denominan testimonial, en acepción más amplia que la nuestra, porque en ella incluyen la confesión. También se conoce la primera como indirecta; y la segunda, como directa. Pero eso se presta a confusión; pues, tanto en una como en otra, el juez solo indirectamente alcanza el conocimiento de la verdad.³⁵

En resumidas cuentas, podemos afirmar que por la propia naturaleza del hecho que por sí mismo ya no existe, y la frágil naturaleza del conocimiento que pueden aportar los medios de prueba, afirmamos que el conocimiento que podemos adquirir de ellas es indirecto, imperfecto y sujeto de la indebida apreciación del juzgador, así que por mucho que intente declararse la verdad de un hecho, jamás se alcanzará la posibilidad de un conocimiento absoluto sobre lo que en realidad ocurrió, podemos sustentarnos en la opinión de Framarino, que escribió:

En materia penal las relaciones de conformidad entre una noción ideal proveniente de pruebas que, en rigor de términos que queremos comprobar y cualquiera que sean, siempre son imperfectas, y el hecho criminoso, de ningún modo son por entero absolutas sino verdades de hecho, siempre

³⁵ Gorphe, François, *op. cit.*, p. 28.

contingentes. Luego, como veremos la certeza en materia criminal es susceptible de error y admite, por lo tanto, la posibilidad de lo contrario.³⁶

Debemos abandonar pues nuestras indagaciones en cuanto a que sea posible alcanzar una verdad absoluta sobre el hecho punible, pues en todo caso, no se puede obtener más que un conocimiento de segunda y tercera generación por parte del juzgador, y reorientarla al efecto de alcanzar la máxima certeza sobre su naturaleza y existencia.

2.5 Verdad y certeza del hecho delictivo.

Ante la situación derivada del conocimiento del hecho criminoso, no queda más que rendirnos ante la complejidad de la verdad, ya que, como veremos más adelante, la sola determinación de su definición ha desatado muchísimas escuelas de pensamiento, máxime que estamos analizando un hecho criminoso que por su naturaleza ha dejado de existir, y del cual, el juzgador, no ha podido conocer de forma directa; pero, no por esa complejidad, debemos declarar la imposibilidad del conocimiento, mucho menos, podemos afirmar que el juzgador jamás conocerá la realidad en un proceso, pues la consecuente lógica, ya no es hablar de verdad, sino de certeza, aunque contra esta opinión, se han levantado grandes críticas, pues al respecto se nos apunta:

La certeza legal es un error lógico que se resuelve en error jurídico, la condena que obliga á dictar contra quién se reputa inocente, y por la impunidad que se supone a favor de quien se conceptúa culpable y este error jurídico, á su vez, se convierte en error político, por la perturbación que provoca en la convivencia social al contemplar la fatal de condena del inocente y la absolución fatal del reo.³⁷

Ciertamente el autor pone énfasis en la alteración que provoca el no saber discernir adecuadamente sobre el hecho delictuoso, y por ello, la convivencia social es trastocada, sin embargo, como se analizará, el legislador es consciente

³⁶ Framarino dei Malatesta, Nicolas, *op. cit.*, p. 51.

³⁷ *Ibidem*, p. 57.

de esa problemática, y si bien, es evidente que la verdad como ente absoluto no puede ser alcanzado, podemos obtener una certeza que resulte suficiente sobre la culpabilidad para condenar, así, podemos provocar que el inocente quede en libertad, y que en caso de que no se acredite la culpabilidad del culpable, también quede libre, pues no se puede sacrificar la posibilidad de inocencia de las personas por asegurar que el culpable reciba su sanción, por ello es que se ha dado origen al criterio de inocencia, que constituye una forma diferente de pensar que debe utilizar el juzgador.

Ante este panorama, el legislador ha pensado que la comprobación del hecho ilícito penal debe quedar en el juzgador, sin embargo, el ejercicio de la investigación debe recaer en las partes, principalmente en el Ministerio Público, tal como se desprende del artículo 127 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues a él le compete el conducir la investigación y dirigir los cuerpos auxiliares de investigación, esto para generar una hipótesis, es decir, ya el Ministerio Público no debe acreditar la existencia del hecho, como hasta antes de la entrada en vigor del nuevo sistema lo hacía, ahora sólo debe establecer una hipótesis que de explicación al hecho que se investiga.

Al respecto, la hipótesis, como tal, debe ser una proposición lógica y suficiente sobre cómo ocurrieron los hechos, además, debe estar sustentada con material probatorio que la haga verosímil, esta hipótesis será sostenida a lo largo de todo el proceso. Ahora bien, la misma facultad le es concedida al imputado, pues al efecto, puede conocer y estudiar el material probatorio que guarda el Ministerio Público, debe ser asistido por un abogado capas y se le debe auxiliar para presentar medios de prueba, así se encuentra contemplado en las fracciones VIII, IX y XII del numeral 113 del antecitado Código Nacional. Esto es así, porque ambas partes deben generar posturas e hipótesis contradictorias, es evidente que el Ministerio Público presentara una hipótesis acusatoria y, por su parte, la defensa, una hipótesis inacusatoria.

Se somete entonces al juzgador a una dinámica dialéctica, en donde no pueden sintetizarse ambas posturas, sino que debe permanecer una como verdad

absoluta, así que las hipótesis sostenidas por las partes deben servir como orientación al juzgador, pues él solamente puede decidir entre una u otra respecto a la existencia y circunstancias del hecho delictuoso, en ese sentido nos señalan que:

Hemos dicho cómo la teoría puede dar orientación a la búsqueda de hechos, una hipótesis indica lo que estamos buscando (el Ministerio Público debe realizar una hipótesis sobre el imputado). Una hipótesis indica lo que estamos buscando. Al analizar lógicamente los hechos de una teoría, pueden deducirse relaciones distintas de las establecidas en ellas; aquí todavía si tales deducciones son correctas. Sin embargo, la formulación de la deducción constituye una hipótesis; si se la comprueba, pasa a formar parte de una futura construcción teórica; luego la relación entre hipótesis y teoría es muy estrecha.

Una hipótesis es una proposición que puede ser puesta a prueba para determinar su validez, siempre lleva a una prueba empírica; es una pregunta formulada de tal modo que puede revestir una respuesta de alguna especie.³⁸

Si analizamos lo descrito, nos damos cuenta que la determinación sobre la verdad o certeza del hecho delictuoso, necesariamente debe encontrarse bajo el rigor científico, por ello, es que se elaboran sendas hipótesis por las partes, que, en presencia del juzgador, adquieren la denominación de teorías, al ser sujetas del análisis lógico y de estar respaldadas por evidencia y medios de prueba en general, por lo que se someterá a un proceso dialéctico, entonces, dentro del proceso nacional, se denominan como “teoría del caso” a las explicaciones y justificaciones realizadas por las partes.

Es cierto que el Código Nacional no señala expresamente a la teoría del caso, pero no por ello se sugiere que no exista, al contrario, su importancia radica

³⁸ Tamayo y Tamayo, Mario, *El proceso de la investigación científica*, 4ª ed., México, Limusa Noriega Editores, 2003, p. 31

en los continuos debates, pues al ser dialéctico el proceso con igualdad procesal (por lo menos nominalmente), se entiende que las alegaciones se harán respecto a las explicaciones teóricas de cada parte, por lo que podemos entender que la teoría del caso es "...la estrategia a seguir y la visión que tiene cada parte en relación al hecho ilícito a justificar, con medios probatorios, cuya narrativa verbal expone cronológicamente ante el juzgador como tema de la *litis*"³⁹

2.6 La presunción de inocencia, evidencias e indicios.

Lo trascendental que se constituye en el paradigma de nuestro sistema procesal penal radica precisamente en materia de la valoración de pruebas, pues si tomamos en consideración lo dispuesto por el artículo 20, apartado B, fracción I, en la que se contempla la presunción de inocencia, pues ella es en realidad todo el revulsivo de la reforma de 2008, pues no sólo es un beneficio para el imputado-acusado, se trata de un cambio de mentalidad y un criterio orientador para el juzgador en cuanto a la valoración probatoria. Esta cuestión la analizaremos a lo largo de la presente investigación, pero, por ahora, no podemos dejar de largo que durante muchos tiempo, e incluso, en la práctica forense, se les ha dado el tratamiento de sinónimos a las presunciones, los indicios y las evidencias.

No podemos negar que participan de la misma materia, pues ellas tienen un papel determinante en el derecho probatorio penal, sin embargo, su naturaleza es distinta, así conviene citar lo dicho por Florián que nos explica:

...un indicio sirve más especialmente para indicar una cosa, un hecho, una circunstancia, o también una serie de cosas, de hechos o de circunstancias, en suma, un elemento de hecho concreto, del cual se puede sacar una prueba indirecta. La presunción, en cambio, es la conclusión de un razonamiento, que inclusive, puede partir de un indicio, pero con más frecuencia parte de una premisa sugerida por la experiencia de lo que las más de las veces ocurre en el curso natural de las cosas. En nuestro concepto, el indicio siempre tiene un presupuesto concreto, mientras que la

³⁹ Polanco Braga, Elías, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 301.

presunción tiene un presupuesto abstracto y se refiere siempre o muy a menudo a algo general. Como la presunción tiene un contenido de índole general, puede referirse también a conceptos puramente abstractos; en cambio, el indicio se refiere a datos de hecho y tiene un significado específico técnico-penal de indicación de culpabilidad o de inculpabilidad; el indicio es un resultado y la presunción es un procedimiento puramente lógico, que inclusive puede conducir al indicio.⁴⁰

Podemos esclarecer algunas características comunes, en tanto que la evidencia, el indicio y la presunción son parte del terreno del derecho de prueba, y pueden indicar la certeza sobre el hecho delictuoso, sin embargo, su calidad ontológica es distinta, primeramente porque recaen en entes diversos, así observamos que el indicio recae en un rastro, huella o vestigio con un soporte material que existe por si mismo, que no necesita demostración; por su parte, la evidencia es el ligamen lógico que hay entre el indicio y aquello que se pretende probar, es esa deducción que apunta al hecho delictuoso, que no existe por sí misma, más que en la valoración que realiza el juzgador; por su parte, la presunción tiene naturaleza axiológica, es un valor, una consideración que ha realizado de forma general y abstracta el legislador para que sea orientadora del juzgador. En el caso de la presunción de inocencia, es un supuesto axiomático que ha elevado el constituyente permanente al texto constitucional para efectos de guiar al juzgador a que evite condenar al inocente, en virtud de la imposibilidad de conocer el hecho delictuoso de forma directa, es pues, una eximente temporal o definitiva de la culpabilidad.⁴¹

La presunción de inocencia se instituye como una garantía a la ciudadanía contra la deficiente observación del juzgador y sobre el pésimo trabajo de investigación que acostumbra realizar el Ministerio Público, pues incluso de hacer bien su trabajo, el análisis de indicios y evidencias resulta dificultoso, pues al efecto pueden confundirse como indicios y evidencias algunos elementos que en

⁴⁰ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 129

⁴¹ *Cfr.* Polanco Braga, Elías, *Diccionario, op. cit.*, p. 238.

realidad no lo son, por lo cual, debemos señalar algunos errores que pueden ofuscar la apreciación de los indicios⁴²:

- La sucesión temporal de hechos heterogéneos es continuamente interpretada de manera errónea y con una actitud inductivista, como corresponde a un proceso lineal en desarrollo. Se impone así una cierta relación causal a hechos que simplemente suceden en el tiempo, pero que pertenecen a procesos estructurales diversos.
- De la misma manera, la yuxtaposición espacial de estructuras diversas puede equivocadamente ser considerada como si se tratara de la cuantificación del mismo proceso, introduciendo gradientes allí donde el concepto no es aplicable.
- Inversamente, puede considerarse que se está frente a una diversidad de procesos que obedecen a orígenes diferentes.

La cuestión radica, en que la experiencia de los juzgadores y del órgano investigador, a veces dificulta el conocer el hecho delictuoso, *V. gr.*, una vez, en el Distrito Federal, una señora, ama de casa y con mínima instrucción, había puesto a calentar frijoles de la olla, posteriormente, llegó su marido, un hombre de condiciones marginales y de peor instrucción escolar, así que después de unas cuantas cervezas, decidió dormir perdidamente, entonces, la señora, sabedora del mal humor de su esposo después de despertar con resaca, decide ahorrar tiempo y salir a la central de abastos a comprar lo necesario para la cena, la cuestión es que dejó a fuego alto la olla con frijoles, ésta era de aluminio, y al consumirse el líquido, la calcinación de los frijoles más los gases despedidos por el metal, producen un vapor venenoso, que terminó por asfixiar al señor, al regresar al domicilio, la señora notó que ya estaba muerto y llamó a la policía, entonces, el agente investigador supuso que se había tratado de una acción premeditada,

⁴² García, Rolando, *op. cit.*, pp. 46- 47.

basado en el largo historial de mujeres maltratadas que habían decidido exterminar a su marido como una cucaracha, y así procedió a ejercer acción penal por el delito de homicidio, sin embargo, el juzgador que conoció del caso, resolvió que era imposible llegar a semejante conclusión, pese a las evidencias, porque si la mujer carece de la mínima instrucción, no era creíble que ella conociera de las reacciones químicas necesarias para poder asesinar a su esposo.

En el ejemplo en cuestión, que verdaderamente ocurrió, observamos que el juzgador no creyó la hipótesis del Ministerio Público, porque tal, no era acorde a la totalidad de los indicios, y no había tomado en cuenta toda la evidencia, por lo que se debe integrar un resultado que además de coherente, sea creíble y tome en cuenta la totalidad del material probatorio que dispone, pues las regularidades de los fenómenos observados en el proceso, no siempre señalan rumbo a la verdad del hecho delictivo, así nos refieren que:

El papel que desempeñan las teorías no se limitan a su relación con *observables y hechos...* Su función totalmente solidaria con dicha relación, consiste en tornar inteligibles los hechos, organizarlos, jerarquizarlos y “explicarlos”.

...no es aceptable la antigua y persistente idea baconiana de la ciencia, según la cual se llega a relaciones causales por vía inductiva, a través de una generalización de “regularidades” observadas por la experiencia. Esto no excluye que haya leyes empíricas.⁴³

En otras palabras, cuando se pretende conocer el hecho delictuoso, se debe tomar en consideración que siempre ese conocimiento nacerá de fuentes indirectas, e incluso circunstanciales, que deben ser reconstruidas por medios de prueba en la mente del juzgador, además, deberá tomar en cuenta la totalidad del material probatorio y jamás deberá resolver de una forma en particular “porque todos los casos así se han resuelto de esa manera”.

⁴³ *Ibidem*, p. 46.

En conclusión, encontramos que el hecho delictuoso si puede ser conocido, aunque nunca de forma directa por el juzgador, pues de ese, sólo quedan los rastros en forma de indicios, que al asociarse al hecho se transformarán en evidencias. La complejidad de la determinación del hecho delictuoso no puede traducirse en su imposibilidad de aprehensión psíquica, y es imposible ordenar todos los fenómenos relacionados sistémicamente bajo un sistema lógico uniforme.

III. ANÁLISIS DEL JUZGADOR COMO SUJETO DE CONOCIMIENTO.

Como ya lo hemos señalado, en el proceso del conocimiento aparecen dos entes; un sujeto de conocimiento que con sus sentidos pretende abstraer en su psique el hecho delictuoso, entendiendo este último como el objeto de conocimiento, pues la función judicial se encamina a determinar su existencia o no, de existir si es delictivo, y si lo es, enunciar e imponer la sanción correspondiente.

3.1 Tipos de juzgadores en el sistema penal acusatorio y oral.

En nuestro estudio, es preciso señalar que la legislación procesal nacional establece que en el proceso nacional acusatorio y oral intervendrán tres tipos de jueces, los cuales son señalados en el numeral 133 de ella, que a saber son:

- I. Juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio;
- II. Tribunal de enjuiciamiento, que preside la audiencia de juicio y dictará la sentencia, y
- III. Tribunal de alzada, que conocerá de los medios de impugnación y demás asuntos que prevé este Código.

Pese a que su labor está plenamente diferenciada, e incluso, intervienen en momentos procesales distintos, tienen labores en común, los cuales son

enumerados por el artículo 134 de la citada reglamentación y que son los siguientes:

En el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, son deberes comunes de los jueces y magistrados, los siguientes:

- I. Resolver los asuntos sometidos a su consideración con la debida diligencia, dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios que deben regir el ejercicio de la función jurisdiccional;
- II. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento;
- III. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo;
- IV. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los sujetos que intervienen dentro del procedimiento penal;
- V. Abstenerse de presentar en público al imputado o acusado como culpable si no existiera condena;
- VI. Mantener el orden en las salas de audiencias, y
- VII. Los demás establecidos en la Ley Orgánica, en este Código y otras disposiciones aplicables.

De lo citado, podemos encontrar que la fracción I se refiere a la valoración de las circunstancias que le son puestas a consideración, independientemente de si se trata del juez de control o del de conocimiento, en virtud de que en las diversas etapas del juicio es necesaria la valoración de pruebas, o datos de prueba, y en su caso, del discernimiento de lo planteado por las partes.

Claramente el numeral 211 de la reglamentación procesal, nos señala los etapas del procedimiento y la intervención del sujeto de conocimiento al cual denominamos juez, que a saber son:

- I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:
 - a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
 - b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;
- II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y
- III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

Podemos delimitar claramente, con lo citado en la normatividad procesal, la naturaleza de los juzgadores que intervienen en el procedimiento penal, pues si bien tienen el carácter de sujetos de conocimiento, sólo el juez de juicio oral será el facultado para determinar la existencia del hecho delictuoso, la responsabilidad penal del acusado y aplicar la sanción que determine el Código Penal aplicable, con ello, podemos señalar:

- a) El juzgador de juicio oral es aquel miembro del poder judicial, que cuenta con la facultad de supervisar la investigación ministerial y velar por las garantías constitucionales de las partes, además, asegura que existan elementos probatorios suficientes para esclarecer la relación dialéctica de ellas, también, puede determinar en base a su valoración de datos de prueba la idoneidad de las medidas cautelares solicitadas

por el Ministerio Público; interviniendo en la fase de investigación judicializada hasta el dictado de apertura a juicio oral.

- b) El juzgador de juicio oral es aquel miembro del poder judicial, que cuenta con la facultad de dirigir la dialéctica en los debates, observar el desahogo de medios de pruebas, y determinar si ellos son suficientes para que le cause convicción, determinar la verdad del hecho en cuanto a la culpabilidad del acusado y, en su caso, imponer la sanción penal correspondiente.
- c) El tribunal de alzada es aquel cuerpo del poder judicial, que cuenta con la facultad de resolver las impugnaciones efectuadas por las partes, en contra de los actos del juez de control o de juicio oral, según corresponda.

La diferencia, radica en el tipo de valoración que realizan los diferentes juzgadores, para comenzar, el juez de control hace una valoración de “datos de prueba”, que al efecto se consideran como aquellos elementos de material probatorio que aun no han sido desahogados, pues en ese sentido, se desahogarán en el juicio oral al ser introducidos y perfeccionados por medio de la testimonial, y su decisión se basa en si existe suficiencia de datos para poder sostener una relación antagónica entre las partes, y, sobre la aplicación de una medida cautelar derivada de la posibilidad de la evasión del imputado o del daño que podría causarse a la víctima u ofendido.

3.2 El dato de prueba.

La problemática nacida de la enunciación y utilización de los datos de prueba se ubica en que es difícil de aprehender el hecho delictuoso en la psique humana, ahora, si recordamos que los medios de prueba son en realidad factores indirectos que nos dan apenas una noción del hecho, y si añadimos que el juzgador solamente puede utilizar la enunciación que hagan las partes respecto a datos de

prueba, no encontramos con el conflicto de que se pueden anunciar cosas, o probanzas que no tengan que ver con la realidad. En este sentido, analizaremos lo al dato de prueba, por lo que se nos dice que es:

Información recopilada mediante indicios, evidencias, o vestigios relacionados con los hechos constitutivos del delito. / es la referencia a toda fuente de información aún no presentado ante el juez; el que por sí mismo o adminiculado a otros, permite establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputable lo cometió o participó en su comisión. Las actuaciones realizadas por el Ministerio Público durante la investigación sólo podrán ser consideradas como datos de prueba, pero no como medios de prueba; éstos carecerán de valor probatorio para el dictado de la sentencia, pero sí podrán invocarse como elemento para fundar cualquier resolución previa a ésta...⁴⁴

Es menester establecer el juego de palabras que se da en la legislación procesal penal, pues al efecto el artículo 259 no dice que “Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones expresas previstas por este Código y en la legislación aplicable”. Ahora, es necesario concatenarlo con el numeral 261 del mismo ordenamiento que expresa “El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputa”.

Resulta claro que la idea de que el trabajo elaborado por el Ministerio Público en la investigación preliminar, no se ha ido a la basura, pues aunque en la publicidad que se le hace al sistema nacional se ha dicho que los datos de prueba señalados en la carpeta de investigación no servirán para nada, resulta que no

⁴⁴ Polanco Braga, Elías, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 83.

tienen valor probatorio porque no han sido desahogados, pero lo tendrán en cuanto lo sean.

Así el Código lo deja claro cuando establece que el dato de prueba es el material probatorio no desahogado, por lo que ningún medio de prueba podría causar convicción si no se desahogan, y para que el dato de prueba sea considerado como medio de prueba, tan solo se requiere que se introduzca en el escrito de acusación que formulará el Ministerio Público en la etapa intermedia.

La intención del presente apartado es lograr dilucidar al juzgador, cualquiera que sea, como un sujeto de conocimiento, que busca la verdad, ya sea en un primer momento el juez de control trate de asegurarse la existencia de material de prueba suficiente para sostener la relación dialéctica entre las partes durante el juicio oral, ya como el juez de juicio oral que establecerá la verdad del hecho y lo que a él le ha causado convicción imponiendo la sanción correspondiente. Él se constituye entonces de dos partes en su psique, una racional que opera de manera lógica en la valoración de material de prueba, y otra anímica, que se ve influenciada por la argumentación y la retórica, en teoría, nuestro juzgador puede resolver con base al material de prueba, sin embargo, forma de introducirlo será siempre por la oralidad en las audiencias, es decir, se puede influenciar al juzgador en su parte anímica, antes que en la racional.

Si podemos observar que la función del juzgador, además claro, de resolver las cuestiones de las partes y como directos procesal, es la de conocer un hecho por vía de los medios de prueba, se hace necesario determinar lo que se debe entender por conocer, al respecto nos ilustran, “Conocer es una actividad por medio de la cual el hombre adquiere certeza de la realidad, y que se manifiesta como un conjunto de representaciones sobre los cuales tenemos certeza de que son verdaderos...”⁴⁵, ahora, estableciendo que conocer es la abstracción de una determinada idea en la mente por medio de un concepto, debemos esclarecer el carácter científico del proceso psíquico que realiza el juzgador.

⁴⁵ Tamayo y Tamayo, Mario, *op. cit.*, p.16.

Esto es así, porque en su sano juicio estará el aplicar una consecuencia que se puede traducir en el encierro por mucho tiempo de una persona privándola de su libertad, por lo que las actividades de investigación le son confiadas al Ministerio Público para que el juzgador de control realice una valoración previa, en cuanto si son suficientes para sostener la relación procesal del juicio oral, y en el caso del juez de conocimiento, sobre si el hecho delictuoso existe y puede ser atribuido a una persona determinada, por lo que “Es imposible hacer cualquier planteamiento científico a espaldas de la ciencia, y bien podría decirse lo mismo de la epistemología. La base y punto de partida del científico es la realidad...”⁴⁶ así que su finalidad, es alcanzar la realidad y determinar la verdad.

No podría ser de otra forma, pues al ser sistematizado el conocimiento y las proposiciones aportadas por las partes y, en específico, por el Ministerio Público, se debe generar el análisis integrador de los medios de prueba y alegatos aportados por los intervinientes, así que el juzgador (en abstracto) debe realizar una interconexión de los hechos que le han sido demostrados o que considera probados, para efecto de que determine si son coherentes y suficientes para determinar en su conjunto, la verdad sobre el hecho delictuoso y la responsabilidad atribuida al imputado-acusado⁴⁷.

Para ello, es requisito que el juzgador deba estar presente en todos los actos procesales, pues así lo ha establecido el constituyente permanente en el numeral 20 de la Constitución, en su apartado A, fracción II. Hasta parece absurdo que en la Constitución se establezca que el juzgador esté presente en las audiencias, e incluso, de forma rimbombante, lo denominen principio de inmediación, desafortunadamente, debió incluirse ese principio debido a que en la vieja práctica forense, la presencia del juzgador fuera un hecho rarísimo, resultando que él jamás percibiera los medios de prueba, y su valoración fuera generada más por formulismos e intereses políticos, que por el conocimiento adquirido en el proceso.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 16.

Ahora, por lo menos, la idea es que el juzgador pueda procurarse a sí mismo la idea de lo que va a juzgar, por ello, se le exige (por ahora) que esté presente en las audiencias, imponiéndole la prohibición expresa de delegar la función de apreciación y valoración en algún otro individuo, tal como lo establece el mismo precepto constitucional, ligado al artículo 265 del Código Nacional, en el sentido de que el juzgador debe expresar el por qué los medios de prueba han hecho tal y le han causado convicción, a ello nos abonan diciendo:

El afán de dar al tribunal una impresión más fresca y directa posible acerca de las personas y de los hechos... dio lugar al principio de inmediación. Se trata de dos exigencias: la inmediación debe imperar en las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal y, además, en el ámbito de la recepción de la prueba, pero estas exigencias se combinan entre sí e incluso le incumbe a la mediación personal la tarea de servir a la obtención de la verdad material.⁴⁸

Si de por sí, es muy difícil aprehender la realidad sobre un hecho que ya dejó de existir y que conocemos por vía indirecta de los medios de prueba, es imposible, por no decir nugatorio y fraudulento, que se pretenda que se ha alcanzado convicción sobre un hecho delictuoso cuando el juzgador no ha estado presente en el proceso, así, su función real había sido la de firmar sentencias elaboradas por los proyectistas.

Afortunadamente, el sistema nacional establece el principio de inmediación y el que las audiencias sean videograbadas, lo que imposibilita la actividad indolente y pernicioso del juzgador (en la mayoría de los casos), es importante rescatar lo señalado por Baumann en el sentido de que la inmediación no sólo consiste en la observación del desahogo del medio probatorio y la decisión derivada de su valoración y la acreditación del hecho como actualización de la

⁴⁸ Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales*, 3ª ed., trad. de Conrado A. Finzi, Argentina, Depalma, 1989, p. 87.

hipótesis normativa penal, también, interviene ese al resolver las alegaciones de los intervinientes, pues el juzgador es un director y moderador del proceso penal, dando respuesta oportuna a las peticiones de las partes tal como lo señalan los lineamientos del Código Nacional.

3.3 La intermediación y estabilidad, su necesidad.

Entendiendo que el juzgador tiene el deber jurídico y ético de cumplir con el principio de intermediación, entendiéndola como el deber que se le impone para efecto de dirigir, moderar y modelar las audiencias del proceso penal, se debe dar las garantías necesarias para que ejerza dicha intermediación, es decir, se le faciliten los medios para que pueda apreciar las alegación y material probatorio y esté en capacidad de emitir su decisión, ya sea ésta con carácter provisional o la definitiva sobre el fondo del asunto, ello sólo se podría lograr estableciendo su independencia, pues si bien son parte del poder judicial y están bajo la supervisión del Consejo de la Judicatura, y dependen de un presupuesto, lo cierto es que todos esos factores deben ser excluidos al momento de que emita sus fallos, ello es consagrado en el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al contemplar que “Se establecen como principios que regulan la función judicial, tanto en su aspecto de impartición de justicia, como en su aspecto administrativo los siguientes:... la imparcialidad,... la independencia,...”, sin embargo, resulta aplicable que esa independencia debe ser garantizada por la estabilidad del juzgador, de otro modo, por alguna decisión que resulta “incorrecta políticamente hablando”, se vería comprometido su puesto, e incluso sería perseguido, por lo que ante esa situación, el juzgador que sepa que sus decisiones influirán en lo político, jamás podría ser independiente, y en consecuencia, jamás será imparcial; en ese sentido nos abonan:

El principio de la independencia de los jueces sólo existiría, ciertamente sobre el papel si no estuviera asegurado en forma especial. Hay que mencionar aquí la inviolabilidad y la estabilidad del juez...

Únicamente por motivos especiales y con un procedimiento especial, los jueces pueden ser destituidos o suspendidos...⁴⁹

Al efecto, el numeral 216 de la mentada Ley Orgánica señala las sanciones a imponer a los juzgadores en caso de cometer alguna sanción, que a saber son:

- I. Amonestación;
- II. Multa de diez a cien días de salario que el servidor de que se trate perciba;
- III. Suspensión temporal de cinco días a cinco meses, sin goce de sueldo; y
- IV. Separación del cargo.

Por lo que es claro que dependiendo de la gravedad de la infracción cometida se impondrá alguna sanción, y como lo señala el autor, estas faltas deben estar expresamente reguladas, tal como lo establece el numeral 220, que son:

- I. No dictar, sin causa justificada, dentro del término señalado por la ley, los acuerdos que procedan a los escritos y promociones de las partes;
- II. No dar al secretario los puntos resolutivos ni dictar, sin causa justificada, dentro del término que señala la ley, las sentencias interlocutorias o definitivas de los negocios de su conocimiento;
- III. No concluir, sin causa justificada, dentro del término de la ley, la instrucción de los procesos de su conocimiento;
- IV. Dictar resoluciones o trámites notoriamente innecesarios, que sólo tiendan a dilatar el procedimiento;

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 50 y 149.

- V. Admitir demandas o promociones de parte de quien no acredite su personalidad conforme a la ley, o desechar por esa deficiencia, unas y otras, de quien la hubiere acreditado suficientemente;
- VI. Admitir fianzas o contrafianzas en los casos que prescriben las leyes, de personas que no acrediten suficientemente su solvencia y la libertad de gravámenes de los bienes que sirvan para ello;
- VII. Actuar en los negocios en que estuvieren impedidos por las causas previstas por la ley;
- VIII. Hacer declaración de rebeldía en perjuicio de alguna de las partes, sin que las notificaciones o citaciones anteriores hayan sido hechas en forma legal o antes del término previsto por la ley;
- IX. No recibir las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio, cuando reúnan los requisitos establecidos en la ley;
- X. Hacer uso, en perjuicio de las partes, de los medios de apremio sin causa justificada;
- XI. No presidir las audiencias de recepción de pruebas, las juntas y demás diligencias para las que la ley determine su intervención;
- XII. Señalar, para la celebración de las vistas o audiencias, injustificadamente, una fecha lejana;
- XIII. Decretar un embargo o ampliación de él, sin que se reúnan los requisitos de ley, o negar la reducción o levantamiento del mismo, cuando se prueben en autos, de manera fehaciente, que procede una u otra;

XIV. No concurrir, sin causa justificada, al desempeño de sus labores oficiales, durante todas las horas reglamentarias;

Estableciéndose el procedimiento respectivo para su imposición en los artículos 221 a 215 de esta ley, por lo que la decisión será tomada por el Consejo de la Judicatura, y sólo procederá a imponer la separación del juzgador del cargo por una falta considerada como grave. En otras palabras, la legislación reconoce la estabilidad e independencia del juez y le asegura que sólo en faltas graves, podrá ser sancionado, incluso, parece ridículo el haber establecido el principio de inmediatez en el cuerpo constitucional como si se tratara de una innovación legislativa, toda vez, que ya se contemplaban sanciones para su inobservancia.

3.4 La independencia del Juzgador.

La independencia del juzgador para tomar sus decisiones, entendiéndola como la potestad soberana con que cuenta para emitir en libertad sus determinaciones jurisdiccionales sin más obediencia que al derecho, queda con la única limitante, además de los límites legales y constitucionales, de que sea coherente, racional y obedezca los principios de la lógica, fundando y motivando en todo momento su proceder, otorgándole plena libertad de la valoración y asegurándole la independencia como presupuesto de su imparcialidad, pero, nos podemos enfrentar a determinados problemas, pues la independencia como presupuesto de su imparcialidad, no se limita al ámbito institucional, a la idea de la independencia de un superior jerárquico en cuanto a la convicción, pues, indebidamente, se han politizado determinados acontecimientos que se relacionan con la justicia penal.

Al politizarse, se corre el riesgo de que la decisión del juzgador no sea independiente, y en consecuencia, imparcial, de primera fuente, porque queda supeditado a la pretensión que ejercen los medios de comunicación, pues ellos actúan haciendo verdaderos linchamientos mediáticos, así podemos basarnos en que:

La independencia del juez está así ampliamente asegurada, pero quedan dos grandes peligros, uno de los cuales puede ser contenido y el otro debe ser tolerado; de todos modos, el juez podría algo con una mejor formación.

Para referirnos al peligro mencionado en segundo término, diremos que el peligro de la dependencia de los medios masivos, como la prensa, la radio y la televisión, aumenta tanto más cuanto más y más activamente estos medios influyen en el ámbito privado e incluso en el de la Justicia. Aquí colinden el conflicto entre la independencia judicial, también de esos medios masivos, y el interés del público por la información... una campaña general de la prensa puede influir en procedimientos en curso...⁵⁰

Definitivamente el peligro es constante, pues la mayoría de los ciudadanos carecen de los más mínimos conocimientos de la ciencia jurídica, es más, desconocen si quiera lo más mínimo relacionado con la justicia, sólo actúan como entes morales y, por consecuencia, su opinión puede ser guiada por algunos otros personajes que forman parte de los medios masivos de comunicación.

El ejemplo más claro es que se ha acuñado en el argot informativo el término de “líder de opinión”, el cual es otorgado, generalmente, a quien preside el noticiero nocturno de cada televisora, o en su caso, al columnista más sagaz de los medios impresos, los cuales, en todos los casos que conozco, no tienen la más mínima instrucción real de ciencia jurídica, lo cual, puede generar que sus opiniones “mal fundadas” sean implantadas en la mente colectiva, es decir, si a la estrella del noticiero le parece que tal personaje, detenido hace unos meses, es culpable, transmitirá esa idea a la sociedad que lo considerará culpable, y la sociedad como ente difuso, creará una gran presión en el juzgador, pues éste es también un ser humano susceptible de la influencia externa.

Ya se han dado casos de ésta situación a lo largo de la historia, uno de los casos más famosos es el un comerciante vecindado en Tolosa, llamado Juan Calas, el cual, un día encontró ahorcado a su hijo primogénito, la población

⁵⁰ *Ibidem*, p. 152.

indignada ante tal suceso, amenazó con lincharlo, dada la presión en las autoridades, se aprehendió a toda la familia y se condenó a muerte y tormento a Jean Calas, Voltaire observó las inconsistencias del proceso, y decidió defenderlo, obteniendo la libertad del acusado⁵¹; percibimos que la historia relata acontecimientos en los cuales el grupo social ha ejercido una función jurisdiccional, incluso condenando a ciertas personas, relegando a los juzgadores como órganos formalizadores, pues aplicarán la decisión que ya ha tomado el pueblo.

Esto no es algo lejano, o que haya desaparecido de la historia moderna, pues en el caso de México, los jueces jamás podrán ser independientes e imparciales, sino hasta que se les asegure las condiciones necesarias y se les desligue de los asuntos políticos y de las decisiones políticamente correctas, además, ellos no pueden obrar milagros, ni tienen facultades auténticas de investigación, sólo pueden trabajar, conocer y decidir con lo aportado por las partes, y mientras el Ministerio Público no asuma el papel que le corresponda, el juzgador quedará a expensas de resolver de acuerdo a derecho pero “incorrectamente en términos políticos”.

Para ejemplificar tal situación, podemos hacer referencia a un caso que conmocionó a la sociedad, y aunque fue una decisión correcta, dejó en mal estado a las instituciones que intervienen en el procedimiento penal, nos referimos al de Florance Cassez, pues el Ministerio Público fue utilizado de una forma vil y artera con fines políticos, y se orientó a la sociedad por los medios de comunicación de que ella es culpable, tanto los jueces de primera instancia, como los de segunda, se dejaron influenciar por el circo mediático, hasta que el asunto fue conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que valoró que no había indicios ni evidencia suficiente para sostener la culpabilidad de la francesa, además, dejó de manifiesto que todo lo relacionado a la su detención se había tratado de una recreación, incluso, en la sentencia de amparo directo en revisión 517/2011, la primera sala estableció:

⁵¹ *Ibidem*, p. 4.

Ante la presión de los reporteros y su inquietud sobre el tema, las autoridades aclararon que, en realidad, los medios de comunicación no estuvieron presentes durante la detención de los inculpados ni al momento de la liberación de las víctimas.

...En esta lógica, aceptó que las imágenes transmitidas en televisión no reflejaban el momento real de la detención y rescate de las víctimas, pues sería irresponsable que los medios acompañasen a los agentes en el momento en que se realizan infiltraciones y rescates. A continuación aclaró que este tipo de transmisiones televisivas no inciden jurídicamente en los procesos y que no tenían ninguna importancia.

... El reconocimiento público de las autoridades sobre el montaje causó un gran impacto mediático, tal y como se desprende de las notas periodísticas de algunos de los principales medios impresos en México. Las notas de prensa destacan que durante la conferencia, las autoridades fueron enfáticas en señalar que el “destape” del montaje no modificaba en nada las pruebas en contra de la quejosa, destacando que Cassez ya había sido reconocida por las víctimas rescatadas en Las Chinitas. Esto último resulta relevante ya que cuando salió a la luz pública este hecho, solo la Víctima-Testigo 1 había efectuado dicho reconocimiento.

Es decir, del pésimo montaje elaborado por la policía y el Ministerio Público se había generado la convicción de la culpabilidad en el juzgador sobre la francesa, además, ya la sociedad la había condenado, pues los medios de comunicación ya la había presentado como culpable, máxime, que ninguno de las víctimas la habían identificado como partícipe de sus respectivos secuestros, sino después de que vieron el montaje por televisión; sólo la autoridad investigadora señaló que eso era un montaje, hasta que ya se hacía insostenible el creer que el operativo televisado había sido realidad.

El problema de esa recreación, no recae propiamente en la falta de asistencia consular, pues con sólo esa violación, la Corte le hubiera otorgado el amparo, pero para efectos de que se repusiera el proceso, el verdadero punto de quiebre, fue la

manipulación de los medios probatorios, pues, la sociedad ya la había considerado culpable, y los testigos que fungían como órgano de prueba, ya habían sido contaminados por la impresión que les había causado el montaje televisado en su psique, por lo que se hace imposible que puedan señalar de manera creíble la responsabilidad de Cassez, la Corte señaló:

No son las horas ni los minutos los elementos que debemos tomar en cuenta a fin de tener por consumada la violación, sino la justificación o motivos por los que una autoridad retiene a un detenido. En nuestro caso no es una actuación loable de la policía –como lo sería la protección de las víctimas–, ni siquiera una situación accidental –como lo sería el intenso tráfico de la Ciudad de México–, **sino la manipulación de las circunstancias y hechos objeto de la investigación.**

son las horas en las que Cassez realizó su primera declaración y son las horas en la que la autoridad se encargó de divulgar a los medios de comunicación las escenas grabadas en el montaje. En definitiva, son las horas que marcaron el curso de toda la investigación.

...

El caso que nos ocupa es uno de ellos. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrenta a un caso muy específico en el que la violación a los derechos fundamentales a la asistencia consular y a la puesta a disposición sin demora, produjeron, por sí mismas, una indefensión total de la recurrente. Aunado a lo anterior, en el caso concreto esta indefensión se produce no solo por la violación individualizada de estos derechos, sino porque, además, estas violaciones han producido la afectación total del procedimiento al tener una incidencia devastadora en otros derechos fundamentales, como la presunción de inocencia y la defensa adecuada.

Las violaciones fueron tan grandes, que incluso resultaría ya imposible determinar la verdad del hecho para el juzgador, el material probatorio fue viciado

en su totalidad, por eso, resultó en la imposibilidad de ordenar la reposición del procedimiento, sólo quedaba que se otorgará el amparo liso y llano, porque no había material de prueba que pudiera válidamente siquiera indicar la culpabilidad de la francesa, ante ello, la Suprema Corte se enfrentó a un linchamiento mediático, porque ya los medios masivos sólo podían defenderse señalando que la Corte exageró en otorgar de esa manera el amparo, y la sociedad se sentía molesta, porque verdaderamente creyó que ella era culpable. Por ello, todo el sistema judicial se hundió en el descrédito, siendo que la responsabilidad es para el Ministerio Público que se prostituyó por el interés político.

Otro caso altamente conocido, fue el llamado “caso Rubí”, en el que supuestamente la pareja sentimental de una joven llamada Rubí, la asesinó y desapareció sus restos, a lo que el joven fue detenido y así comenzó el procedimiento penal seguido en su contra. Del estudio de las audiencias del juicio oral celebrado en la sala dos del Distrito Judicial de Bravo, en Chihuahua, fecha 26 de abril de 2010⁵², se observa claramente que no existe material probatorio que acredite la responsabilidad penal del acusado, ahora, si tomamos en consideración que los indicios jamás pudieron ser ligados a los hechos que se pretendían acreditar, es evidente que los juzgadores debieron decretar su libertad.

La situación no es la comentada, sino que por el manejo mediático del juicio oral, los jueces quedaron expuestos a la opinión pública que desconoce los principios más básicos del derecho procesal penal, por lo que la sociedad los acusó de “corruptos”, en el mejor de los casos, además, fueron separados de su cargo y sometidos a juicio político, según lo marca la Constitución estatal, y por si fuera poco, debieron renunciar como medida de salvación y exiliarse a los Estados Unidos de América; todo ello, por hacer bien su trabajo. No queremos otorgarles el título de mártires, pero han sido muy cercanos a ello.

⁵² Cfr. Renee Licon (publ.), *Audiencia completa de debate de Juicio Oral Caso Rubi Chihuahua 1 de 12 y siguientes*, 06 de febrero de 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=hNOYjr5vx-Y>

Si logramos que, como sociedad y parte del Estado, se asegure la independencia y con ella, la imparcialidad del juzgador, podemos darle campo abierto a la posibilidad de que realice las operaciones lógicas necesarias para apreciar el material probatorio y su relación con los hechos que se pretenden acreditar.

3.5 Inferencia del Juzgador.

Una vez, asegurada la independencia del juzgador como presupuesto de su imparcialidad y cumplido el principio de inmediación, podemos exigir al juzgador que relacione los hechos probados con la norma jurídica penal en la que se enlistan las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito; pues ese proceso lógico de relación constituye la inferencia, ello porque la ley, en particular la penal, es un proceso cognitivo que debe pretender estar fundada sobre proposiciones de conocimiento aplicadas objetivamente a situaciones factuales por medio de la lógica de los silogismos, pero, de hecho, la decisión del juzgador es una decisión realizada sobre procesos que tienen sus bases en valores y creencias que lo llevan a tomar esa decisión.⁵³

Podemos, sin temor a equivocarnos, que la apreciación lógica de las pruebas consiste en la libre convicción del juzgador, la que se presenta como el ligamen que mentalmente realiza él con respecto a los hechos que se pretenden acreditar, posteriormente, debe hacer el ligamen del hecho que considera acreditado con el encuadramiento en la norma penal, lo que nos lleva a la repetición de los problemas señalados en la interpretación del juzgador, pues quedará sujeto de forma inconsciente a las valoraciones previas y a la experiencia que concurra en su mente.

Esas operaciones deberán quedar asentadas en la sentencia, tratando de reflejar la misma analítica que dio lugar en su mente, de la misma forma, estudiará en primera instancia los medios de prueba que le han sido aportados y la relación

⁵³ Cfr. Geoffrey, Samuel, *Epistemology and method in law*, Estados Unidos de América, Ashgate, 2003, p. 31.

que guardan con los hechos, otorgándoles el carácter de prueba, pues deberá indicar el grado de convicción que cada una de ellas le causa y la relación con los hechos que se atribuyen al acusado, de esta forma, estará en condición de determinar cuáles hechos pueden ser tomados como ciertos, y de forma posterior, establecer si dichos hechos se encuentran contemplados en alguna hipótesis penal, para dar lugar a la imposición de las sanciones que correspondan. Se nos ofrece la siguiente visión del papel del juzgador en la valoración:

...siguiendo el examen analítico del material del proceso (cuya síntesis es la sentencia), que hace el juez, es posible observar que, en primer término, estudia las pruebas en particular teniendo en cuenta especialmente las presunciones, luego considera todos los elementos que pueden demostrar la inocencia o proponer atenuantes o la culpabilidad del imputado, en seguida pone en relación a los diferentes medios de prueba y las presunciones, eliminando las que no tienen fundamento o no resisten los contrastes, para aceptar las que resulten firmes; por último decide afirmativamente, cuando vencidas todas las dudas, su ánimo se inclina en virtud de una moral necesidad a la solución resultante de la prueba triunfante.⁵⁴

En el caso de la etapa de investigación judicializada, en la que por disposición del artículo se entiende a la imputación como "...la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del juez de control, de que se desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito", así mismo, el Ministerio Público debe sustentarla con material probatorio, en específico, con datos de prueba, los cuales servirán de base para que el juzgador de control decida sobre la vinculación a proceso que también será solicitada previamente por la representación social, de esos datos aportados se debe establecer razonablemente la posibilidad de que el imputado haya realizado la comisión del delito o participado en él, efectivamente, el juzgador de control, no debe determinar si el imputado en realidad cometió o no el ilícito penal,

⁵⁴ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 42.

simplemente que hay una inferencia suficiente entre los datos aportados por el investigador ministerial que apunte en esa dirección, de esta suerte nos aclaran:

Los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida en los cuales se sustente la imputación son los que generar la inferencia razonable que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, siendo así que el juez debe analizar cuidadosamente cuáles son esos elementos materiales probatorios, evidencias físicas y la información legalmente obtenida con el fin de auscultar si la “inferencia razonable que hace el fiscal” en realidad da cabida al fenómeno de autoría o participación del imputado.⁵⁵

Pese a lo anterior, la posibilidad o probabilidad que da la inferencia originada entre los hechos que se pretenden acreditar y la evidencia es muy débil, incluso, ya descubrimos que el hecho por sí mismo en su propia naturaleza, no puede ser conocido de forma directa, entonces, la verdad sobre el hecho, debe recaer en un concepto similar, la certeza, así la certeza debe operar como la convicción que han causado en el juzgador el cúmulo de datos de prueba, en este sentido, el juez de control sólo puede resolver la vinculación a proceso partiendo de la enunciación de los datos de prueba que existan en la carpeta de investigación y aquellos que aporte la defensa en las audiencias preliminares, de este entendido, las operaciones mentales del juzgador no se orientarán por su parte racional, sino que su parte anímica estará fuertemente influenciada por la capacidad argumentativa de las partes, pues el proceso psíquico se conformará únicamente de la vía que representa la oratoria; con ello, el juzgador se podrá formar una idea, una representación mental de lo que posiblemente haya ocurrido, y en su caso, si existe la posibilidad de que las partes estén en posibilidad de sostener una contienda dialéctica, la cual, debe ser sostenida principalmente por el Ministerio Público, en este sentido, nos señalan:

⁵⁵ González Navarro, Antonio Luis, *Efectos jurídicos de la imputación en el proceso penal acusatorio*, Colombia, Leyer, 2010, p. 414.

Los objetos de nuestro pensamiento son las ideas que se nos procuran, bien por la mera inteligencia (ideas puras), bien en virtud de las sensaciones, o bien, en fin, merced a las demás relaciones (ideas mixtas): La certeza surge de las relaciones de la primera clase, llámese metafísica; la proveniente de las de la segunda, física, y de la de la tercera, histórica.

...

De hecho, en la certeza metafísica hay una sola causa posible de falsedad, el error, en la física, dos, el error y la ilusión de los sentidos; en la histórica, tres, el error, la ilusión de los sentidos y la mentira del testimonio.⁵⁶

Si ya abordamos la imposibilidad física de abstraer la verdad del hecho delictuoso, y la suplimos con la posibilidad de tener certeza, no encontramos frente a que hay varios tipos de certeza, a lo que podemos comentar:

- a) No es dado que el juzgador pueda llegar a la certeza metafísica, en virtud de que ella se origina como ideas abstractas y puras en la mente humana, por lo que si la legislación procesal nacional le encomienda el deber de la valoración del material probatorio, ya sea juez de control o de conocimiento, estará imposibilitado de utilizar sus ideas propias, pues de hacerlo, estaría prejuzgando, haciendo nugatoria la valoración de la prueba.
- b) No podemos sostener que el juzgador llegue a la certeza histórica, en razón de que él no puede investigar, ni puede allegarse del material de prueba que considere necesario, mucho menos practicar las peritaciones necesarias, pues él se vale de los medios que le son aportados en la relación dialéctica de las partes.
- c) Ciertamente, la certeza del juzgador está en la mixta, la que resulta en la más imperfecta de todas, porque depende de lo formulado y aportado de las partes, se enfrenta a únicamente decidir sobre dos hipótesis, y puede

⁵⁶ Ellero, Pietro, *op.cit.*, pp. 45 y 50.

concurrir el error, la mala apreciación de la prueba y las falsedades en que hayan incurrido las partes, e incluso, los órganos de prueba, ello porque se ha dado especial preponderancia a la oralidad como el medio de perfección de la prueba, lo que origina que la parte anímica del juzgador se encuentre por encima de su aspecto racional.

Estamos en condiciones de agregar otra imposibilidad, pues al analizar la figura de los juzgadores en el sistema acusatorio, los extraemos del espacio-tiempo, y no tomamos en consideración que pueden aparecer factores como el agotamiento mental, máxime si tomamos en consideración que todo el procedimiento probatorio pende del instrumento de la oralidad, y el juzgador debe estar atento a aquello que fue alegado e introducido en el debate, toda determinación del juzgador debe ser apoyada únicamente con lo que se le aportó, en aras de evitar ese agotamiento, los documentos que resultan muy extensos se introducirán haciendo la comunicación solamente de su contenido esencial.⁵⁷

3.6 Valoración probatoria.

Ya analizada la capacidad psíquica del juez, y su labor, así como los requisitos para que se desarrolle su función con imparcialidad e independencia, más las dificultades que trae consigo la naturaleza de que el hecho delictuoso sea imposible de conocer de forma directa, debemos estudiar ahora el ejercicio propio de la valoración, la que consideramos con que se trata del análisis crítico y del momento mismo en que el juzgador realiza el ejercicio de ligar las evidencias con los hechos y determinar si los medios de prueba ofrecidos han sido suficientes o no, en su caso, determinará si esos medios de prueba se convertirán en pruebas. En ese tenor, nos establecen:

...la valoración de la prueba. Consiste en el análisis crítico e integral del conjunto de elementos de convicción reunidos y definitivamente introducidos con la actividad práctica anteriormente cumplida; análisis que

⁵⁷ Cfr. Baumann, Jürgen, *op. cit.*, p. 82.

persigue la obtención, como resultado, de un juicio final de certeza o de probabilidad con respecto al fundamento práctico de las pretensiones hechas valer.⁵⁸

Una simple hipótesis se erige como un presupuesto para la decisión judicial, pues en base a las hipótesis rendidas por las partes, es que el juzgador decidirá, ya sea, para condenar o absolver, se necesita hacer el razonamiento de los hechos comprobados, el lapso que existe entre el momento del desahogo de medios de prueba tendientes a comprobar la hipótesis y aquel en que el juzgador ha valorado, es mediado por el esfuerzo del juzgador por alcanzar la verdad.⁵⁹ Entendemos claramente que la valoración de prueba es el proceso mental que realiza el juzgador, donde establece si los medios de prueba aportados se constituyen en pruebas, y sobre todo, si esas pruebas determinan la verdad o certeza del hecho, así que es tanto un momento como un ejercicio analítico, en este sentido, la doctrina no ha ahondado en el descubrimiento del proceso psíquico del juzgador, y en muchas ocasiones, se ha relacionado con la actitud que asume el juzgador frente al material aportado.

Para la posibilidad de determinar los efectos de la actitud individual del juzgador en las decisiones judiciales se ha utilizado la técnica de compilar y analizar las actitudes de los juzgadores, Glendol Shubert, S. Sidney Ulmer y Harold Spaeth han apuntado en esa dirección. Básicamente el esfuerzo ha sido derivado de la actitud judicial de los jueces realizando un escrutinio de su comportamiento por medio de técnicas de graficación y notas de análisis, sin dejar a un lado los detalles de las técnicas que son claras y adecuadas para describir el fenómeno. La lógica de este tipo de estudios es simple y directa. Con las graficaciones se juntan un juego de casos donde todos ellos reflejen un grupo de problemáticas sociales, económicas o políticas relacionados con los derechos civiles y sus libertades, siendo indiferentes de las circunstancias legales y

⁵⁸ Clariá Olmedo, Jorge A. *Derecho procesal, estructura del proceso*, t. II, Argentina, Depalma, 1983, p. 188.

⁵⁹ Cfr. Florián, Eugenio, *op. cit.*, t. I, p.350.

factuales, así ha podido analizarse la forma que tienen los juzgadores de valorar las circunstancias y los medios de prueba.⁶⁰

Concluimos que la actividad del juzgador, a lo largo del proceso, se centra con el objetivo de conocer la verdad sobre la culpabilidad del acusado en relación con el hecho delictuoso que se le atribuye, por lo que de los medios de prueba debe originarse un resultado, una prueba que establezca la demostración o no del hecho materia del juicio, es decir, el ejercicio de valoración se constituye en el pilar donde desembocan todos los esfuerzos procesales.⁶¹

IV. POSTURA GNOSEOLÓGICA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL.

Ya hemos definido las características y naturaleza de los dos elementos principales de nuestro estudio, el juzgador, siendo éste en abstracto pero haciendo hincapié en el de juicio oral, identificándolo como sujeto de conocimiento con dos partes integradoras, la anímica y la racional; y al hecho delictuoso, estableciendo sus características y naturaleza, sus rastros son indicios y sólo por medio de ellos se puede conocer, por supuesto, lo hemos identificado como el objeto de conocimiento que debe ser conocido por el juzgador.

Debemos entonces establecer qué, la unión que hay entre el juzgador y el medio de prueba para conocer el hecho delictuoso es el sistema gnoseológico, es decir, la operación mental y las posturas lógicas que adopta el juzgador al momento de valorar la prueba y ligarla con el hecho delictivo para determinar la suficiencia de ella y la posibilidad de este.

4.1 El proceso gnoseológico.

El punto por donde debemos comenzar es determinar lo que se debe entender por gnoseología, la que en la filosofía se le conoce como “teoría del conocimiento”,

⁶⁰ Cfr. Shapino Martin and Aleck Atone Sweet, *on law politics and judicialization*, Estados Unidos de América, Oxford, s/a, p. 30.

⁶¹ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 357.

“...es, como su nombre lo indica, una teoría, a saber: una explicación e interpretación filosófica del conocimiento humano... el conocimiento se presenta entonces, como una relación entre estos dos miembros (sujeto-objeto) que permanecen eternamente separados uno del otro”⁶². Al no estar juntos y el sujeto al poder conocer únicamente por sus sentidos o su mente, formándose una idea, un concepto o una representación del objeto, debe determinar la verdad de él por medio de una visión filosófica que le de las herramientas para poder conocer.

Así las cosas, qué es lo que debemos entender por verdad, pues ella, resulta un concepto muy anárquico, pero, se nos orienta con que “La verdad en el conocimiento, entonces, sólo puede consistir en la producción correcta (conforme a las leyes lógicas) del objeto, lo que significa que el pensamiento concuerda con sus propias leyes”⁶³; si bien, no podemos interferir con la esfera del hecho delictuoso, pues corresponde a un tiempo-espacio diverso al del juzgador, lo cierto es que por medio de la prueba, se puede determinar la concordancia de ellas con las hipótesis aportadas por las partes, así que de la relación de todo este sistema, se puede establecer la concordancia de una hipótesis en particular, con los rastros dejados por el delito, estableciéndose una certeza o verdad.

En otras idea, podemos manejar que es imprescindible que el juzgador salga de su propia esfera valorativa, que se despoje de su personalidad para que trate de adentrarse en aquella que le proporcionan los medios probatorios, para que pueda aprehenderlos mentalmente, pues ocurre de esa forma una mutación, un cambio en la percepción del juzgador debido al conocimiento que ha adquirido, pues ha tomado conciencia de la naturaleza del hecho delictuoso y formándose un concepto de él, en este sentido Hessen nos señala:

Desde el punto de vista del sujeto, esta aprehensión sucede como una salida del sujeto fuera de su propia esfera, una invasión de la esfera del objeto y una

⁶² Hessen, Johan, Teoría del conocimiento, trad. de Roberto Mares, 3ª ed., México, Tomo, 2007, pp. 37-38.

⁶³ *Ibidem*, p. 169.

captura de las propiedades de éste, el objeto no es llevado dentro de la esfera del sujeto, sino que permanece trascendente a él, no es en el objeto, sino en el sujeto que cambia algo por obra del conocimiento: en el sujeto surge una cosa que contienen las propiedades del objeto, de da una imagen del objeto.⁶⁴

Esta imagen, formada en la mente del juzgador es un concepto, pues queda atrapada en esa mente, sin embargo, el juzgador debe procurar y estar seguro de que ese concepto es verdadero, lo cual, únicamente puede ser orientado por una postura gnoseológica en el sentido de que constituyen una postura que le permite al juzgador crear fiablemente un concepto verdadero sobre el hecho delictuoso.

Cómo podemos nosotros enfrentarnos gnoseológicamente al problema de la verdad, si ya hemos definido que podemos acercarnos por medio de un criterio de certeza, este nacerá de alguna concepción que presente el juzgador sobre el mundo, debido a que es ineludible que la aprehensión del objeto (hecho delictuoso) depende en gran medida de la valoración interna y las concepciones individuales de cada juzgador, Popper nos orienta al señalar algunas formas que se han presentado con respecto al problema de la verdad.

El relativismo se apoya en ciertos argumentos que se desprenden de la pregunta - ¿qué es la verdad?-, formulada por un escéptico confiado que sabe, con certeza, que no hay respuesta alguna. No obstante, la pregunta –de Pilato- puede contestarse de forma simple y razonable, aunque de una manera que difícilmente le habría satisfecho, como sigue: una aserción, proposición, enunciado o creencia, es verdadera si, y sólo si, se corresponde con los hechos⁶⁵

Ciertamente, esa correspondencia con los hechos es lo que nosotros entendemos con certeza, y no podemos caer en el relativismo como forma de interpretar lo que perciben nuestros sentidos, pues ello, quitaría toda legitimidad

⁶⁴ Hessen, Johan, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁶⁵ Popper, Karl R. *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Coedel, España, Surcos, 2006, p. 781.

del Estado para, siquiera, juzgar, además de que es insostenible, pues el desarrollo tecnológico y la transmisión del conocimiento de la ciencia, nos sugiere que es posible esclarecer aspectos de la verdad por medio de la certeza que se obtiene, sin embargo, el autor nos plantea una interrogante más:

... ¿qué queremos decir cuando afirmamos que un enunciado se corresponde con los hechos?...⁶⁶

Muy tramposamente lo hace, porque del estudio de la obra, no esclarece qué es, o en qué consiste esa correspondencia de la idea con los hechos, y se limita a ofrecer una salida a medias, la que consideramos cercana a nuestra idea de la certeza, pues señala:

Combiné simplemente las ideas de verdad y de contenido, y obtuve la de contenido de verdad de un enunciado a, es decir, la clase de todos los enunciados verdaderos que se siguen de a. el contenido de falsedad puede definirse, aproximadamente, como su contenido menos su contenido de verdad, por consiguiente, podemos decir que un enunciado a –se acerca más a la verdad que un enunciado b si, y sólo si, su contenido de verdad a aumentado sin aumento de su contenido de falsedad.⁶⁷

Entendiendo que se considerará verdadero un argumento, en este caso, la hipótesis del hecho delictivo si el material probatorio apunta a que es verdadero, es decir, dejando sin ninguna duda que ha dejado de existir alguna falsedad o inconsistencia en las hipótesis planteadas por las partes, estamos entonces frente a la certeza, no propiamente ante la verdad, pero, para fines prácticos, debemos entender esos términos como sinónimos.

Podemos encontrar cabida al razonamiento anterior en lo dispuesto por el numeral 402, tercer párrafo del Código Nacional de procedimientos Penales, pues establece “Nadie podrá ser condenado, sino cuanto el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable,...” podemos afirmar, que

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 788.

en sentido contrario, se puede dejar absolver cuando haya dudas sobre la culpabilidad del acusado, pero es requisito para condenar que el contenido de falsedad del argumento de culpabilidad presentado por el Ministerio Público y demostrado esté vacío, no debe permanecer ningún rastro de falsedad que señale la culpabilidad del sujeto, pues de existir el más mínimo, se estaría en el supuesto de una duda razonable; cabe aclarar, que en el caso de condena, también juega un papel muy importante la duda moral, pues la convicción del juzgador en cuanto a la culpa, debe ser también anímica y no sólo lógica.

Si lo ejemplificamos, la hipótesis A, sería la sostenida por la defensa, la cual, señala la inocencia (en cualquier forma) del acusado, la hipótesis B, sería sostenida por el Ministerio Público, que invariablemente, tiene el deber de acusar, así que será tendiente a presentar la culpabilidad del acusado; para efectos de la condena, el juzgador debe observar si la hipótesis B presenta algún rastro de falsedad, en el entendido que todos los medios aportados para sostener a B sean eficaces y produzcan certeza en cada una de sus partes, de modo que si algún elemento de material probatorio está viciado, no es suficiente o no apoya alguna de las partes de B, el juzgador debe absolver.

Cosa distinta con la hipótesis A, porque ella, aunque sostiene la no culpabilidad, no necesariamente debe ser apoyada, en virtud de que quien debe demostrar su hipótesis es el Ministerio Público, puesto que basta que no quede acreditada B, para que se dicte la absolución.

En el supuesto que ambas hipótesis hayan sido de la misma calidad y eficiencia, arrojando certeza, sin que el juzgador detecte falsedad en ninguna, opera el principio de presunción de inocencia, pues en una dialéctica de este tipo, en aras de proteger el bien jurídico de la libertad y el bienestar, por encima de la seguridad social, consideramos que, en su forma de *indubio pro reo*, el juzgador debe absolver al acusado

Se debe otorgar esa garantía porque se considera que no se debe vulnerar la libertad de una persona por la posibilidad de que exista el error judicial, así que se ha establecido la presunción de inocencia como un criterio rector, pues sólo

cuando ha sido destruida la presunción de inocencia por parte del Ministerio Público y sus elementos de prueba han sido suficientes para causar convicción en el juzgador con respecto a la hipótesis de culpabilidad sobre el acusado, es cuando se debe condenar.

Esa idea sobre la presunción de inocencia, se encuentra reglamentada en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución, mientras que en la ley procesal nacional se encuentra en el artículo 113, fracción I. ello por la sencilla razón de que el legislador a tomado en consideración la dificultad que existe para que aparezcan pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad penal de una persona en el hecho delictuoso, por lo que en la práctica resultaba más fácil condenar, con el fin de preservar el orden social, pero, obteniendo resultados contrarios, pues irónicamente, se generó un grado muy alto de impunidad.

Podemos sustentar la idea de la presunción de inocencia en virtud de la imposibilidad que tiene el juzgador de conocer el hecho delictuoso de forma directa y la dificultad de apreciar los elementos de prueba que le son aportados, por lo que necesitamos basarnos en la siguiente ilustración:

Nosotros podemos saber, por ejemplo, lo que queremos decir con –carne en buen estado- y –carne en mal estado- y, sin embargo, no saber cómo distinguir una de otra, al menos en algunos casos: esto es lo que tenemos en mente cuando señalamos que no disponemos de un criterio de -calidad- para carne en buen estado. Cada doctor sabe, más o menos, lo que entiende por -tuberculosis-, pero no siempre puede reconocerla. Aunque pueda existir (ahora) una serie de pruebas que equivalen casi a un método de decisión, -lo que es lo mismo que a un criterio-, hace sesenta años, desde luego, no existían tales pruebas a su disposición.⁶⁸

Podemos ejemplificarlo de esta forma, si nosotros debemos determinar entre si un pedazo de carne está en buen o mal estado para poder alimentarnos, debemos conocer primero lo que entendemos por buen o mal estado, y sabiéndolo,

⁶⁸ *Ibidem*, p. 83.

comenzaremos a realizar un análisis sobre ese trozo de carne; sin embargo, no estamos seguros de si está en mal estado, presenta algunas características propias de la carne en putrefacción, tal vez un olor pronunciado o una ligera sensación jabonosa, e incluso, dudamos si es una sensación jabonosa o es producto de la misma humedad del producto, entonces, no sabes con certeza si es comestible o no, y debemos valorar, si nos la comemos y está putrefacta, podríamos ir de emergencia al hospital por el efecto de haberla comido, pero si no lo está, podremos preparar unos deliciosos tacos.

En ese sentido, debemos asumir y valorar el costo-beneficio, si nos alimentamos, tendremos unos ricos tacos, si lo comemos y está en putrefacción, definitivamente nos enfermará, y puede, que ponga en riesgo nuestra vida, en conclusión, al ser más valiosa nuestra vida, y no al no poder determinar si la carne está en buen o mal estado, por seguridad, debemos asumir que está podrida y debemos desecharla.

Es la misma valoración que realiza el juzgador, si no puede decidir si una persona cometió el hecho delictuoso que se le atribuye, debe poner en una hipotética balanza el riesgo-beneficio, puede que el acusado si sea culpable y reciba la sanción penal, pero si no lo es, el tejido social se verá gravemente vulnerado, pues cualquier inocente, entonces, puede ser privado de su libertad.

Ese criterio que interviene en la valoración es el sistema gnoseológico, se integra de una serie de ideas y principios que ayudarán al juzgador a saber la forma en que debe resolver, así, “la idea de que debemos disponer de criterios para saber de lo que estamos hablando, sea tuberculosis, mentira, existencia, significado, o verdad, constituye la base explícita o implícita de muchas filosofías”.⁶⁹

Ciertamente, la legislación se basa en muchas filosofías, pues ella se ocupa de las interrogantes y de las grandes dificultades del ser humano, máxime, que el proceso de valoración de la prueba es un proceso de ideas, que únicamente

⁶⁹ *Ibidem*, p. 785.

puede surgir en la mentalidad del sujeto llamado juzgador con la finalidad de conocer la verdad sobre un hecho delictuoso. Así que debemos estudiar las ideas que integran ese puente entre el material de prueba y el juzgador, al que llamamos sistema gnoseológico.

4.2 La prueba en la teoría del conocimiento.

Es imperioso que se tome conciencia del papel de la gnoseología como herramienta del juzgador, pues la valoración de la prueba es todo un sistema psíquico, y al constituirse el proceso penal como el medio por el cual el juzgador decidirá sobre la culpabilidad o no del acusado, debemos incluirlo dentro de la teoría del conocimiento, por ello:

Debemos erradicar el antiguo y extendido error de los tratadistas del derecho por virtud del cual confieren sólo esencia jurídica a la prueba, constriñéndola como figura correspondiente al área del estudio procesal, otorgándole, por tanto, esencia objetiva propia científicamente comprensible y, normalmente independiente de toda vivencia psíquica.

Los filósofos y los teóricos del conocimiento tan (sic) descuidado a la prueba por estudiar el método científico, sin meditar que éste, como forma de investigar, halla su justificación primaria en aquella...

Así pues, de una vez por todas debemos entender que la correspondiente prueba no corresponde sólo al Derecho Procesal, sino pertenece a la teoría del conocimiento científico.⁷⁰

Es determinante que el juzgador sea imparcial, pues como regla general en la teoría del conocimiento, el sujeto que conoce debe ser imparcial, pues debe abstraer el objeto que ha de conocer, en el proceso penal se manifiesta en el sentido de que no sostenga en la psique de él, o en su moralidad, de que si una persona es acusada es por "algo", pues ello implicaría una tendencia nefasta en la valoración de la prueba, como bien nos señala Kant, "...resulta más perjudicial a la

⁷⁰ Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 7-8.

amplitud de nuestro conocimiento, que la de querer conocer la utilidad de las investigaciones antes ya de comprenderlas y sin poseer ninguna idea de esa utilidad, aun teniéndola a la vista”⁷¹, por eso es que las partes deben señalar expresamente qué es lo que quieren acreditar con cada medio de prueba, pues de lo contrario, al juzgador se le daría la facultad de prejuzgar, incluso antes de que valore la prueba, por ello es que el Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que la admisión de pruebas debe ser realizada por el juez de control, y su valoración para efectos de sentencia, será materia del juez de conocimiento; el primero, debe desechar las pruebas ofrecidas que no estén relacionadas con la investigación, o que no tiendan a esclarecer el hecho, por ello, el numeral 346 del citado código establece “...el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos”.

No podemos eludir la cuestión de si el proceso acusatorio y oral, en el que se desarrolla la actividad de la prueba, es un método válido para conocer la verdad, si asegura las condiciones necesarias para que el juez abstraiga los medios de prueba y determine la verdad del hecho delictuoso, a ello debemos mencionar, que su objeto no es la de esclarecer el hecho delictuoso de una forma absoluta, si bien el artículo 20 constitucional en su apartado A, fracción I, establece que el fin del proceso es la de esclarecer el hecho delictivo, la realidad es que no es así, podríamos señalar que sería en todo caso, la finalidad del procedimiento, esto porque en el hipotético caso de que Juan Pérez haya sido acusado por el delito de homicidio y se haya determinado que él no lo cometió, el juez de juicio oral, no tiene facultades para esclarecer quién entonces lo hizo, ni para ordenar diligencias destinadas a ese fin, en todo caso, será el Ministerio Público quien comience de nuevo con sus investigaciones que formarán parte, en su caso, de un proceso distinto.

⁷¹ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 3ª ed., México, Colofón, 1997, t. II, p. 9.

Empero, si tomamos en consideración que el mismo artículo y fracción en cita señalan que es finalidad “proteger al inocente y que el culpable no quede impune”, entonces, la verdadera finalidad del proceso es el esclarecimiento de la culpabilidad, ya no determinar la mecánica del hecho, solamente determinar:

- a) Si el hecho existió, de ser así, entonces determinar:
- b) Si el hecho está contemplado en algún tipo penal, de ser así:
- c) Determinar si el hecho delictivo fue cometido (o participó en él) por el acusado, de ser así:
- d) Impondrá las sanciones penales consagradas en la ley penal.

Si observamos con detenimiento, el procedimiento es el todo, y el proceso sólo es una parte, si bien el Ministerio Público tiene amplias facultades de investigación, una vez que ha ejercido la acción penal, el juzgador no puede modificar las hipótesis presentadas por la fiscalía o por la defensa, pues su función es determinar cuál de las dos es correcta. En el supuesto de que el juzgador determine que existió el hecho delictuoso, pero, no es atribuible al acusado, o, en el caso de ser cierto los hechos narrados por el Ministerio Público, pero, no son acordes al tipo penal, el juzgador deberá absolver.

Entonces, podemos decir, el proceso penal, acusatorio y oral, es un método válido (claro, fuera del tiempo y del espacio) para determinar la verdad sobre la culpabilidad específica del acusado, podríamos incluso estar en aptitud de considerarlo un método científico, pues se pretende llegar a un conocimiento específico y racional, nos apoyamos al señalar:

El conocimiento que se persigue en el proceso es científico, porque en él se combinan la racionalidad y la objetividad; es decir, la investigación que se sigue no es errática, sino planeada, analítica, pero, además, basada en la verificación experimental; esto es, esta clase de conocimiento que procura el

proceso, racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla: da cuenta de los hechos no inventariándolos, sino explicándolos por medio de las pruebas para llegar a la verdad.⁷²

Reiteramos, que el motor de ese proceso, está en la mente del juzgador, pues él realiza la valoración del material de prueba, y ese proceso mental se rige por los principios de la gnoseología, estos principios deben ser determinados, porque auxilian al juez en su función, ellos, han sido proporcionados por filósofos y lógicos de muchas corrientes a lo largo de la historia de la humanidad, comenzando con Sócrates, a quien podríamos considerar un escéptico, o Aristóteles quien señala las bases del pensamiento ordenado y es padre de la lógica, sus reglas que determinó en el *órganon* son fundamentales para guiar la mente del decisor judicial, por ello, esta investigación se centra en el proceso mental, pues es el eje para conocer la forma en que se valoran las pruebas, por ello, se ha dicho:

No es en el proceso, pues, donde está el núcleo central del estudio de la prueba, sino, en la teoría citada (teoría del conocimiento) y en la filosofía... Las escuelas filosóficas han brindado gran atención al estudio del conocimiento científico de la actividad cognoscitiva, de sus objetos y resultados... se han hecho intentos por encontrar las leyes características del proceso del conocimiento, estableciendo su descripción mediante la creación de concepciones gnoseológicas...⁷³

De lo dicho, nos parece muy necesario entender la postura que existe entre el juzgador y el hecho delictuoso, independientemente ya de sus naturalezas, pues debe existir alguna actitud y aptitud del decisor judicial frente a su objeto de estudio, como detallaremos en el apartado siguiente, esa postura no puede ser otra más que la escéptica, ello porque:

⁷² Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 3.

⁷³ *Ibidem*, p. 8.

El proceso exige, además de la racionalidad, que los sucesos fenomenológicos sean investigados y verificados en la experiencia dentro del mismo proceso. Por otro lado, la sola objetividad de la apariencia de los hechos, sin la lógica y las reglas procesales sobre prueba y procedimiento, carecería igualmente de científicidad su conocimiento por no poderse comprobar metódicamente el supuesto fáctico de dicha objetividad.

Consecuentemente, los rasgos científicos que identifican al proceso enlazan la racionalidad y la objetividad, que son el asiento de todas las ciencias no formales sino fácticas.⁷⁴

Encontramos ese carácter científico del proceso en lo contemplado en el ordinal 402 del Código Nacional, pues apunta “El tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica;...” de ello es evidente la naturaleza científica, pues siempre, aunque el juez tenga plena libertad de convicción, deberá obedecer los principios de la lógica, porque la valoración es un proceso mental, formal y abstracto, aunque ciertamente se dota de herramientas de comprobación y experimentación, como en el caso de los peritajes y la aportación de conocimientos y resultados basados en ciencias experimentales, como la química, la biología, la física, etc., no por ello se debe dejar de lado, que el proceso de su valoración será abstracto. Por ello reforzamos que:

Este momento valorativo de la actividad probatoria supera, en consecuencia, la fase práctica, mostrándose en una tarea de carácter intelectual. Con ella se pone en funcionamiento el raciocinio para la elaboración de la premisa menor de lo que en la doctrina se conoce como silogismo judicial (en la sentencia). Los elementos de convicción adquiridos para el proceso deben ser primeramente clasificados en función de su calidad, de su jerarquía y por el grado de convencimiento que producen; se los ordenará con criterio sistemático, confrontándolos entre ellos,

⁷⁴ *Ibidem*, p. 3.

balanceándolos para integrarlos unos con otros, con el propósito de obtener una conclusión, afirmativa o negativa, sobre la materialidad del objeto procesal o cuestiones a resolver.⁷⁵

La materialidad del objeto, de la que nos habla el autor, se refiere a su comprobación y la determinación de su existencia, así que necesitamos esclarecer el sistema gnoseológico que le será útil al juzgador.

4.3 El conocimiento adquirido por vía de la prueba.

En primer término, debemos señalar las influencias que ha mostrado nuestro marco normativo procedentes de diversas doctrinas filosóficas, es innegable que las posturas de Hans Kelsen han ejercido una poderosa intervención en la forma que tenemos de concebir la norma y el derecho en general, él, al ser normativista, se veía como partidario del positivismo de Auguste Comte, al que se le llamo “escepticismo metafísico”, pues si bien reconocía fenómenos abstractos derivados de la lógica o las matemáticas, todas las demás suposiciones abstractas carecían de valor por considerarlas relativistas, es decir, era una filosofía netamente materialista. En ese sentido, Kelsen afirmó la legitimidad de la norma como un ente absoluto por el hecho de ser emitida por el órgano competente.

El problema, es que la teoría pura del derecho, como Kelsen la había planteado, tenía una cojera, pues el sistema filosófico para observar la norma, no era positivista, sino, era idealista, y se basó en las posturas de Kant, que era netamente idealista y metafísico, pues la construcción normativa se basaba en un fenómeno abstracto.⁷⁶

La norma procesal, es un ente abstracto, no existe más que en la mente humana, pues, aunque quisiéramos destruir todo el papel en el que consta, no perdería su fuerza y vigencia, de igual forma, el proceso mental del juzgador es

⁷⁵ Claría Olmedo, Jorge E., Derecho procesal Penal, T.I., Actualizado por Jorge Eduám Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 189.

⁷⁶ Geoffrey, Samuel, *op. cit.*, p. 23.

abstracto, sin embargo, la influencia del positivismo nos ha llevado a pensar que la comprobación del hecho delictuoso por medio de material probatorio se debe realizar de forma práctica.

Si bien, las pruebas se desenvuelven de forma práctica, no por ello dejan de ser objetos ajenos al juzgador, y la intención de la prueba es la de recrear un hecho que aconteció en un tiempo y espacio distinto, por lo que la valoración se puede definir como el momento culminante de toda la actividad procesal, pues es donde el juzgador asume su papel de juez, al determinar si el hecho existió o no en base a los medios probatorios aportados por las partes.

En ese sentido, Kant da al clavo cuando afirmó el tipo de conocimiento que podía tenerse, y el considero que era:

- a) *A priori*, cuando el objeto de nuestro estudio consistía sólo en una idea y existen únicamente representaciones que nos la dan a conocer, pero habita en nuestra mente y sólo por medio de la mente puede ser conocido, el ejemplo es la norma, los números, etc., pues ellos son ideas que solo vemos en sus representaciones físicas, pero no son el objeto en sí mismo. Este es el conocimiento puro, derivado de la reflexión.
- b) *A posteriori*, cuando el objeto de conocimiento es físico y lo podemos percibir de forma directa por medio de los sentidos.

El autor nos refiere:

La analítica trascendental alcanza, por tanto, este importante resultado: mostrar que el entendimiento nunca puede *a priori* más que anticipar la forma de una experiencia posible en general; y lo que no es un fenómeno no puede ser objeto de la experiencia ni saltar los límites de la sensibilidad dentro de los cuales únicamente los objetos nos son dados.⁷⁷

⁷⁷ Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 12.

Ello nos dirige a pensar que el conocimiento del juzgador con respecto al hecho delictuoso es de naturaleza *a priori*, pues el hecho, aunque fue un fenómeno exterior, ya se ha extinguido, y puede ser conocido por medio de la analítica, del proceso mental por medio de la reflexión en torno a la experiencia secundaria proporcionada por los medios de prueba.

Pese a ello, podemos encontrar algunas hipótesis *a priori* que, por lo menos en nuestro mundo son verdaderas y que en cierto sentido, no ha podido nunca demostrarse su falsedad, así la reflexión lleva al juzgador a un estado mental en el que le permite llegar a la idea que necesita, pues ella no se ocupa del objeto en sí, sino de principios de verdad, por ejemplo, que no se puede trazar distancia más corta entre dos puntos que una línea recta⁷⁸, sin embargo, podemos partir de postulados totalmente ciertos, que conocemos y de los cuales confiamos en su valor de verdad para establecer una serie de eslabones de supuestos que son consecuencias del que es totalmente cierto, nos apoyamos en que:

Fácilmente se ve que, dado que en el conjunto de los fenómenos todo es cambio, y, por lo tanto, condicionado a la existencia, no puede existir ninguna parte en la serie de la existencia dependiente de un miembro incondicionado donde la existencia sería absolutamente necesaria, y, en consecuencia, si los fenómenos son cosas propias y, por eso mismo, sus condiciones pertenecen, con lo condicionado, a una misma serie de intuiciones, nunca podrá existir un ser necesario fuera de la condición de la existencia de los fenómenos del mundo sensible.⁷⁹

Esa serie eslabonada de supuestos derivados de la reflexión, en realidad nosotros en el mundo jurídico las conocemos como presunciones, legales y humanas, pues, son estipuladas por la ley y las otras son consecuencia inmediata e innegable de las primeras, así, que esa primera reflexión, no ha sido hecha por

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 113.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 114.

el juez, sino por el juzgador, y sirve como un fenómeno de orientación para administrar justicia.

Esa idea kantiana ha sido reflejada en el pensamiento de algunos autores, como Ellero, quien consideraba que:

El proceso judicial es igual al proceso lógico, pero no llega como éste a las últimas investigaciones, sino que se detienen en ciertos puntos intermedios que acepta como verdaderos. Tales puntos son las presunciones que sostienen la investigación. De allí, que se deba afirmar que las presunciones o las pruebas valoradas con el apoyo de las presunciones constituyen los elementos y los términos de la certeza judicial.⁸⁰

Dicha certeza, opera en específico al momento de la valoración de la prueba, por ello, aunque se relacione con las pruebas, consideramos que tiene una naturaleza distinta, pues consiste en un proceso puro de reflexión por sí misma sin experiencia empírica.

Dicha concepción metafísica sobre el hecho delictuoso, las pruebas y las presunciones, no presenta una aprobación absoluta, pero, han surgido corrientes de pensamiento como el realismo americano, cuyo punto principal es considerar que los procesos ante los tribunales han enfatizado el conocimiento de la ley como reglamentaciones formales, pero han considerado la actuación de las partes como fuente del conocimiento y no los pensamientos abstractos⁸¹.

Aun así, reconocen que la desventaja del positivismo es que nunca podría explicar adecuadamente los procesos del razonamiento del juzgador en términos de silogismos o de la discreción judicial, pues la ley es clara, pero la forma en que los juzgadores interpretan no lo es, el positivismo detiene la discreción del juez.⁸²

⁸⁰ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 41.

⁸¹ *Cfr.* Geoffrey, Samuel, *op. cit.*, p. 31.

⁸² *Cfr. Idem.*

Ciertamente, el valor otorgado a la prueba es una facultad discrecional del juzgador, pero, encontramos algunas reglas que resultan de trascendencia, pues el proceso gnoseológico no puede volverse incompatible de la realidad, así que:

La solución del conflicto entre pruebas consiste en considerar al proceso probatorio como un todo, poniendo de relieve que cuando una prueba es contradictoria por otra, cesa de demostrar. De este modo debe tenerse en cuenta que las contradicciones anulan la imputación porque las pruebas, no sólo deben concordar entre sí, sino que deben producir la idea de verosimilitud de los hechos a los cuales se dirigen, cosa que solo puede concretarse cuando todos los medios concuerdan en un solo resultado.⁸³

Teniendo solamente dos resultados posibles, declarar la responsabilidad penal del acusado, o declarar su absolución, en caso de contradicción de los medios de prueba, no podrá decretarse nunca su condena.

De qué forma entonces el juez debe valorar la prueba, cuál es ese sistema, ciertamente solemos encontrar en la doctrina dos métodos, uno que es fijado por la ley, pues el legislador ya ha apreciado previamente y de forma abstracta la calidad de certeza de cada medio probatorio y fija las reglas en cómo, artificialmente, el juez debe formarse su convicción, ello se constituye como una verdadera lógica oficial, pues es impuesta por el poder del Estado; el otro medio, es cuando se le ha otorgado la facultad al juzgador para que determine libremente su convicción en base a las pruebas⁸⁴; nosotros podemos hablar de un tercer método, el mexicano, aunque, no dudamos que se presente en el resto del mundo, pero queremos llamarle así, porque nosotros lo evidenciamos, pues la ley procesal otorga la libertad de valoración de pruebas al juzgador, pero, el criterio orientador, es la presunción de inocencia.

Si bien existe libertad de valoración probatoria, la presunción de inocencia es una valoración previa que ya ha realizado el legislador, pues, los medios de

⁸³ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁴ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 359.

prueba ofrecidos por el investigador ministerial, y en su caso, la víctima u ofendido, deben destruirla, y ningún elemento que sugiera dicha presunción debe sobrevivir, es decir, se debe convencer al juzgador de la culpabilidad, y al decirse que existirá convencimiento, significa que ya existe un conocimiento previo, por lo que el juzgador debe mostrarse escéptico ante la acusación, sólo hasta que dicha presunción, haya sido destruida.

Para determinar si una presunción ha sido destruida o, en su caso, debe prevalecer para determinar el criterio de certeza sobre el hecho delictuoso, se debe obedecer a los principios y leyes lógicas (que serán estudiadas a fondo y en particular en un capítulo posterior), pues ellas aparecen en el momento culminante de la apreciación que realiza el juzgador, por lo tanto, los sistemas de valoración tasada de la lógica o aquellos mixtos, atentan contra la lógica y resultan aberrantes e inoportunos, pues la lógica es constante en sus normas valorativas.⁸⁵

Si tomamos el criterio de Florián, en el sentido de que los medios de prueba deben ser indicados en la ley para que sea posible su correcta instrumentación y valoración⁸⁶ y lo comparamos con la postura del Código Nacional de Procedimientos Penales, encontraremos una correlación, pues el autor señala que debe hacerse un enliste como el que encontramos en los artículos que van del 360 al 387, encontraremos las reglas generales para la instrumentación de aquellos que resultan más representativos y comunes, sin que ello implique que nos encontramos frente a una relación taxativa, reafirmamos la idea planteada con el contenido del diverso 388 que señale que todo medio será admisible, con la única limitante de que no vulnere derechos fundamentales. La importancia radica, en que, en base a dichas reglas se orientará al juez para abstraer gnoseológicamente el hecho delictuoso.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 365.

4.4 La naturaleza ontológica de la prueba.

En este punto, debemos esclarecer que derivado del medio de prueba, nace la prueba propiamente dicha, su naturaleza se concibe como aquello que es por sí misma, la que podemos entender en tres vertientes ontológicas específicas:

a) Como aquella convicción causada al juzgador, o en palabras más claras, se trata del convencimiento en sí mismo, en este sentido encontramos las siguientes ideas:

- Acreditación de la certeza de un hecho. / Es el medio necesario tendiente que demostrar la verdad de un hecho...⁸⁷
- ...la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulta necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.⁸⁸

b) Como un proceso mental-gnoseológico, pues satisface la necesidad de conocimiento para determinar los alcances de verdad o falsedad, en ella encontramos:

- La prueba es un imperativo de la razón; es un juicio que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto.⁸⁹

De ese criterio, se ha extraído que el proceso penal, no escapa de la razón y tampoco podría hacerlo el juicio de la prueba, pues ellas se

⁸⁷ Polanco Braga, Elías, Diccionario, op. cit., p. 259-260.

⁸⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Ricardo Levene, Derecho procesal penal, Argentina, G. Kraft, 1945, t. III, p. 20.

⁸⁹ Díaz de León, Marco Antonio, op. cit., p. 5.

encuentran en las ciencias y en lo jurídico, pues son el medio para conocer la verdad de los hechos que requieran la sanción jurídica.⁹⁰

- c) La psicóloga, que da un paso más allá de la concepción lógica y gnoseológica, pues sostiene que las reflexiones del juzgador se enfocan en aspectos conductuales y emocionales con respecto al acusado y los testigos, pues la investigación psicológica no se estanca en la figura del acusado, sino que se sumerge en la materia probatoria al ser un método de investigación positiva, pues es más eficaz y fiable que el puramente abstracto, pues permite apreciar la credibilidad de la prueba en torno a sus pasiones y en sus fines individuales de las cuales emana la prueba.⁹¹ En ese sentido, Florián esclarece:

Las fuentes halladas en el campo de la psicología despedirán brillantes rayos de nueva luz, y así, por ejemplo, la prueba indiciaria que fue el tormento de los pasados siglos, tendrá que desaparecer como tal, o tomar un aspecto psicológico.⁹²

Podemos realizar la crítica al señalar, que si bien, el principio de inmediación permite al juzgador el apreciar las reacciones de los participantes, tampoco podemos asegurar que esas reacciones sean siempre derivadas de la verdad o falsedad de los hechos, pues cada ser humano reacciona de forma diversa y tiene patrones propios de conducta, por lo que, si bien es útil, la apreciación psicológica no debe ser considerada como preponderante al análisis abstracto, además, sería absurdo condenar a un acusado, por el hecho de que se mostraba vacilante, nervioso y sudorosa al momento de declarar.

⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 6.

⁹¹ Cfr. Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 51.

⁹² *Idem*.

De lo dicho, nosotros podemos adoptar una postura ecléctica, pues si bien la mayoría de los tratadistas nos señalan a la prueba como un efecto de convicción en la mente del juzgador, lo cierto es que esa convicción sólo puede ser causada por virtud de un proceso lógico abstracto, donde se valorará la indagación psicológica de la conducta de las partes, así sostenemos, que el carácter científico del proceso, se origina en la concepción gnoseológica del juzgador al momento de la valoración abstracta de la prueba, pues, aunque los medios de prueba se hayan desarrollado de manera empírica y con el carácter de científicos, en especial en el caso de las peritaciones, puede existir la posibilidad de que ese conocimiento aportado no sea certero, pues todo conocimiento puede ser falible, así que el juzgador, deberá determinar el grado de eficacia de la prueba y su falibilidad.

Lo falible del conocimiento adquirido de manera empírica por el juzgador en el proceso, quedó demostrado por el Movimiento Realista Americano, pues su comprobación al análisis sobre la epistemología de los juzgadores fue, que la percepción varía de acuerdo a las personas, las clases de personas, por lo que resulta necesario centrarse en axiomas o deducciones, observando a la norma jurídica como un sistema de principios y axiomas que proporcionan soluciones legales.⁹³ Al respecto, podemos decir que esa influencia es positiva, pues el axioma que se enarbola en el procedimiento penal mexicano, es la presunción de inocencia, lo que paradójicamente, aseguraría la imparcialidad del juzgador, pues él dejaría de lado las concepciones sobre la calidad de la persona del acusado. Con ello, si y sólo sí, la prueba podría cumplir su función de dar al proceso el impulso de la verdad, pues no sólo se debe señalar que la prueba se orienta a demostrar una hipótesis sostenida por alguna de las partes, sino en que el juzgador y el legislador tiendan a ella, pues en palabras de Florián, “la verdad es el fin común de todos”⁹⁴

⁹³ Cfr. Geoffery, Samuel, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁴ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 27.

Entendida la prueba, es nuestro deber señalar las vertientes en las que se presentan⁹⁵:

1. Las pruebas materiales, se relacionan con la verdad material, y son propias de un sistema procesal con libertad de pruebas y libertad de apreciación, puesto que la prueba se le presenta al juzgador, se discute y se valora en sentencia para determinar su eficacia.
2. Las pruebas Formales, se relacionan con la verdad formal, corresponden a un sistema procesal donde no existe libertad de prueba, es decir, existe taxatividad, o es más o menos restringida, la prueba no actúa en plenitud de su eficacia real sino circunscrita a límites preestablecidos.

En el caso de nuestra ley procesal nacional, se puede establecer que se tiende al vertiente de las pruebas materiales, pues existe libertad probatoria con respecto a los medios de prueba que pueden ofrecer las partes, con la única libertad de que no sean violatorias de derechos fundamentales, por el contrario, antes de la entrada en vigor del sistema acusatorio y oral, se tendía al sistema de las pruebas formales, pues si nominalmente existía libertad de ofrecer los medios de prueba, el momento de la valoración era restringido, en el sentido que las actuaciones realizadas en la averiguación previa efectuadas por el Ministerio Público, eran dotadas de fe pública, el juzgador debía someterse y darlas por ciertas, mientras que para el imputado se hacía casi imposible allegar medios de prueba suficientes para demostrar su inocencia.

Ahí está el detalle, cómo diría Cantinflas, pues la presunción de inocencia, lejos de establecer un sistema formal en la valoración de pruebas, previene el desequilibrio procesal, obligando a que el Ministerio Público demuestre la culpabilidad del acusado y quitándole la fe pública en sus actuaciones de investigación. Ello representa los fundamentos para un escepticismo judicial,

⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

porque quien debe demostrar es la representación social, y como consecuencia, el acusado se limitará a señalar pruebas para efecto de hacer incompatibles y contradictorias las pruebas rendidas por el investigador ministerial.

En este instante, hemos establecido ya algunos elementos básicos de por qué decimos que el juzgador utiliza un escepticismo especial para poder valorar las pruebas de forma adecuada, pero, al igual que en relación a las partes, lo detallaremos en apartado especial, sin embargo, podemos hacer un ejercicio previo en relación al acusado-imputado y el Ministerio Público; ellos, pese a que no lo señala expresamente la ley, deberán expresar su “teoría del caso”, la que constituye su postura particular, de esa forma, tienen una concepción particular e inamovible, lo que, a contrario del juzgador, los hace ser dogmáticos.

De primera mano, debemos desentrañar el sentido de la palabra teoría, pues ella puede tener un sentido muy amplio que no sólo se refiere a las teorías científicas elaboradas con determinado rigor, mientras que las demás a las que no se desarrollan con dicho rigorismo se les denomina como teorizaciones, pues tienen un alto nivel de imprecisión y ambigüedades.⁹⁶

Si recordamos la posición del Ministerio Público y la de la defensa como entes contradictorios, podemos encontrar que las indagaciones que realizan durante la etapa de investigación en el procedimiento penal, tenderán a reafirmar sus propias posturas, es decir, no a encontrar la verdad, sino a sustentar su concepción de verdad, hecho ello y con material de prueba, sustentarán sus respectivas hipótesis, sin embargo, el hecho delictuoso, dada su naturaleza, ya no puede ser observable, y en su caso, fue observado sólo por el imputado-acusado, por lo que resulta imperioso apuntar:

...”no hay observables puros”...Cuando un investigador se aboca al estudio de un problema no parte de cero, sino que puede en juego un conjunto de teorías o de teorizaciones..., que constituyen un *corpus* de conocimiento a partir del cual abordará dicho problema. La identificación y selección de

⁹⁶ Cfr. García, Rolando, *op. cit.*, p. 44-45.

“datos”, que proveerá el soporte empírico de su estudio, estarán determinadas por dos elementos: i) cómo define los objetivos de su investigación orientados fundamentalmente por el tipo de preguntas que intenta responder el investigador; ii) cómo delimita el campo empírico, es decir, aquellos datos de la experiencia que serán privilegiados... Al primer elemento lo llamaremos marco epistémico, y para referirnos al segundo... dominio empírico.⁹⁷

Al respecto, ese *corpus* de conocimiento también contiene una carga gnoseológica fuertemente influenciada por lo que la parte pretende demostrar, es decir, ellos no van a descubrir sobre la verdad del hecho delictuoso, ellos asumen que ya la conocen y enfocarán sus esfuerzos a convencer al juez sobre sendas verdades; podemos identificar que ese esfuerzo recae en la teoría del caso, la que de manera particular es:

La estrategia a seguir y la visión que tiene cada parte en relación al hecho ilícito a justificar con medios probatorios, cuya narración verbal expone cronológicamente ante el juzgador como tema de la *litis*, para que éste tome conocimiento del suceso. / Planteamiento que las partes... hacen sobre los hechos ilícitos relevantes...⁹⁸

En concreto, la estrategia con la que se manejen las partes durante el procedimiento penal, debe contener sentido crítico que permita detectar la forma en cómo se desarrolla el marco epistémico y el dominio empírico, pues de lo contrario, y de forma específica, el Ministerio Público puede presentar resultados “espurios”, y pese a ello, pretenda demostrarlos, por lo cual, García Rolando⁹⁹ nos ofrece algunas dificultades que conllevan los resultados sin la adecuada relación de dichos parámetros:

⁹⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁹⁸ Polanco Braga, Elías, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 301.

⁹⁹ *Cfr. op. cit.*, p. 45.

- i) Hacer simulaciones sobre datos obtenidos y agregarlos desde el inicio.
- ii) Introducir suposiciones tendientes a sesgar la interpretación del juzgador.
- iii) Se restringe el dominio empírico estableciendo como hechos lo que no es más que un recorte arbitrario de situaciones mucho más complejas.

4.5 Tendencias estadounidenses con respecto a la valoración gnoseológica.

En el campo de estudio de la valoración desde la teoría del conocimiento, en estados unidos se ha abandonado la concepción de la sistematización lógica de las pruebas, para dar cabida a movimientos que replantean la forma de analizar y aplicar la norma, a uno de los principales movimientos se le ha denominado la nueva jurisprudencia y se le ha señalado como el resultado del gran abandono que se ha hecho sobre el conductualismo en el estudio de la norma jurídica, es conveniente señalar, que el conductualismo de que habla la nueva jurisprudencia es una variante de desarrollo lógico del realismo y la jurisprudencia política, pues tiende a sistematizar y confirmar las decisiones judiciales por medio de técnicas que ofrecen las ciencias sociales que proponen reducir la distancia e la metodología de la psicología y de la sociología en el estudio de los juzgadores¹⁰⁰, es decir, el movimiento de la nueva jurisprudencia ha abandonado el análisis del pensamiento abstracto del juzgador, para enfocar sus estudios en aspectos psicológicos, en este sentido, se estudia la decisión del juzgador en determinados casos concretos.

En la pasada mitad del siglo XX, comenzó a expandirse, tanto en juzgadores como postulantes, sucesivas olas de democratización y reformas del Estado, a ello

¹⁰⁰ *Cfr.* Shapino, Martin and Alec Stone Sweet, *op. cit* ,p. 30

se le denominó nuevo constitucionalismo, que había atravesado toda Europa y viajado a África, América Latina y Asia, lo que trajo consecuencias enormes, las nuevas constituciones había ya desdeñado la supremacía legislativa, estableciendo los derechos humanos como obligatorios para legisladores y aplicadores de la norma jurídica del poder judicial, además, señalaban la protección judicial de ellos contra los actos de autoridad. De estos nuevos movimientos han nacido otros como la jurisprudencia sociológica y realismo judicial, que logran combinar diversas metodologías de la ciencia política, pues se centran, ya no en la mente del juzgador, sino en la interacción de la ley con la sociedad y describen dicho impacto.¹⁰¹

El corazón de la jurisprudencia política es la visión de los tribunales como una agencia política y los juzgadores como actores políticos, entonces, los juzgados son vistos como parte de una estructura institucional del gobierno, básicamente, muy similares a cualquier otra agencia gubernamental, por ejemplo, la agencia de comercio interestatal. Los juzgadores toman su puesto como comisionados, congresistas, burócratas, ediles y técnicos quienes hacen decisiones políticas, en resumen, el esfuerzo se enfoca en integrar intelectualmente todo el sistema judicial en una matriz gubernamental y política, en la que de hecho, operan y examinan las cortes y jueces como participantes de un proceso político más que representantes de la ley, como en una área independiente de conocimiento muy fundamental, la jurisprudencia política subordina el estudio de la ley, en el sentido de concretar e independizar el sistema de decisión para el estudio de las personas, de esta forma, estos hombres que desarrollan su función política mediante la creación, aplicación e interpretación de la ley.¹⁰²

Del realismo judicial, de la jurisprudencia política y de la nueva jurisprudencia deriva un peculiar concepto de las actitudes y conductismo de los juzgadores y su ambiente de decisión judicial, así, muchos de los juristas políticos han abandonado sus esfuerzos para esclarecer una metodología que les permita

¹⁰¹ *Cfr. Ibidem*, p. 19.

¹⁰² *Cfr. Ibidem*, p. 21.

establecer y sistematizar los patrones de decisión de los juzgadores por medios lógicos, se determina que si los juzgadores no tienen opción entre alternativas, si simplemente aplican la norma jurídica y alcanzan una conclusión en virtud de una inexorable tabla de contenidos lógico-legales, ellos serían no mejores que una máquina de IBM¹⁰³

La crítica se encamina a que este tipo de escuelas como la nueva jurisprudencia se vuelven inaplicables a nuestro sistema jurídico, pues en el sistema del *common law*, la costumbre juega un papel fundamental, y el juzgador tiene plena libertad de valoración de los hechos y las pruebas, dejando de lado o en un plano muy inferior el principio de legalidad, por lo que cobra sentido el que se estudie la conducta del juzgador para determinar su proceso mental, pues piensa como actúa, en cambio, en los sistemas latinos no se puede esclarecer el proceso mental del juzgador mediante su pensamiento, porque aunque tengan libertad de apreciación probatoria, se deben ceñir estrictamente al principio de legalidad, lo que incluye, la debida fundamentación y motivación, el juzgador sajón, adquiere certeza moral, mientras que el juzgador latino, certeza racional.

Al respecto, Florián ya lo señalaba, pues el observó que existía mejor administración de justicia en el mundo inglés, a lo que adujo:

Las leyes inglesas sobre pruebas nada tienen que ver con las presunciones, la confesión u otros absurdos de este linaje, propios del sistema inquisitorio. La prueba ha de ser cierta, segura, inequívoca, directa, y solo se admite la confesión espontánea y que no es fruto de promesas o amenazas.

El proceso inglés es hoy el más justo y el más perfecto de todos los que existen, en cuanto dice relación a la tutela suprema de la libertad individual y de la verdadera justicia.¹⁰⁴

En conclusión, los movimientos relativos que se han originado en el mundo anglo-sajón, han ejercido una fuerte influencia en el cambio de mentalidad de los

¹⁰³ *Cfr. Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 21.

operadores del sistema procesal penal nacional, máxime que la Reforma Constitucional en materia de Justicia penal y Seguridad Pública de 2008, han marcado un paradigma que sólo puede ser entendido y concebido por causa del nuevo constitucionalismo, sin duda, nuestro sistema acusatorio no nació de la mente de los legisladores mexicanos, pues fueron inducidos por dichas escuelas.

Si bien, no podemos hablar de un nuevo constitucionalismo mexicano, mucho menos de ideas como jurisprudencia social o política en México, lo cierto es que han motivado el cambio gnoseológico en la mentalidad judicial y de partes en el procedimiento nacional acusatorio y oral, pero, quizás su mayor aportación, fue la idea de la supremacía constitucionalidad y la preferencia en la aplicación de la Carta Magna y los derechos humanos por sobre la legislación procesal por parte de las autoridades; si bien dicho cambio ya está escrito, ahora debemos esperar a que trascienda a la conciencia colectiva de los mexicanos.

V. DOGMATISMO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

No queremos transmitir la idea del dogmatismo como aquel que estuvo presente en durante la Edad Media, mucho menos queremos presentarlo como la imposibilidad de declarar falso algún conocimiento, pues ello se sustentaría en la fe. Sin embargo, si podemos comenzar por señalar que el dogmatismo que presentamos es atenuado, no absoluto, sino que radica en un convencimiento previo, antes de que se tenga certeza empírica sobre el hecho delictuoso, pues al efecto, se investiga sobre una verdad que se supone ya conocida, tanto por la defensa como por el Ministerio Público. Pasemos a señalar una concepción de él:

Entendemos por dogmatismo ($\delta\gamma\mu\alpha$) una posición epistemológica para la cual no existe el problema del conocimiento. El dogmatismo establece como un supuesto tanto la posibilidad como la realidad del contacto entre el sujeto y objeto..., sustentando esta opinión en una razón humana no alterada por la duda.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Hessen, Johan, *op. cit.*, p. 51.

En forma sustancial, afirmamos que el parámetro que se toma en cuenta para determinar el dogmatismo como la posición gnoseológica de las partes es la imposibilidad que presentan para sostener la duda, pues ellas ya están convencidas de una verdad, y su actividad probatoria se encamina a demostrar su verdad, su hipótesis debe imponerse sobre la contraria, por ello, tanto Ministerio Público y defensa son dogmáticos.

5.1 Tipos de dogmatismo procedimental.

No podemos afirmar que utilicemos aquí las posturas clásicas del dogmatismo, pues es de aclarar que sus postulados radicaban en acreditar la existencia de lo divino como causa de las cosas; sin embargo refleja un pensamiento lúcido en cuando a la comprobación de las verdades, de ahí que tomemos algunos puntos de la visión dogmática de Santo Tomas, para interpolarlos al sistema procesal, pues ahí donde habla del origen de las cosas en Dios, entendamos que podemos usarlo para justificar el bien social sobre la cautela. Sea que nos dice:

En todos los fines ordenados es preciso que el último sea el fin de todos los precedentes; por ejemplo, si se prepara la purga para darla al enfermo, y a éste se le da para purgarlo, y se le purga para descargarlo, se le descargue para que sane, es preciso que la salud sea el fin de todos los que le preceden. Pero vemos que todas las cosas están ordenadas bajo un sumo bien según los diversos grados de bondad [...]¹⁰⁶

Parece resonar en Santo Tomas aquello de que el fin justifica los medios, puesto que la finalidad es lo que orienta sus causas próximas, cuál es entonces la finalidad del Ministerio Público, pues bien, la propia Constitución en su artículo 20, apartado A, dice que es la búsqueda de la verdad, de este modo, si se procede a la judicialización, es porque el Ministerio Público la ha encontrado en su forma de ver.

¹⁰⁶ Aquino, Santo Tomas de, Suma Contra los Gentiles, trad. Laureano Robles Carcedo y Adolfo Robles Sierra, Gredos, España, 2012, Colección de Grandes Pensadores, p. 11

Cuál es la finalidad de imponer medidas cautelares, medidas precautorias, y en su momento, solicitarlas al juez de control, ahí encontramos su objetivo:

3.2 Asegurar la presencia del imputado en el proceso.

3.3 Garantizar la seguridad de los sujetos procesales.

3.4 Evitar que se contamine el material de prueba.

3.5 Evitar que continúen los hechos delictivos.

Que, entendido en sentido contrario, prevalece el “creemos que el imputado puede hacerlo y debe evitarse”.

Podemos observar, que la actividad procedimental en la mayoría está ligada a la actividad de las partes, como consecuencia evidente, la mayoría de las actuaciones procedimentales se verán influenciadas por su dogmatismo, del cual podemos señalar dos vertientes:

- a) Dogmatismo atenuado, pues consiste en el convencimiento previo de las partes y el esfuerzo de comprobar sus propias verdades de forma posterior con la recolección de material probatorio idóneo.
- b) Dogmatismo espurio, aquel que se presenta en la práctica forense y es propio del Ministerio Público, no consta en documentos oficiales, pero es la orden por consigna de acusar invariablemente y ejercitar acción penal por determinados tipos de delitos, se basa en el populismo punitivo.

Si tomamos como primer sujeto de estudio al Ministerio Público, debemos acudir a lo señalado en el artículo 21 constitucional, pues en su primer párrafo establece que la función del representante social es la de la investigación de los delitos, además si sumamos que tanto los artículos 16 y 21 constitucionales, en su tercer y primer párrafo respectivamente, imponen la necesidad de que existan datos que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en él; en ese sentido, no se requiere de prueba plena o absoluta (como lo señalaban esos

artículos antes de la Reforma de 2008 en que se hablaba de cuerpo del delito y su comprobación), es decir, el investigador ministerial se basara en lo que ha podido observar previamente para con ello crear una hipótesis que sostendrá como verdad a lo largo del procedimiento, tenderá a comprobar dicha hipótesis, para ello, deberá eslabonar los datos de prueba reunidos para reunir probabilidad o posibilidad de la comisión del hecho delictuoso y su atribución al imputado, pues se referirá a lo que puede existir o puede ser fundado racionalmente, sin que ello constituya una prueba plena.¹⁰⁷

Pese a los intentos de la reforma donde se despojó al Ministerio Público de la fe pública y se le trató de introducir en el nuevo sistema como una parte igual a la defensa o similar a la víctima, es notorio que su naturaleza no ha cambiado, pues sigue operando como autoridad dueña de la investigación ministerial sin ningún contrapeso real y casi dueña de la investigación judicializada, pese a la supervisión del juez de control. Baumann ya observaba esta situación cuando el sistema acusatorio y oral fue implantado en Alemania, casi con las mismas características que se implantaron en México: así expuso:

El otro órgano de persecución penal... podría... tener otra posición según el derecho procesal alemán, no es una parte en el proceso; su posición es ambigua. Es una autoridad estatal con facultades soberanas a la cual le corresponde la tarea de conducir la investigación y sostener la pretensión penal estatal (principio acusatorio) ... Al cumplir con las tareas mencionadas, también podría ser parte en un proceso de partes... le incumbe también el deber de hacer investigaciones también a favor del imputado... y no ha de adoptar solamente en forma unilateral una posición contraria a él. De esta manera, el ministerio público se aparta de un nuevo papel de parte y se

¹⁰⁷ Cfr. Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, México, Porrúa, 1991, p.

convierte en autoridad investigadora..., al ministerio público le incumbe, en forma similar al tribunal, descubrir y sostener la verdad material.¹⁰⁸

Tan es así, que el principio acusatorio se nos ha presentado como la igualdad procesal, pues en aras de sostener la presunción de inocencia se ha delimitado por el numeral 130 del Código Nacional que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, según lo disponga el tipo penal, lo que presenta diversas dificultades, a saber:

- a) La presunción de inocencia no es absoluta y se ve limitada por las presunciones que establece el Código Penal en tipos penales específicos, como en aquellos de peligro abstracto, donde basta acreditar un estado previo para que la inocencia se tenga por destruida y se suponga la causación de un daño al bien jurídico, que, en muchos casos es abstracto.
- b) Que, si el Ministerio Público ha presentado su imputación, ya obran datos de prueba que apunten a la culpabilidad del imputado, por lo que, el artículo 129 del Código Nacional se traduciría como letra muerta, pues si el investigador ministerial ya se ha convencido de la responsabilidad penal de forma suficiente, como fue, para sostener la imputación, las diligencias relativas a la investigación complementaria realizadas por él, serán tendientes a sostener la imputación.
- c) El Ministerio Público, en materia federal y por disposición del artículo 67 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como por el numeral 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal; consideran al Ministerio Público como parte de la centralización estatal, por otro lado, el artículo 102 constitucional, apartado A, lo considera como órgano autónomo, sin embargo, las fracciones I y II de este ordinal, señalan que el nombramiento del Fiscal será a propuesta del ejecutivo federal y con aprobación del Senado; lo que nos da como consecuencia,

¹⁰⁸ Bauman, Jürgen, *op. cit.*, p. 21.

que el Ministerio Público actúe como actor político y sea manipulado por el populismo punitivo oficial, ello por una sencilla razón, le deben el cargo al gobernador o al presidente de la república.

Pese al deber de objetividad y lealtad, si el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, es porque se encuentra convencido de la culpabilidad del imputado, su trabajo sólo deberá consistir en sostener la imputación o la acusación por medio de datos o medios de prueba según sea el caso, así que en realidad, si el juzgador al depender de las partes para determinar si existe o no un hecho delictivo y si éste es atribuible a un sujeto en particular, tenemos como consecuencia que el Ministerio Público es el principal interesado en sostener la culpabilidad del imputado, por lo que la determinación de la presunta responsabilidad, aún corresponde al Ministerio Público, pese a la reforma de 2008, tanto así que para poder realizar su actividad, el investigador ministerial debe valorar los datos de prueba que haya reunido o los que pueda recabar, así nos establece Colín Sánchez:

La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente al juez; sin embargo, también concierne al Agente del Ministerio Público.

Es indudable que durante la investigación previa, para estar en posibilidad de resolver, si procede la consignación o la libertad del sujeto, se lleva a cabo una valoración de los hechos y de todas las pruebas recabadas, porque, aun integrado el cuerpo del delito, si no hay presunta responsabilidad, no podrá ejercitar la acción penal.¹⁰⁹

Es dable afirmar, que el Ministerio Público ya cuenta con un convencimiento previo sobre la culpabilidad del imputado-acusado, por virtud de que a él le corresponde la actividad investigadora y, sobre todo, porque ha realizado un ejercicio previo sobre la valoración de datos de prueba, con los que sostendrá la imputación y en

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 387.

su caso, la acusación a autor o partícipe del delito. es decir, establece la probabilidad de culpa y la sostiene con material idóneo.

5.2 Los principios *Indubio pro societate* y *pro pericullum*.

Es de señalar, que suena rezagado el hablar de probable responsabilidad, el constituyente permanente en 2008, utilizando toda la imaginación con que contaba, la sustituyo por la probabilidad de que el sujeto participó en el hecho o lo cometió, que para fines prácticos es exactamente lo mismo, además, ya ha desaparecido el término de consignación, pues ahora se pondrá al imputado a disposición del juzgador de control y se ejercerá acción penal cuando el Ministerio Público solicite la audiencia de control judicial.

Por otro lado, vemos contrastado el principio de *indubio pro reo* que se encuentra señalado en los códigos penales que resulten aplicables, con el *indubio pro societate* que se ha sostenido históricamente el Ministerio Público, y aunque se le haya fijado el deber de lealtad, autonomía e imparcialidad, lo cierto, es que él debe resolver sobre la probable participación del imputado y en caso de duda, deberá ejercitar acción penal de todas formas y sostener la culpabilidad, pues lo encontramos de forma disfrazada en el artículo 102, párrafo cuarto, que señala:

Corresponde al Ministerio Público la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine.

Nuestro sistema procesal acusatorio y oral, no es tan bondadoso, pues la Constitución expresamente señala que el Ministerio Público buscará pruebas que acrediten la participación de los imputados, no señala que deba sostener su principio de imparcialidad y lealtad, que conduciría presentar pruebas de cargo y descargo, es decir, la función del Ministerio Público sigue siendo “acusar”, tenga

convencimiento o no, debe hacerlo; de lo contrario, serían omisos, y los agentes ministeriales serían acreedores de responsabilidades, penal y administrativa.

Reforzamos nuestra idea de la obligación ministerial de sostener la acusación porque "...en caso de duda, el Ministerio Público deberá consignar, en fuerza, del principio *indubio pro societate*, que norma la actividad del órgano persecutorio, a diferencia del principio *indubio pro reo*, que conviene a la actuación del órgano jurisdiccional."¹¹⁰

Ahora bien, se sigue manteniendo de facto la secrecía de la investigación ministerial, pues en muchos casos, se observa la negativa de los agentes ministeriales a practicar la diligencia de nombramiento del abogado defensor del imputado, como diría Florián, se le considera un apestado que debe estar alejado del Ministerio Público,¹¹¹ dejando éste como última diligencia la práctica de la entrevista al imputado detenido, momentos antes de ser trasladada al reclusorio, y sólo es hasta ese momento cuando se le permite nombrar defensor, y sólo hasta ese momento es cuando se tiene acceso a los registros de la carpeta de investigación, pese a que la Constitución señala el derecho de ser asistido desde el momento de la detención, lo cierto es que los mismos agentes de policía no están capacitados en materia jurídica y en muchos casos no pasan de ser barbaros sin educación básica terminada, además, si sumamos las malas prácticas policiales, en las que quienes presentan al detenido ante el Ministerio Público no han sido los oficiales captores.

Cierto es, que también se actúa por consigna, pues dependiendo del estado social y político, los gobernadores ordenan a su procurador que determinados delitos sean investigados y presentados ante el juez de control, aún sin contar con datos de prueba que hagan suficiente la probabilidad de participación o de la

¹¹⁰ García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 1983, p. 409.

¹¹¹ *Cfr.* Florián, Eugenio, *op. cit.*, 16.

comisión del hecho delictuoso, así, en el Estado de México y Chihuahua, cualquier detenido que sea puesto a disposición de la representación social por posibles delitos sexuales o violentos, debe ser llevado a los tribunales, existan o no datos de prueba, e incluso, en casos de supuestas extorciones, se han detectado consignaciones (en el viejo sistema) por delitos que en realidad eran fraudes no graves.

Hay cierto tipo de juristas, que aún mantienen el enfoque positivista de principios del siglo XX, que se sostenía en la idea de la eficiencia de los sistemas inquisitivos, pues su investigación es escrita y secreta, con amplias facultades de intervención de la policía en el periodo investigativo y la reducción de derechos de la defensa como herramientas eficaces para la defensa social,¹¹² pese a la entrada en vigor del sistema acusatorio, la principal labor esta sobre el Ministerio Público, pues no cuenta con la capacidad intelectual y material de poder desempeñar su labor, además, está sujeto a la voluntariedad política y las medidas mediáticas, lo que lleva a que no investigue o fabrique pruebas para sostener su imputación o acusación, ello nos conduce a observar situaciones sociales como el terrorismo de estado y a una sociedad anárquica, donde el verdadero culpable, al saber de la insuficiencia institucional, comprende que jamás será sentenciado por su conducta delictiva, y al miedo del común de la población, pues en cualquier momento pueden ser sujetos de un procedimiento penal que termine por arruinar su vida.

5.3 Presunción de inocencia vs. probabilidad de responsabilidad.

Al parecer, podemos entrar en contradicción con la presunción de inocencia, pues el investigador ministerial, determinará si es procedente la acción penal ante el órgano judicial de control si considera que existen suficientes sospechas o probabilidades de que:

- a) El imputado cometió el hecho delictivo o participó en él.

- b) El hecho del que tiene noticia existió y además es delictivo.

¹¹² Cfr. *Ibidem*, p. 5.

A lo que se nos apunta:

El fiscal decide con responsabilidad propia (eventualmente después de la declaración ante la policía o ante él mismo) si puede y debe promover la acción. Lo hará únicamente si estima que el procesado aparece como "suficientemente" sospechoso, porque sólo en este caso puede admitirse, ... un auto de apertura.¹¹³

Cabe aclarar, que las declaraciones rendidas por el imputado, incluso, en presencia de su defensor, carecen de todo valor. De todas formas parece existir una contradicción entre la presunción de inocencia y la probabilidad de responsabilidad, lo cual, sólo puede ser salvado si atendemos a la naturaleza de cada figura, pues como ya vimos, la probabilidad se refiere a lo empírico, pues obran datos de prueba que señalan la culpabilidad; mientras que por su parte, la presunción de inocencia pertenece al campo abstracto de la axiología, pues es una valoración previa y abstracta del juzgador, al considerar que la inocencia debe prevalecer en tanto no sea destruida empíricamente, lo cual, es la función del Ministerio Público.

En este sentido, encontramos diferencias entre el término presunto y probable, porque en términos del sistema acusatorio, el imputado es un presunto inocente (por la presunción de inocencia) y es un probable responsable (porque hay datos de prueba en su contra), podemos observar esta distinción de la siguiente manera:

La palabra probable que se emplea en la Constitución; que la Ley procesal penal conserva, es aplicable tanto en la averiguación previa (ahora investigación ministerial) como en el término constitucional de las setenta y dos horas, sin embargo, en la práctica forense, y en la doctrina, se usa indistintamente probable o presunto en relación a la responsabilidad, considerándose que son sinónimos; esta concepción no es adecuada si

¹¹³ Bauman, Jürgen, *op. cit.*, p. 175.

observamos que tienen diferentes significados; lo probable es lo fundado en razón prudente, o que se puede probar, y la palabra presunto proviene del latín *praesumpta*, que con terminación femenina, *ptos*; es presunta, que equivale a presunción, que a la vez significa lo que se tiene como verdad; de acuerdo a lo anterior decimos que se debe emplear para distintos momentos procedimentales; así la probable responsabilidad de un sujeto se establece en la averiguación previa (investigación ministerial) con los elementos probatorios (datos de prueba) que se hayan obtenido durante la investigación, que puede ser el conjunto de indicios, puesto que es suficiente para que se considere a la persona como probable responsable...¹¹⁴

Si bien tienen naturalezas distintas, la presunción y la probabilidad, es claro que en el mundo abstracto pueden coexistir, pero, en la práctica, presentan serios problemas, pes en la realidad, es imposible que ambas prevalezcan, por lo que de forma velada, en el proceso penal, se asume que puede causarse un daño a la víctima por parte del imputado, tan es así, que no se le denomina como presunta víctima o probable víctima, sino como tal, aseverando que el hecho si existió y le afectó.

Así que podemos asumir, que el principio de *in dubio pro societate* que ha regido la actividad ministerial, al pretender proteger a la víctima, el proceso penal, hasta el dictado de la sentencia definitiva, adopta el que llamaremos *in dubio pro periculum*, pues en toda situación, al imputado, se le impondrá alguna medida cautelar por el juez de control, pues no puede existir certeza, sino sólo probabilidad sostenida en datos de prueba sobre la peligrosidad o posible evasión del imputado, así el Código lo establece en los siguientes artículos:

Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares

Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el

¹¹⁴ Polanco Braga, Elías, *op. cit.*, p. 83.

procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

Artículo 154. Procedencia de medidas cautelares

El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

- I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o
- II. Se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse antes del dictado del auto de vinculación a proceso. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas.

La imposibilidad fáctica de conciliar la presunción de inocencia con la probable responsabilidad penal radica en que el Código establece en su artículo 113, fracción I, que es derecho de todo imputado a ser considerado y tratado como inocente, el problema es, que si se impone una medida cautelar, no se está considerando como inocente, pues constituye en sí mismo un peligro para la víctima, el proceso o puede evadirse.

Si hablamos entonces de sostener conciliación por virtud de las diversas naturalezas de figuras como la responsabilidad penal, peligro para la víctima o de

evasión, podemos señalar lo siguiente, pese a ellas, sus consecuencias son las mismas, un acto de autoridad de molestia y en la mayoría de los casos de privación. Máxime que, en teoría, la presunción de inocencia debe ser tomada en cuenta y valorada en cada etapa procedimental, siendo la realidad, solamente es tomada en cuenta por el juzgador de conocimiento en la valoración de la prueba. Independientemente de sus calidades ontológicas, ya sean presunciones, probabilidades, responsabilidad penal o peligro, el trato de inocente no puede sostenerse cuando se imponen medidas cautelares; en consecuencia, opera un dogmatismo de facto en la etapa intermedia, pues si bien, no hay convicción sobre la culpabilidad del imputado, se procede a imponer medidas cautelares, aún en caso de duda, pues basta alguna probabilidad.

Si a eso sumamos, que en la vinculación a proceso se considera por el juez de control que existe suficiencia de datos de prueba para sostener una contienda dialéctica entre el Ministerio Público y la defensa, entonces, se considera que mínimamente los datos de la fiscalía pueden destruir (convertidos en medios de prueba en la etapa intermedia) la presunción de inocencia, y formalmente, el juzgador de control no decide sobre el fondo del asunto, pero prácticamente señala que si hay posibilidades de responsabilidad penal; si observamos, el dogmatismo se centra ahora sobre el peligro de evasión o de daño causado por el imputado, no sobre la responsabilidad penal, pero el efecto es el mismo, si ahora con ello señalamos la medida de la prisión preventiva, pese a los esfuerzos del Código de reservarla sólo a delitos graves, resulta que la mayoría de los tipos penales son graves, pues han obedecido a una política de populismo punitivo.

En la audiencia preliminar, el juzgador celebrará una audiencia en la que realizará el control de la detención (de ser el caso), en ella, el órgano de investigación señalará los datos de prueba y registros tendientes a acreditar que fue realizada conforme a la ley y la Constitución, todo mediante el uso de la oralidad, pero, sólo se enunciarán, debido a que no podrán desahogarse pruebas sino hasta el juicio oral, integrándose los datos de prueba por medio de la testimonial. Durante el plazo constitucional de 72 horas o su duplicidad, se han de

practicar diligencias por parte de la defensa encaminadas a acreditar violaciones realizadas por el Ministerio Público y a contrarrestar sus afirmaciones en cuanto a la probable responsabilidad del imputado o tendientes a señalar que no hay material de prueba suficiente para sostener que el hecho delictuoso aconteció, o en su caso, tiene una naturaleza distinta.

Nos encontramos en un momento donde se ha pasado de una lucha contra el crimen organizado a una lucha contra la corrupción, donde ciertamente existe un paralelismo gracioso entre los delitos violentos cometidos por personas generalmente marginadas (robo en sus diferentes modalidades, privación de la libertad en todas sus formas, delitos contra la salud) donde generalmente la medida cautelar es la prisión preventiva dictada de oficio, aún sin la solicitud del Ministerio Público; en comparación con los llamados delitos de cuello blanco, tales como de corrupción, electorales y robo de hidrocarburos, en los que la medida cautelar es distinta a la prisión preventiva. Pudiera parecer que efectivamente el legislador ha decidido sancionar la pobreza, por ello, se ha contemplado engrosar el listado de delitos de prisión preventiva oficiosa, así las cosas, las voces de algunos ministros ya han reafirmado en la opinión pública lo sabido, la prisión preventiva es una condena adelantada, pues se ha mencionado:

El uso generalizado de la prisión preventiva viola gravemente los derechos humanos en tanto adelanta la pena por delitos que quizá no fueron cometidos, o que habiendo sido cometidos, son irresponsablemente calificados como graves en las legislaciones locales, como las deudas de carácter civil. De esta manera, personas inocentes o culpables de delitos menores, terminan siendo reclusos en condiciones inhumanas y marcados para siempre, con pocas alternativas para continuar con su vida, más allá de seguir vinculados con los delincuentes condenados que conocieron en prisión, dada la falta de separación entre ambos.

<https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/prision-preventiva-condena-sin-sentencia>¹¹⁵.

El resultado es claro, doctrinalmente podemos afirmar que una persona es inocente, aunque se encuentre bajo prisión preventiva pero ello implica una limitante grave a su libertad, que podemos definir como una pena sin sentencia, como lo señala el autor antecitado.

Invariablemente, la sujeción al proceso penal implica en todo caso la limitación a la libertad personal, con independencia de que se dicte la prisión preventiva o no, pues se duda de la buena voluntad del procesado a presentarse sin coacción alguna; si bien se han establecido límites a la cautela, se demuestra que siempre existirá la duda en beneficio de la sociedad, ello lo colegimos del siguiente criterio¹¹⁶:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.

Como lo refirió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de las reformas y adiciones de diversas disposiciones de la Constitución Política

¹¹⁵ Zaldivar Lelo de la Rea, Arturo, Prisión Preventiva, condena sin sentencia, Milenio, 11 de julio de 2017, visible en <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/prision-preventiva-condena-sin-sentencia> consultado el 18 de febrero de 2019.

¹¹⁶ Época: Décima Época, Registro: 160455, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: II.2o.P.284 P (9a.), Página: 4296.

de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, la diferencia entre el auto de formal prisión y el entonces llamado auto de sujeción a proceso radicaba entre otras en que este último no restringía la libertad del todo, sino sólo la perturbaba al obligar al procesado a comparecer periódicamente ante el Juez instructor y a no salir de su jurisdicción territorial si no era con su autorización; luego en atención a las citadas reformas constitucionales, donde existe un nuevo proceso penal de tipo acusatorio, adversarial y oral, aparece la figura del auto de vinculación a proceso que igualmente tiene por objeto someter al imputado a la segunda fase de la etapa preliminar del proceso penal, esto es, a la investigación formalizada, la que concluye cuando el Ministerio Público declara cerrada la investigación y formula la acusación, entre otras determinaciones posibles, continuando así dicho proceso que puede terminar con el dictado de una sentencia privativa de su libertad personal. Ahora bien, el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica que su libertad se afecte, al menos parcialmente, en la medida en que lo somete a un proceso penal con pretensión punitiva, cuya prosecución requiere de su ineludible presencia como presupuesto de continuidad, por lo que lo obliga a comparecer en los plazos o las fechas indicadas por el Juez que conozca del asunto cuantas veces resulte necesario con miras a garantizar, precisamente, la finalidad potencialmente punitiva de la sentencia con la que culmine, pues la libertad personal de los individuos no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia material privar al gobernado de su libertad personal y deambulatoria en sentido estricto, sino que tal afectación también puede darse en el ámbito jurídico por el hecho de estar vinculado, precisamente, a un proceso de tal naturaleza donde, actualmente, con base en las potenciales audiencias subsecuentes que prevé el nuevo sistema procesal, así como las eventuales solicitudes de las partes (particularmente del Ministerio Público y a instancia de víctimas u ofendidos), la autoridad judicial competente puede, incluso, decretar otras medidas para garantizar

el seguimiento del proceso penal; por lo que, aun cuando dicha determinación no lo priva, en sí misma, en forma directa de su libertad personal (pues es independiente de las posibles medidas cautelares adicionales), sí puede considerarse como un acto que la limita indirectamente, en tanto constituye una condición sine qua non para someterlo formal y materialmente a proceso, para la apertura y determinación del periodo de investigación subsecuente, para la continuidad del cauce procesal y para la posible imposición de alguna medida de coerción relacionada con las obligaciones derivadas de esa vinculación, lo cual sin duda repercute en la esfera jurídica del quejoso, al ubicar su condición como la de una persona sujeta a un proceso penal con todas las implicaciones jurídicas o sociológicas que ello conlleva. Y es que del mismo modo en que lo advirtió en su momento el Máximo Tribunal del País, al examinar el auto de "sujeción a proceso" del sistema procesal tradicional, el actual auto de vinculación a proceso genera igualmente una perturbación que, aunque indirecta, incide en la libertad personal. De no aceptarse que existe una afectación, al menos indirecta o en grado de perturbación de la libertad del imputado, como consecuencia del auto de vinculación, se llegaría al absurdo de hacer nugatoria o pretender ignorar la importantísima finalidad que como garantía ejerce la Constitución Mexicana, es decir, la función garantista del tipo penal, que consiste también en evitar que a cualquier gobernado se le someta a un proceso penal (que por naturaleza tiene fines de pretensión punitiva estatal), sin justificarse previamente la satisfacción de los requisitos mínimos para ello, que exigen un estándar suficiente de acreditamiento de un hecho delictivo (no cualquier clase de acto o hecho ajeno a la materia penal) y de razonable probabilidad de intervención en la comisión de ese hecho. **Por tal razón se estima que la emisión de un auto de vinculación a proceso, aun sin existir medidas cautelares complementarias, sí perturba o afecta, al menos indirectamente, la libertad personal;** de ahí que, en atención a esa especial naturaleza, debe estimarse como supuesto adecuado para la

procedencia del amparo y del otorgamiento de la suspensión en lo conducente a esa misma naturaleza excepcionalmente especial. En ese sentido, es claro que la jurisprudencia superada por la legislación reformada no resulta aplicable ni exigible en sentido estricto, pero ello no quiere decir que la autoridad jurisdiccional esté impedida para reiterar el criterio que emana de ella si resulta igualmente aplicable en lo conducente a las nuevas hipótesis normativas, sobre todo cuando éstas son esencialmente idénticas en razones y circunstancias de potencial afectación a la misma garantía o derecho fundamental que la Constitución del País protege, toda vez que donde hay la misma razón no cabe desconocer la misma aplicabilidad de un criterio racional y sustancialmente depurado por la Suprema Corte, que en este caso, este Tribunal Colegiado, dentro del ámbito de su competencia, lo asume y reitera como propio. En efecto, este tribunal comparte tal consideración y reitera, en lo conducente, el aludido criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aunque si bien se refiera al "acto de sujeción a proceso", resulta esencial y racionalmente análogo en defensa de la misma garantía de libertad personal, la cual con la creación del sistema penal acusatorio no sólo subsiste sino incluso se ve mayormente tutelada frente a ataques al debido proceso penal, entendido como derecho humano fundamental y reconocido como presupuesto válido de toda pretensión punitiva posible; aspecto que sigue siendo materia de control de constitucionalidad ineludible, independientemente del sistema procesal que se adopte.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 91/2011. 7 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Silvestre P. Jardón Orihuela.

En conclusión, es imposible que se sostenga que un procesado puede ser tratado como inocente, pues en todo supuesto se le aplicará una o más medidas

cautelares que limitarán su libertad, como consecuencia de la duda respecto a su probable responsabilidad.

5.4 El juzgador de control frente al dato de prueba.

El juzgador, en la audiencia preliminar, debe analizar las alegaciones de las partes, además, no dispone de acceso a la carpeta de investigación, por lo que deberá estar atento a las datos de prueba que ofrezca el Ministerio Público y la defensa, pues, aunque no se consideran desahogados, estos representarán elementos suficientes para sustentar una dialéctica de partes, lo que significa, que la probabilidad sostenida con datos de prueba por el Ministerio Público, no ha sido destruida por la defensa, así que:

El juez para dictar el auto que resuelve la situación jurídica de un sujeto, requiere de un estudio minucioso de todos los elementos probatorios (datos de prueba), que abarque los recabados en la averiguación previa (investigación ministerial) y los obtenidos durante el término de las setenta y dos horas, ya sea para proseguir con el proceso, ya sea para dejar en libertad al inculcado (dictar auto de no vinculación); de manera tal que en juzgador existan elementos de juicio suficientes para decretar cualquiera de ellas.¹¹⁷

Si analizamos el contenido del artículo 316 del Código Nacional, que establece los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso, se dice:

El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

- I. Se haya formulado la imputación;
- II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

¹¹⁷ Polanco Braga, Elías, *Dinámica*, *op. cit.*, p. 118.

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

La fracción III del antecitado numeral, conserva la idea de que exista la probabilidad de responsabilidad del imputado, lo que nos retrotrae al problema inicial, si el Ministerio Público ya ha establecido la convicción ministerial por datos de prueba y la defensa no ha podido destruir la probabilidad de culpabilidad con datos de prueba de mejor calidad, se aplica nuestro principio de *in dubio pro periculum*, pues persiste la posibilidad de que el imputado haya cometido el hecho y de que éste es delictuoso.

Nuestro Código Nacional parece divagar y confundirse en lo que se consideran pruebas, pues el artículo inmediatamente citado menciona que se requieren datos de prueba para establecer la probabilidad de responsabilidad del imputado, sin embargo el artículo 314 faculta a la defensa a desahogar medios de prueba, lo que parece demasiado absurdo, porque los medios de prueba se ofrecen hasta el escrito de acusación que formulará el Ministerio Público, además, de que como ya lo analizamos, los datos de prueba constituyen pruebas sin desahogar, por lo que, de ser cierto que se ofrezcan medios de prueba por la defensa en el término constitucional de 72 horas o su dúplica, adquirirían una calidad superior a la de los datos de prueba, haciendo virtualmente imposible que el juez de control esté en condiciones de vincular a proceso a determinada persona.

Si lo anterior sumamos que, es un hecho que después de vinculada a una persona a proceso se le impondrá una medida cautelar, vemos como se agrava en

la realidad el problema de la presunción de inocencia y la probabilidad de culpa, pues aunque ambas son cosas distintas, los efectos reales de la probabilidad de culpa se imponen, pues el sólo tratarse de un delito grave que es investigado, implica la prisión preventiva; por lo que hace que el trato de inocente sea nugatorio.

Pese a lo que se piensa, la fe pública de la que fue despojado el ministerio público no se tradujo en un debilitamiento de la institución, en realidad, fue el escalón necesario para su fortalecimiento, pues, en el anterior sistema mixto, sólo podía practicar sus investigaciones durante el plazo de 48 horas (en caso de haber detenido), convirtiéndose en parte procesal al momento de realizar la consignación, ahora, con nuestro sistema mixto-acusatorio, no sólo cuenta con las 48 horas constitucionales, sino que conserva su carácter de autoridad incluso ya ejercida la acción penal, y domina toda la investigación ministerial y la judicializada, pero en esta última bajo la supervisión del juez de control, así también se ha señalado:

En el procedimiento preliminar se investigan los hechos. Aquí, el ministerio público, a quien está asignada esta tarea... asume una posición especialmente relevante. "Domina" el procedimiento de investigación. No obstante, son necesarios los derechos de control del imputado y del defensor a fin de evitar que en la investigación se deslicen, desde el principio, errores que después son difíciles de reparar. En el procedimiento intermedio se examina judicialmente si existen sospechas suficientes. Aquí, el tribunal se inserta como instancia de control para que un exceso ciego del celo del ministerio público, o parcialidad, no induzcan al ministerio público, en virtud de las investigaciones que ha practicado, a exponer a un ciudadano, sin motivos suficientes, a la carga psíquica que implica un debate público y oral...¹¹⁸

¹¹⁸ Baumann, Jürgen, *op. cit.*, p. 24.

Pero también, es dable señalar, que con el hecho de que exista una probabilidad, por más imperfecta que sea, si está respaldada con datos de prueba, el proceso continuará, aun cuando los datos de prueba de la defensa sean de igual o superior calidad, pues basta, que las afirmaciones ministeriales sean creíbles y razonables, así lo ha establecido el poder judicial federal, quienes señalan:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE CONTROL, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, NO DEBE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, SINO VALORAR LA RAZONABILIDAD DE LAS MANIFESTACIONES EXPUESTAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y, EN SU CASO, LA CONTRA-ARGUMENTACIÓN O REFUTACIÓN DEL IMPUTADO O SU DEFENSOR (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

De los artículos [16, párrafo tercero, 19, párrafo primero y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#), se advierte que el Constituyente Permanente determinó, entre otras cuestiones, la no formalización de las pruebas en cualquiera de las fases del procedimiento penal acusatorio, salvo excepciones. Asimismo, que el impedimento a los Jueces del **proceso** oral para revisar las actuaciones practicadas en la indagatoria fue con el fin de evitar que prejuzguen, manteniendo con ello la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, así como los principios de igualdad y contradicción; lo anterior, dada la horizontalidad de la posición de las teorías del caso de los contendientes, por una parte, las del Ministerio Público, víctima u ofendido del delito y, por otra, del inculpado y su defensa, en relación con un hecho que la ley señale como delito y cuando exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; de ahí que en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial del Estado de Chihuahua, el Juez de control, al resolver sobre la procedencia del auto de **vinculación** del imputado, no debe estudiar los datos de la carpeta de investigación, sino valorar la razonabilidad de las

manifestaciones expuestas por dicha representación social y, en su caso, la contra-argumentación o refutación del imputado o su defensor.¹¹⁹

En el caso de la imputación, al ser un acto de comunicación, el juez de control no puede manifestarse por sí mismo, necesita ser provocado por la defensa para efecto de controlar la legalidad de ella, pues si la defensa no se manifiesta, quedará intocada la pretensión ministerial, así se explica:

No está autorizado constitucionalmente el juez para aprobar o improbar la imputación de la Fiscalía, esa es una situación que viene haciendo carrera en la judicatura y es que el juez se pronuncia diciendo que aprueba o improba la imputación, su actividad de control formal y material no le entrega legitimidad para aprobar i improbar, porque en el sistema de partes son la defensa y la Fiscalía quienes tienen la legalidad para pronunciarse...

Si la defensa plantea al juez de control en la misma audiencia de imputación la nulidad y la fundamenta debidamente... entonces, como es una petición de la parte a la cual se le imputó si tiene legitimidad el juez de control de garantías para pronunciarse...¹²⁰

Pero su pronunciamiento será para saber si aún guarda verosimilitud la hipótesis ministerial, de guardarla en la misma proporción que la de la defensa, se dictará la vinculación, así prevalece la probabilidad de la culpa del imputado, y en su caso, su efecto en el mundo físico es la imposición de alguna medida cautelar, aunque, no se haya desvirtuado la presunción de inocencia, por ello, no sólo el Ministerio Público, sino la ley, atienden a un dogmatismo adecuado, pues se basan en la presunción de que el imputado-acusado puede constituir un daño a la víctima o evadirse.

¹¹⁹ Tesis: XVII.1o.P.A. J/5 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, n. ius 2007811, p. 2377.

¹²⁰ González, Navarro, Antonio Luís, *op. cit.*, pp. 415-416.

Por otro lado, si bien el Ministerio Público es dogmático, la defensa también lo es, pues deberá aferrarse a la no culpa del imputado-acusado, también, se le ha considerado como órgano de la administración de justicia, con el único propósito de defender los intereses del procesado y en consecuencia, no está obligado a contribuir a la prueba del hecho punible, sin embargo, aun presenta muchas debilidades, pues por sí mismo, el defensor, no puede disponer de toda la maquinaria con la que cuenta el agente ministerial.¹²¹

En conclusión, podemos concebir que el dogmatismo radica en que cada parte estará interesada en demostrar su verdad, “frente a la prueba recibida, cada parte se preocupa en demostrar el éxito de su pretensión como consecuencia del favorable resultado probatorio y la deficiencia o ineficacia de los elementos que puedan perjudicar ese éxito”,¹²² no hablamos entonces de un dogmatismo teológico, en el que se considera la verdad absoluta por revelación divina y se toma como única posible y digna de certeza, simplemente, del convencimiento previo al desarrollo de la prueba.

VI. ESCEPTICISMO CARTESIANO EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Ha quedado ya definido el papel del sistema dogmático como parte integrante de la visión procesal de las partes y del juzgador, sin embargo, a partir de la Reforma de Constitucional de 2008 en materia de administración de justicia, se ha dado un gran salto ideológico como un paradigma que se constituye en la presunción de inocencia del imputado-acusado como criterio orientador en la valoración de pruebas del juzgador para efectos de resolver el fondo de la controversia procesal penal y se le ha dotado del sistema de libre apreciación de pruebas, ello porque:

En materia de valoración de pruebas se aprecia que la forma se basa en el principio de libre valoración de la prueba, porque los otros sistemas que han

¹²¹ Cfr. Baumman, Jürgen, *op. cit.*, p. 22.

¹²² Claria Olmedo, Jorge A. *op. cit.*, p. 190.

sido reconocidos históricamente para tal efecto han resultado ineficientes o insatisfactorios, a saber, “el sistema de íntima convicción” el cual no es aplicable en el caso de México porque ello es propio de aquellos sistemas que prevén el juicio por jurado, el cual no está obligado a fundar ni a motivar sus determinaciones; “ni el sistema de prueba tazada” en el que prevalece la valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial, de ahí que de acuerdo con la exposición de motivos del sistema basado en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido en el proceso penal.¹²³

Sin duda, dicho sistema de libre apreciación y valoración de la prueba es el indicado para garantizar la imparcialidad del juez de juicio oral al momento de decidir, pues no debe tomar en consideración el material probatorio de la forma en que se lo indicaba la legislación procesal penal, sin embargo, aclaremos ahora, que la prueba al ser la convicción del juzgador presenta una naturaleza diversa a la evidencia, indicios, medios de prueba y presunciones, puesto que, como analizamos:

- 1) La prueba es el proceso lógico de convicción en el juzgador.
- 2) El indicio son objetos o circunstancias con soporte material que pueden ser relacionados con el delito.
- 3) La evidencia, es el nexo probatorio entre el indicio y el hecho delictuoso.
- 4) La presunción es el criterio axiológico que ha planteado el legislador en la norma.

¹²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, mesas redondas, abril-mayo 2008*, México, SCJN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2008, p. 475.

6.1 Valoración de pruebas por el juez de conocimiento.

De lo dicho en párrafos anteriores, observamos que el legislador a querido que la valoración de la prueba sea libre, pues deja amplio criterio al juzgador para que por sí mismo se cause convicción sobre el hecho, desterrando (en forma general) la tasación de los medios probatorios, sin embargo, se conserva como criterio rector la determinación axiológica de la presunción de inocencia, que como tal, opera al momento de la deliberación, en que el juzgador aprecia todo el material de prueba aportado por las partes, es decir, se convierte entonces en una idea previa, anterior a la valoración, para efecto, de que ésta deba ser destruida por el material de prueba aportado por el investigador ministerial, y que a la vez, debiera ser reforzada por el material de prueba aportado por la defensa. En otras palabras, se resolverá sobre si prevalece la inocencia del acusado, o no; al decir “prevalecer” debemos entender que esta ya existe, es un pre-juicio valorativo establecido por el juzgador.

Ello nos presenta el siguiente patrón, durante el procedimiento ha prevalecido el in *dubio pro periculum*, en el sentido, de que el imputado-acusado puede presentar un peligro para la víctima o puede evadirse, es decir, se le ha procesado en base a probabilidades, situación distinta para resolver su responsabilidad penal, pues ella debe ser plenamente acreditada, es decir, las probabilidades no destruyen la presunción de inocencia, así se nos explica:

En los juicios criminales para condenar se necesita la certeza, la probabilidad absuelve, pero el tipo de certeza moral o histórica, salvo en el caso en que los hechos se presentaran a la vista del juez o hubiera dejado huellas materiales de su consumación, porque entonces estaremos ante una certeza física que es la que toma su fundamento en la percepción de los sentidos. El juez aplica entonces la certeza física siempre que encuentre probada una cosa por el testimonio de sus sentidos. El reconocimiento o la

inspección ocular lo colocan en situación de proveerse de datos reales de certeza¹²⁴. Es por ello que la certeza física es superior a la histórica.

De modo que el juzgador debe proveerse la certeza absoluta sobre la culpabilidad del acusado, y ella se obtendrá de la valoración libre y directa de los medios de prueba que le causarán prueba en su psique, en el caso de la verdad física, la única forma en que el juzgador pueda percibir de forma “directa” el hecho delictuoso es por los medios de prueba, en su caso, el más perfecto sería la inspección, pero, la valoración debe orientarse en tres aspectos:

- a) Moral, en el sentido de que únicamente para absolver, el juzgador debe escuchar su intuición o conciencia, pues la valoración tiene una fuerte carga subjetiva, es decir, pese a que exista material de prueba suficiente para condenar, consideramos que si el juzgador por “corazonada” siente que el acusado es inocente, debe absolver; por el contrario, resulta inaceptable que el juzgador utilice “corazonadas” para condenar, pues es preferible que exista un culpable en libertad que un inocente en prisión.
- b) Lógico, en el sentido de que las hipótesis aportadas por las partes:
 1. Son coherentes;
 2. Están sustentadas por elementos de prueba suficientes, y
 3. Si son conforme a derecho, o en su caso, si colisionan contra una norma jurídica.
- c) El grado de persuasión, pues si observamos, la valoración de la prueba realizada por el juzgador contiene los mismos elementos que sostienen la teoría del caso de las partes (facticos, jurídicos, cohesivos), sin embargo, debemos adelantar, que el juzgador como sujeto de

¹²⁴ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 12.

conocimiento se integra de una parte lógica, que será orientada por los medios de prueba; y una parte subjetiva, la que será orientada por los elementos discursivos de la teoría del caso.

En resumen, la mera sospecha sobre la culpabilidad del acusado resulta inaceptable para sustentar su condena, pues, el principio de la presunción de inocencia señala que primero, debe ser destruida ella; Ellero por su parte nos ilustra:

...hay también quienes creen que se puede, por ciertas razones de bien público, condenar a los simples sospechosos en virtud de meras probabilidades; doctrina ésta que la razón, la moral y el derecho y los convenios rechazan, aun cuando en algún tiempo haya sido sancionada por el despotismo, la ignorancia y el miedo.¹²⁵

Es decir, México, durante casi toda su historia ha presentado una justicia inmoral y sin ética, pues la inestabilidad política bien conocida del siglo XIX y los regímenes autoritarios del siglo XX, se han sostenido por el miedo de la sociedad a que se le fabricaran pruebas que señalaran la responsabilidad penal de alguna persona, la que tenía en su caso, la carga para acreditar su inocencia, así nos encontramos criterios como el siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISION.

Aun cuando existan datos o presunciones contradictorias, basta la presunción de responsabilidad para que el auto de formal prisión no viole las garantías individuales, puesto que, durante el curso del proceso, **el reo se encuentra en posibilidad de acreditar su inocencia, si es que efectivamente no es responsable de los hechos que se le atribuyen.**¹²⁶

¹²⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁶ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo penal en revisión 4667/45, s. n. de tesis, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Tomo LXXXVII, 14 de enero de 1946, n. ius 304386, p. 209.

E incluso, ya se había determinado que el principio de la presunción de inocencia no debía ser tomado en consideración para determinar lo que antiguamente se conocía como auto de formal prisión, pues se arguyó que:

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE.

Si bien es cierto que el artículo [14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#) prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo [18](#) de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo [1o. de la propia Carta Magna](#) las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. **Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional,** porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.¹²⁷

Por ignorancia y miedo, se ha considerado que la prisión preventiva debe operar como una excepción procesal del principio de la presunción de inocencia,

¹²⁷Suprema Corte de Justicia de la Nación, El Tribunal Pleno, Tesis: P. XVIII/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 13 de enero de 1998, n. ius 196720, 28.

primero, porque se ignora la culpabilidad real del imputado y segunda, por miedo de su evasión o de causar un peligro a la víctima, ofendido, testigos, peritos, etc., ello, debido a que solamente después de la investigación y de las diligencias procesales se podrá esclarecer la culpabilidad de forma concreta plasmándose en la sentencia, en virtud de que “Ningún sistema está dado en el punto de partida de la investigación. El sistema no está definido, pero es definible. Una definición adecuada sólo puede surgir en el transcurso de la propia investigación y para cada caso en particular...”¹²⁸

La valoración previa que hace el juzgador de control sobre los datos de prueba en los que se sustenta una medida cautelar y la fundamentación de la continuación del proceso, no tienen sentido para efectos de determinar la culpabilidad y responsabilidad penal del acusado, pues ellos son de naturaleza antiempírica, pues no se observa la totalidad del hecho delictuoso, únicamente un reflejo de lo que fue el hecho delictivo, sin embargo, para efectos de la valoración de la prueba durante la deliberación y sentencia, se debe observar toda la valoración empírica y sobre todo, el carácter epistemológico de la presunción de inocencia como un principio rector que debe ser destruido como principio previo, así aclaramos que “su fundamentación es estrictamente epistemológica. En efecto, la afirmación allí contenida es antiempírica, en tanto que niega que las características del sistema estén dadas y sean accesibles a la experiencia directa de cualquier “observador neutro” ... una posición “antiempírica” no significa “antiempírica”. El tipo de ciencia (procesal penal) del cual nos ocupamos es, empírica. Ninguna explicación sobre el comportamiento de un sistema será aceptable si las constataciones empíricas las refutan, si las observaciones y los hechos que se intentan interpretar no concuerdan con las afirmaciones de la interpretación propuesta”¹²⁹.

La en otras palabras, el sustento empírico de la prueba debe apuntar de modo absoluto a la culpabilidad y responsabilidad penal del acusado, de lo

¹²⁸ García, Rolando, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 40.

contrario, debe prevalecer el criterio de inocencia como determinación axiológica legislativa que se traduce en un criterio gnoseológico que apunta la no culpa en la mente del juzgador, “hemos definido el marco epistémico como el conjunto de preguntas o interrogantes que un investigador (en este caso el juzgador, que no investiga, pero realiza la valoración de pruebas) se plantea con respecto al dominio de la realidad que se ha propuesto estudiar. Dicho marco epistémico representa cierta concepción del mundo y, en muchas ocasiones, expresa la jerarquía de valores del investigador (decisor). Las categorías sociales bajo las que se le formula una pregunta inicial de investigación no constituyen un hecho empírico observable sino una construcción condicionada por el marco epistémico.”¹³⁰

De forma sintética, el escepticismo del juzgador no constituye su imposibilidad de creer, sino el criterio orientador dado por la presunción de inocencia, en el sentido de que el marco gnoseológico se origina por la pregunta ¿el acusado es culpable? Y ya no, como en etapas procesales y épocas anteriores, en que la pregunta era ¿el imputado es inocente? Pues la forma de contestar ambas preguntas, origina visiones contradictorias sobre la responsabilidad penal, pues en la primera, se integra que el investigador ministerial cuenta con la carga de la prueba al acusar, y de no cumplirla, se obtiene la no culpa del acusado; en la segunda pregunta, si el acusado no cumple con la carga de probar su inocencia, aunque el Ministerio Público lo haya realizado defectuosamente al acusar, el resultado será la culpabilidad, por no destruir la acusación ministerial.

Pues no es suficiente ya la acusación ministerial, ni la serie de indicios circunstanciales que haya podido reunir para sostenerla, es más, no basta el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, exige su comprobación material de forma empírica, las suposiciones no justifican nada, así es necesario recalcar:

¹³⁰ *Ibidem*, p. 35.

(En cuanto al derecho procesal penal) ... exige un procedimiento sustraído a la disposición de las partes en que se ha de examinar exactamente (principio de la verdad material) si la pretensión penal estatal ha surgido. No basta que el presunto autor de un hecho punible haya confesado y quiera sufrir la consecuencia jurídica pertinente. La comunidad jurídica pretende examinar si él es realmente el autor, cómo ha llegado a la comisión del hecho...¹³¹

La única manera válida para lograr el conocimiento de la responsabilidad penal respecto del hecho delictuoso es por los medios de prueba, que a su vez causarán prueba en la mente del juzgador, pues la convicción nace de la prueba, y a la vez, establece la convicción de si la prueba se ha establecido o no.¹³²

6.2 Reglas del escepticismo judicial.

Entendido entonces el papel que juega como criterio gnoseológico el axioma de la presunción de inocencia en la mente del juzgador, acudamos a las reglas que ha señalado Descartes como eje para lograr la convicción, pues el escepticismo radica en que para tener como cierto algo, debe ser absolutamente encontrada la convicción, así nos dice que son cuatro reglas para capturar la verdad¹³³:

1. No aceptar nunca como verdadero a lo que con toda evidencia no reconociese como tal; es decir, se evitará cuidadosamente la precipitación y los prejuicios no dando cabida en los juicios sino a aquellos que se presenten al espíritu en forma tan clara y distinta que no sea admisible la más mínima duda (regla de la evidencia).
2. Dividir cada una de las dificultades que hallase a mi paso en tantas partes como fuere posible y requiera su más fácil solución.

¹³¹ Baumann, Jürgen, *op. cit.*, p.4.

¹³² *Cfr.* Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 44.

¹³³ Descartes, René, *Discurso del método*, 13ª ed., México, Porrúa, 1996, sepan cuantos..., n. 177, p. 16.

3. Ordenar los conocimientos, empezando por los más sencillos y fáciles, para elevarme poco a poco y como por grados hasta los más complejos, estableciendo también cierto orden en los que naturalmente no lo tienen.
4. Hacer siempre enumeraciones tan completas y revistas tan generales que se pueda tener la seguridad de no haber omitido nada.

Reglas que son plenamente aplicables al momento de la valoración de pruebas que se realiza durante la deliberación del juzgador, ello porque el juzgador primero deberá determinar la existencia del hecho delictuoso por virtud de la acreditación de los medios de prueba que resultaron válidos, en consecuencia, deberá separar la diversidad de sub-hechos que integran el hecho delictuoso y en particular, los elementos de la teoría del caso del Ministerio Público.

Hecho lo anterior, proceder a determinar si tiene coherencia lo alegado por el investigador ministerial, y si los hechos tal como fueron planteados por él, tienen lógica, de ser afirmativo, el juzgador deberá hacer previamente una valoración, en el sentido de que debe tener por pre-acreditado el hecho delictivo; después de este escenario, el juzgador debe proceder al análisis de los medios de prueba aportados por la defensa, en el sentido de si son válidos y si han conseguido acreditar los extremos de la teoría del caso de la defensa, de ser afirmativo, procederá a estudiar la verosimilitud de lo planteado por ella, de serlo, seguirá su análisis; determinará la validez de ambas teorías, pues la prueba, supongamos, ha servido para acreditarlas a ambas, pues la de la defensa debe resultar contradictoria a la ministerial, en el sentido que señala al imputado en un tiempo-lugar distinto, entonces, el juzgador, deberá preferir a la de la defensa, pues ha operado la convicción de la presunción de inocencia.

Si por el contrario, se inclina por la del Ministerio Público, deberá realizar una última valoración, en el sentido de que si es suficiente para demostrar el hecho delictuoso y destruir por sí misma la presunción de inocencia, procediendo

a verificar si existe algún elemento de la teoría del caso de la defensa que aún perviva y que haga incompatible la teoría ministerial, de encontrarlo, deberá proceder a la absolución del acusado, de no existir ningún elemento a favor del imputado, deberá proceder a analizar si existe alguna inconsistencia en la prueba ministerial, de encontrarlo, deberá absolver; de lo contrario, deberá tener por destruida la presunción de inocencia y condenar al acusado.

Aclarando que, en todo momento, el juzgador debe actuar bajo los principios y normas procesales aplicables, y la última valoración, deberá ser para efecto de determinar si el hecho comprobado es delictivo y si resulta atribuible al acusado.

En lo sostenido, podemos observar las reglas cartesianas en operación, pues se han dividido las etapas del análisis en elementos más pequeños y la responsabilidad penal sólo podrá tomarse por cierta cuando ha sido plenamente destruida la presunción de inocencia, es decir, cuando no ha quedado vivo ningún elemento de convicción de la defensa y sobre todo, que la totalidad de los medios probatorios ministeriales han sido efectivos.

Pese a la regla de síntesis, se debe entender, que por facilidad mental se deben subdividir en varios elementos, pero, abarcando la totalidad del material de prueba con su eficiencia y su relación con las teorías del caso, siempre con las reglas de la lógica, cuyos principios, serán estudiados en particular más adelante, así nos explican:

Para la valoración de los medios de prueba que existan en el expediente (ya no existen los expedientes sino la carpeta judicial) al dictarse la sentencia, el juzgador debe apreciarlas en su conjunto, con base en la lógica y la experiencia jurídica, analizando todas las pruebas una por una, para establecer su relación con los hechos que se justifican o que no se acreditan al obtener la certeza que se pretende, con la finalidad de condenar o absolver, con el respectivo razonamiento en todo caso, puesto que primero se hace la valoración y después el razonamiento negativo o positivo, en relación a la certeza decimos que se obtiene con las pruebas...

en consecuencia, en la sentencia se llega a la certeza razonada cuando se valoran positivamente las pruebas producidas.¹³⁴

Ese razonamiento, positivo o negativo, le denominamos inducción, el cual, es un silogismo específico, pues tomará en consideración los elementos probados para conocer si cumple con las proposiciones típicas de la norma penal sustantiva, es decir, es un tipo de razonamiento por sí mismo, entre el hecho probado y el supuesto típico penal, por lo que el juzgador, debe obedecer las normas lógicas específicas de la inducción para tener por acreditado el hecho y la responsabilidad penal, razonamientos y formas del silogismo que serán analizados de forma particular en posteriores apartados de esta investigación, pero que adelantamos su enunciación para efectos de ilustrar el proceso mental escéptico del juzgador.

En ese proceso mental, prevalecerá la presunción de inocencia como una certeza metafísica, preconstituida y abstracta a todo hecho posiblemente delictuoso y a la responsabilidad penal derivada de él, pues la presunción, es sobre la responsabilidad de forma específica, no sobre la comisión del ilícito penal, de esta forma, la presunción al causar certeza hará una evidencia especial, podemos apuntar que:

...en la esfera de la certeza metafísica hay nociones ciertas de que no puede permitirse dudar hombre alguno; son estos axiomas en los cuales certeza y verdad son casi una misma cosa (verbigracia, todo efecto tiene una causa, la parte es menor que el todo, dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí...). Por tanto, siempre que el raciocinio se atenga a ellas, producirá en nosotros aquel grado sublime de certeza que llamamos evidencia.¹³⁵

La evidencia, radica en que, si tomamos como partida la presunción de inocencia, entendemos que todo hombre es no culpable, pues no puede tener culpa sino hasta el momento en que el juzgador la declare, de modo, que la

¹³⁴ Polanco, Braga, Elías, *Dinámica*, *op. cit.*, pp. 157-158.

¹³⁵ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 50.

defensa puede apuntalarla de manera contradictoria al acreditar hechos que hagan incompatibles los planteados por el investigador ministerial por los medios de prueba. De lograrlo, la presunción de inocencia operará como evidencia prístina y metafísica contra cualquier alegación y prueba ministerial.

6.3 Certeza de culpa.

De primera mano, debemos preguntarnos, qué es la certeza, y sobre todo, qué es la certeza de la culpabilidad, por ello, debemos recapitular la naturaleza del hecho delictuoso, pues al no existir y ser un hecho externo al juez, es imposible que se tenga verdad sobre él, pues ocupa un tiempo-espacio distinto al juzgador, pero, se puede obtener certeza de verdad sobre su naturaleza y existencia por los medios de prueba, así que esta certeza nace al respecto de la culpabilidad, cuando todo aspecto de la presunción de inocencia se ha desvanecido, por ello, se nos esclarece:

De hecho un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge...

...La justicia histórica debe muchas veces darse por satisfecha con las probabilidades, mientras que la justicia penal pide la certeza.¹³⁶

Es escepticismo judicial implica que las probabilidades de inocencia hayan sido desvanecidas de manera previa a dictaminar la culpabilidad, pues la certeza nace en torno a la culpabilidad, no a la inocencia, pues ella se tiene axiológicamente acreditada por virtud de la presunción, pues se tiene como verdad en tanto no sea destruida, en relación a que nace del raciocino, de la valoración abstracta del legislador, podemos sostener:

¹³⁶ *Ibidem*, p. 51-52.

No se deben confundir las fuentes con los medios de la certeza: aquéllas como ya dijimos, son (con el raciocinio) los sentidos de quien juzga y las referencias ajenas: éstos consisten en las pruebas y las presunciones.

Las presunciones son, en cierto modo, testimonios del género humano ofrecidos por el sentido común; y en esto difieren de los indicios, por cuanto que los indicios se deben probar, mientras que aquellas se tienen como probadas sólo con iluminar la mente del juzgador; en su virtud, quien las niega debe probar lo contrario.¹³⁷

Efectivamente, por virtud de la presunción de inocencia, el juzgador debe tener por acreditada la misma, lo que lo hace escéptico a la culpa de acusado, por ello, el Ministerio Público debe acreditarla por los medios de prueba idóneos, y la defensa, no debe acreditar la inocencia, pues ya lo está, sino desvirtuar los medios de prueba ministeriales, proponiendo hechos contradictorios que hagan insostenible la teoría del caso de la representación social.

Con respecto a las presunciones, ciertamente inciden en la valoración probatoria, y las que apuntan a la culpabilidad del acusado deberían ser desterradas de cualquier ordenamiento jurídico y de la mente de los juzgadores e incluso del Ministerio Público, pero la de inocencia y las semejantes a ella, si bien pueden alterar la apreciación del hecho delictuoso, lo cierto es que resulta por virtud de la justicia y de la estabilidad socio-política del Estado, pues constituye un criterio de fiabilidad para asegurar que en la cárcel no exista detenido ningún inocente.

Es de aclarar, que la presunción de inocencia no es absoluta, es decir, no es de las llamadas de *iuris et de iure*, sino de aquellas que pueden ser desvirtuadas, denominadas *iuris tantum*, pues admiten prueba en contrario, así nos señalan:

La esfera de la libertad de apreciación del juez se ve alterada y limitada precisamente por estas presunciones (*iuris tantum*). Se trata de hechos de

¹³⁷ *Ibidem*, p. 64.

los cuales; una vez aceptados, la ley deduce determinadas consecuencias; hechos que la ley interpreta a su manera. El precepto legal impone atribuirles determinado valor a ciertos hechos, sea en forma definitiva o mientras no se haya demostrado lo contrario.

El legislador determina abiertamente el significado probatorio de un hecho, sea en forma definitiva (presunción *juris et de jure*), sea en forma provisional y condicional, y esto hasta que no se pruebe lo contrario (presunciones *juris tantum*) (que) se refiere propiamente al método de apreciación de ciertos hechos aducidos como prueba o que surgen en el proceso, ya que la norma jurídica les atribuye a ciertos hechos un significado y el juez debe atenerse a esta; pero esa atribución de significado se hace en forma provisional o condicional, es decir, hasta cuando del proceso no resulte lo contrario de lo que la norma deduce apriorísticamente del derecho que ella supone.¹³⁸

De lo que podemos colegir, que la naturaleza de la presunción de inocencia es una valoración *a priori* y abstracta realizada por el legislador, de las llamadas *iuris tantum*, sobre la responsabilidad penal de un imputado-acusado en el procedimiento penal, dirigido a incidir como un criterio orientador en la valoración de prueba, para efecto de que sea un requisito el destruirla para que exista una condena penal.

Al efecto, se nos ofrecen diversas presunciones¹³⁹, que si bien, algunas no constan en la norma jurídica, son parte esencial de la metodología de la valoración de prueba para determinar la responsabilidad penal:

- I. Que lo que sucede de un modo constante sucede también en el presente.
- II. Que el que realice un acto tiene la intención de realizarlo.

¹³⁸ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 385.

¹³⁹ Ellero, Pietro, *op. cit.*, p. 68.

- III. Que por tanto, cuando la acción entrañe criminalidad, el autor es reo.
- IV. Que nadie desea su propio daño.
- V. Que no se delinque sin un motivo.
- VI. Que el hombre es veraz.
- VII. Que está sano de la mente y de los sentidos.
- VIII. Que su testimonio tiene valor si es de cosas inverosímiles.
- IX. Que la perfecta semejanza en una persona o en una cosa es identidad.
- X. Que el hombre es inocente.
- XI. Que se conceptúa criminal lo menos posible.

Dichas presunciones, se pueden validar, o destruir por medio de determinados medios de prueba, siendo el más perfecto, el de la inspección, pues coloca al juzgador en un plano de observador directo mientras son recreadas las hipótesis históricas de las partes, para efecto de que juzgue su coherencia e idoneidad, pues podrá abstraer información:

- I. Respecto de todos aquellos delitos que se verifican ante él, tales como amenazas, perjurios, violencias.
- II. Respecto de todas las huellas que el delito o las circunstancias del mismo dejan tras de sí, tales como el cuerpo del delito (entendido como los instrumentos del delito y no en su connotación ya derogada de la Constitución), instrumentos, documentos.

III. Respecto de todos aquellos hechos accesorios de un proceso criminal que ejercen algún tipo de influjo, tales como la palidez, el rubor, el llanto del procesado...¹⁴⁰

De esas indagaciones psíquicas realizadas por el juzgador en la etapa de valoración, debe entonces utilizar el método de Ritler, que consideraba la validez de una prueba cuando no existiera alguna otra solución, más que suponiendo circunstancias verdaderamente extraordinarias y contrarias al sentido común y la lógica de los acontecimientos normales. Es decir, “no hay más solución que la culpabilidad a menos que se presentase algo completamente extraordinario para lo cual no existe ningún apoyo en la prueba.”¹⁴¹

Es decir, la culpabilidad siempre debe ser la última opción en la mente del juzgador, es decir, el escepticismo sobre la culpabilidad y responsabilidad penal del acusado consiste en que el juzgador no debe encontrar más explicación a los hechos que el tratarse de delictuosos y cometidos por el acusado, o por participación de él. Por ello, la prueba que valore en su mente debe ser de calidad, pues no se valora en cuanto a su cantidad, sino en su capacidad explicativa, no se prueba por el hecho de tener muchos indicios en un sentido, “los indicios prueban según su calidad y la relación que tengan unos con otros. El indicio de la posesión de la cosa robada o de los elementos con que fuera cometido..., implican huellas precisas del crimen, aunque por sí solos no llevan a probar la culpabilidad del tenedor”¹⁴², y en todo caso, la posesión del objeto robado, acredita la posesión, no el *animus domini*, porque él es un elemento subjetivo, y como tal, debe verse reflejado en conductas inequívocas, e incluso, es su declaración, de observarse que el poseedor del objeto “robado” actúa como si el delito no existiera y no hubiera robado nada, e incluso, desconoce la posesión, no se podría tener por acreditada su culpa, pues su intención no habría sido la del dominio sobre el bien, o por lo menos, no podría acreditarse su culpa.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 55.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴² *Ibidem*, p. 20.

Ello es plausible, debido a lo que señala Carlos M. de Elía en el sentido de que “La inferencia que puede surgir del indicio de posesión tiene fuerza indudable, pero siempre se necesitan más elementos. La culpabilidad requiere ser verificada por actos más elaborados de prueba que sólo pueden complementarse por una serie de indicios corroborantes”¹⁴³. El juzgador de juicio oral, de sólo contar con el indicio y evidencia de la posesión del objeto robado por parte del acusado, y en caso de que la conducta de éste no coincida con lo esperado del comportamiento de un ladrón, más que el acusado desconocía tener el objeto, apuntalaría la presunción de inocencia, pues no hay elementos suficientes para considerar que se pretendía cometer el delito de robo.

6.4 Presunciones de dolo.

Ellas nos son explicadas por la obra de Colín, quien define a las presunciones de dolo como criterio rector de la prueba en materia penal, al mismo nivel que la pertinencia y la utilidad, “La presunción *juris tantum* de dolo, atañe al procedimiento penal, y concretamente a la prueba, independientemente de que, en nuestro medio, la parte general del Código Penal la prevea... cuyo texto indica (derogado) “La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño.
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho...
- III. Que creía que la ley era injusta...

¹⁴³ *Idem.*

IV. Que creía que era legítimo el fin...

V. Que erró sobre la persona o cosas en que quiso cometer el delito; y

VI. Que obró con el consentimiento del ofendido...¹⁴⁴

Presunción de dolo que violaba expresamente la presunción de inocencia y que colocó al juzgador con un criterio dogmático, pues con comprobar la existencia del hecho delictuoso, se comprobaba la responsabilidad penal del imputado. Por ello, Florián, sostiene críticas muy duras contra la presunción de inocencia, pues la reduce al simple *in dubio pro reo*, así escribió que:

La presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se imputa, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación del hecho.

Pero si la presunción de inocencia queda reducida a esto, su nombre no corresponde en manera alguna a la institución de la prueba, ya que se trata simplemente de un criterio de lógica. En el fondo no se presume nada, y la acusación debe probarse. Y dicho en términos más claros: los hechos, en un sentido o en otro, deben comprobarse en el proceso y por el proceso.¹⁴⁵

Si bien es cierto que la presunción de inocencia es un criterio orientador del juzgador, e incluso, el fundamento gnoseológico de su valoración respecto a las pruebas, no por ello debemos relegarla del campo probatorio, pues es precisamente en éste donde opera, por sí misma constituye entonces el fundamento y pilar de la valoración y la forma en cómo deben ser acreditados los hechos, pues se acreditará la culpabilidad, no la inocencia, y el trabajo de la defensa es acreditar hechos contrarios que destruyan la pretensión de culpa, no sustentar la inocencia. Así, el silogismo del juzgador debe realizado en base a la

¹⁴⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁵ Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 393.

valoración previa que hizo el legislador de que todos los humanos somos inocentes de cualquier delito.

Una decisión judicial será obtenida por medio de un proceso de razonamiento que puede ser reducido en una serie de complejos silogismos, con la premisa mayor consistente en reglas jurídicas preexistentes en la ley, y la premisa menor consistente en los hechos materiales que son materia de estudio judicial, la conclusión es el resultado del juicio.¹⁴⁶ Y en todo ese proceso, deberá estudiarse la presunción de inocencia, la que rebasa el principio lógico del *indubio pro reo*, para convertiré en la manera en cómo pensar del juzgador, pues sus deducciones deben contrastar con ella. Para este efecto, Descartes en las reglas para la dirección del espíritu, nos obsequia las reglas generales de la inducción, que a saber son:

...definamos la inducción. Consiste en una operación por la cual comprendemos todas las cosas que son consecuencia necesaria de otras conocidas por nosotros con toda certeza.

He colocado la deducción junto a la intuición porque hay muchas cosas que pueden ser conocidas con toda seguridad... De este modo sabemos que el último anillo de una larga cadena está unido al primero...

Distinguiamos, pues, la intuición de la deducción cierta en que en ésta se concibe un movimiento o cierta sucesión y en aquella no; y en que la deducción no necesita, como la intuición, una evidencia presente, sino que en cierto modo, la pide prestada a la memoria. De donde resulta que las proposiciones que son consecuencia inmediata de un primer principio pueden ser conocida tanto por la intuición como por la deducción...; en tanto que los principios lo son solamente por la intuición, y las consecuencias lejanas no pueden serlo más que por la deducción.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Cfr. Geoffrey, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁷ Descartes, René, *op. cit.*, p. 100.

Por ello, consideramos que en caso de convencimiento moral, no material, sobre la inocencia, el juzgador debe absolver, pues Descartes nos señala la intuición, sin embargo, ella es inaceptable para condenar, pues deben converger convencimiento moral y formal de la culpabilidad, siempre en caso de discordancia entre una y otra en la mente del juzgador, se debe absolver; si a ello sumamos que lo conocido como primer principio por la intuición es la inocencia por virtud de su presunción, los eslabones deben ser continuados por vía de la deducción, debiendo ser destruidos si y sólo sí por los elementos de prueba que apunten a la culpabilidad del acusado, así que la inocencia se conoce por vía de la intuición y la deducción, mientras que la culpabilidad sólo puede serlo por vía de la deducción.

La crítica final a este primer libro, consiste en que la mentalidad que se impera en el actual derecho procesal penal latino, poco tiene que ver ya con la concepción prístina romana, pues ese se parece más al *common law*¹⁴⁸, del que nosotros queremos copiar instituciones. Pues ellos se han basado más en el escepticismo cartesiano donde la comprobación de una premisa resulta indispensable para sostenerla como verdad, mientras que en el mundo del llamado “*civil law*” la norma se ha visto como un ente abstracto, perfecto y realizable, propio de la fusión entre Kant y Kelsen, que nos ha dado por resultado normas jurídicas penales, adjetivas y sustantivas, que no operan en el mundo fáctico.

En conclusión, la presunción de inocencia al momento de valorar la prueba por el juzgador, se erige como un criterio gnoseológico, por virtud del cual, el juzgador debe ser escéptico ante la pretensión punitiva del Ministerio Público, pues lo que se encuentra ya comprobado por ministerio constitucional, es la inocencia, pero al ser presunción provisional *iuris tantum*, ella debe ser destruida de forma absoluta y eficaz, de modo, que la culpabilidad se tendrá por acreditada cuando ya no exista más ninguna otra solución para resolver el caso.

¹⁴⁸ Cfr. Geoffrey, *op. cit.*, p. 37.

No debemos confundir al escepticismo cartesiano con el escepticismo radical de Gorgias, que sostuvo que “nada existe; si existiera, nada puede ser conocido; y de llegar a conocerse, sería imposible transmitir ese conocimiento”¹⁴⁹. Pues la culpabilidad si puede ser conocida, por virtud de los medios de prueba, pero, deben destruir la inocencia.

¹⁴⁹ Platón, *Diálogos*, 24^a ed., México, Porrúa, 1996, sepan cuantos..., n. 13, p. 728.

SEGUNDA PARTE: EL JUZGADOR COMO SUJETO COGNOCENTE DEL HECHO DELICTIVO.

CAPÍTULO I: LA LÓGICA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Es necesario comenzar el estudio de este segundo libro por lo que toca a la búsqueda y enunciación de los principios lógicos que se ocupan de la valoración de la prueba por parte del juzgador, así como los mecanismos en los cuales ellos son plasmados, en consecuencia, debemos enunciarlos y explicar lo tocante a lo necesario que resulta ser la inducción y deducción jurídica sin que uno no pueda subsistir sin el otro, ya que son partes complementarias del razonamiento jurídico.

1.1 Principio lógico, inducción y deducción.

Ya hemos entendido en el primer libro de esta investigación, que el juzgador, en el momento de la deliberación en que valuará los medios de prueba desahogados por las partes, es el sujeto cognoscente que formará en su mente la prueba, para decidir si condena o absuelve al acusado. Este es el momento crucial del proceso penal, pues para dictar el fallo, el juzgador determinará la existencia del hecho ilícito y además, si él le es atribuible a una persona determinada.

En ese sentido, nos encontramos con lo que dispone la Constitución en su artículo 20, apartado A, fracción III, la que reza:

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. (...)

Si bien como ya lo establecimos, ocurren diversos momentos de valoración probatoria realizada por las partes en diversas etapas procedimentales, lo cierto es que esta investigación se enfoca a la valoración última que realiza el juez de conocimiento, en la que decide si condenará o absolverá, y que será a partir de las pruebas desahogadas en el juicio oral y se manifestará al dictar sentencia definitiva.

Respecto a ese momento procesal, debemos enunciar lo que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuyo artículo 259 nos establece, entre otras cosas:

Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito. Las pruebas serán valoradas por el Órgano (sic) jurisdiccional de manera libre y lógica.

Por lo que hace a su valoración libre, ya en el libro primero, hemos establecido en qué consiste la valoración libre, aunque, debemos reafirmar, que se trata en realidad de un sistema de valoración de sana crítica, pues al efecto el juzgador debe expresar los razonamientos en que funde su convicción respecto a los medios de prueba desahogados en particular. El problema por determinar es establecer cuáles son esos principios de la lógica que guiarán la valoración del juzgador.

Sin duda, al hablar de reglas o principios de la lógica, no podemos hablar aisladamente en el ámbito procesal, es más, ni siquiera jurídico, pues ellos son propios de todas las ciencias, pues son universales y dables para determinar la verdad (o por lo menos la certeza de algo), por lo que son cuestiones que aparecen en las ciencias exactas, sociales, naturales, e incluso, en técnicas y métodos. Ello siempre ha sido conocido y sustentado, sirva invocar lo que nos ha señalado el fundador de la lógica:

Todas las ciencias se comunican las unas con las otras mediante principios que con a ellas comunes; y llamo comunes (a) los principios que se emplean para demostrar mediante ellos, no aquello que se demuestra (...).¹⁵⁰

Esa ciencia universal que se encarga de descubrir esos principios comunes a todas las demás no es otra que la lógica, pues es una ciencia formal independiente, pero que es estudiada en particular por cada una, por ejemplo, la

¹⁵⁰ Aristóteles, *Tratados de Lógica, El Organón, Segundos Analíticos*, México, Porrúa, 8° ed., 1987, colección sepan cuantos, n. 124, pp. 168-169.

lógica jurídica, sociológica, matemática, etc., por otro lado, todas las ciencias cuentan con metodologías específicas, es decir, una lógica material, que se ocupa de las leyes de pensamiento que son aplicadas a esferas específicas de objetos de estudio¹⁵¹.

Sin bien en la investigación que nos ocupa, utilizaremos aspectos metodológicos, nos referiremos en concreto a la lógica formal, a la que también se le denomina dialéctica¹⁵² a efecto de estar en posibilidad de descubrir y enunciar sus principios universales, que son los fundamentales para conocer un objeto de estudio con sus elementos; para ello es necesario ir de lo más evidente y claro a aquello que resulta más intrincado, por lo que se nos establece ese método de la forma siguiente:

Puesto que en toda investigación sobre cosas que tienen principios, causas o elementos, el saber y la ciencia resultan del conocimiento de éstos –ya que sólo creemos conocer una cosa cuando conocemos sus primeras causas y sus primeros principios, e incluso sus elementos-, es evidente que también en la ciencia de la naturaleza tenemos que intentar determinar en primer lugar cuanto se refiere a principios.

La vía natural consiste en ir desde lo que es más cognoscible y más claro para nosotros hacia lo que es más claro y más cognoscible por naturaleza; porque lo cognoscible con respecto a nosotros no es lo mismo que lo cognoscible en sentido absoluto.¹⁵³

Es decir, para poder afrontar debidamente el problema de la determinación de la calidad de la prueba, es necesario que indagemos sobre los principios que operan en todas las ciencias, pues ellos resultan ser los más comprensibles y fundamentales para poder conocer y valorar lo que se pretende descubrir.

¹⁵¹ Cfr. Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica*, 12° ed., México, Porrúa, 1981, p.119.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ Aristóteles, *Física*, trad. de Guillermo R. de Echandía, España, Gredos, 1995, Biblioteca Clásica Gredos, n. 203, p. 10.

Dichos principios son develados como los principios lógicos fundamentales de identidad, del tercero excluido, razón suficiente y de contradicción¹⁵⁴, mismos que son utilizados como piedra angular de las operaciones inductivas y deductivas, es decir, dichos principios carecen de sentido si no son aplicados en el mundo real, por ello, son instrumentalizados por vía de la metodología ya que "(...) toda la ciencia o, al menos, la ciencia práctica, es metodología, porque no cumple otra tarea que la investigación de la vida del obrar. Pero como también se procura atribuir a los nombres un valor convencional, metodología puede significar por antonomasia discurso sobre el método científico."¹⁵⁵ Que se ha de fundamentar en la aplicación de las reglas lógicas descritas.

No debemos olvidar, que si bien el pensamiento del juzgador debe ser moldeado a partir de los principios lógicos, deben ser expresados en un discurso, ya como ha dicho Carnelutti, de carácter metodológico que logre instrumentarlos al determinar la verdad, en ese sentido, el lenguaje es la expresión de las operación suscitadas en la conciencia, es decir, el razonamiento será expresado en una sentencia del juzgador que sea estructurada en un discurso lógico, un discurso que expresará las imágenes de la mente en el vehículo de la palabra, que en su caso, será representado por la escritura¹⁵⁶.

El discurso lógico debe ser metodológico, en el sentido de que plantee razonamientos inductivos y deductivos, que son la base del conocimiento científico, por lo que se afirma:

Los preceptos para la interpretación de la naturaleza se dividen en dos clases: los primeros enseñan a deducir y a hacer salir de la experiencia las leyes generales; los segundos a derivar de las leyes generales nuevas experiencias.

¹⁵⁴ Cfr. Ovalle Fabela, José, Derecho Procesal Civil, México, Oxford, 9° ed., 2007, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, p. 179.

¹⁵⁵ Carnelutti, Francesco, Metodología del Derecho, trad. de Ángel Ossorio, Colofón, 2008, p. 18.

¹⁵⁶ Cfr. Aristoteles, *op. cit*, *Peri hermeneias*, p. 49.

La primera clase se divide en tres partes relativas, a la ayuda que deben prestar, los unos a los sentidos, los otros a la memoria, y los terceros a la inteligencia o razón.

(...) Es preciso, pues, formar tablas y encadenamientos de hechos, distribuirlos de manera tal y con tal orden, que la inteligencia pueda operar sobre ellos.

Pero a pesar de tales auxilios, el espíritu, abandonado a sí mismo y sus libre movimientos, es impotente e inhábil para descubrir las leyes generales; es preciso regularlo y prestarle socorros. He aquí por qué en tercer lugar, es preciso emplear un inducción legítima y verdadera, que en sí misma la clave de la interpretación.¹⁵⁷

Al respecto, el juzgador utilizará en su decisión ambos métodos, en primer término, porque deberá evaluar los medios de prueba desahogados atendiendo a los principios lógicos en su conjunto, para determinar de forma deductiva si en su totalidad son suficientes para demostrar la existencia de un hecho, en el supuesto de que ese hecho se tenga por comprobado, deberá analizarse si él es delito, es decir, partiendo de una norma jurídica típica estudiará deductivamente si los elementos del tipo son aplicables al hecho que se ha descubierto, en caso de que ello sea así, se procederá de manera inductiva a determinar si esos medios de prueba validos son susceptibles de apuntar a la comisión del acusado, es decir, si demuestran que el acusado los cometió o participó en el hecho ilícito penal, atribuyéndose entonces la responsabilidad penal e imponiéndose la sanción que al caso establezca el tipo penal.

En el momento de la valoración de las pruebas, el juzgador debe obtener un gran apoyo de la inducción, porque el proceso penal en realidad es predominantemente empírico, primero se debe comprobar con certeza la existencia de un hecho para poder calificarlo deductivamente de delito así como la responsabilidad penal del

¹⁵⁷ Bacon, Francis, *Novum Organum*, México, Porrúa, 9° ed., 2008, Colección Sepan Cuantos n. 293, pp. 107-108.

acusado, por lo que los medios de prueba deben allegar inductivamente el hecho al juzgador.

En otros términos, el juzgador debe fallar con respecto a la realidad fáctica, y no meramente a la lógica, pues ésta sirve como instrumento para determinar los hechos a partir de lo que es percibido por los sentidos del juez de conocimiento, reafirmamos esto con lo siguiente:

(...) no se fía exclusivamente de las fuerzas de la humana inteligencia y ni siquiera hace de ella su principal apoyo; que no se contenta tampoco con depositar en la memoria, sin combinarlos, los materiales cogidos en la historia natural y en las artes mecánicas, sino que los lleva hasta la inteligencia, modificados y transformados. Por esto debe separarse de una alianza íntima y sagrada de esas dos facultades experimental y racional (...).¹⁵⁸

Las facultades que se nos ilustran corresponden a la experimentación material en el proceso penal que son llevadas por las partes al juzgador para que el las perciba, en ese sentido, el juzgador no tiene una libertad absoluta de experimentación, pues sus sentidos sólo conocerán de lo que las partes le desahoguen en su presencia, a partir de lo cual, el juzgador establecerá la prueba, el conocimiento único sobre el hecho; sin perder esa idea, liguémosla con el principio de unidad probatoria, el que establecemos como "(...) la obligación del juez de valorar en su conjunto todos los medios probatorios que se han aportado durante el proceso, ya sea para condenar o para absolver (...) debemos entender que se deben valorar todas las pruebas que existen en el expediente."¹⁵⁹; ese principio de unidad sólo puede ser aplicado por el juzgador por vía de la inducción, a la que entendemos como:

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 80-81.

¹⁵⁹ Polanco Braga, Elías, *La Dinámica de las Pruebas en el Procedimiento Penal*, México, Porrúa, pp. 21-22.

Uno de los procedimientos principales del razonamiento (raciocinio) y de los métodos de investigación. El razonamiento inductivo (conclusión) representa el movimiento del conocimiento desde las afirmaciones singulares hasta las tesis generales. Se distingue la inducción completa cuando acerca de una clase de objeto en general es obtenida sobre la base de examinar todos los objetos de esta clase (...)¹⁶⁰.

En ese entendido, sólo es posible la valoración de las pruebas por vía del método inductivo, puesto que los medios de prueba son distintos pero la prueba es una, es una sola la convicción del juzgador, por lo que se debe partir de casos concretos, por cada medio de prueba desahogado en lo individual para estar en posibilidad de emitir la prueba como unidad, entendida ésta como convicción del juzgador, convicción que establecerá la culpa o la no culpa de un acusado en el proceso penal.

Dicha inducción establecerá axiomas específicos al caso concreto, por lo que se dice que sólo hay dos caminos para la investigación de la verdad y su descubrimiento, la primera parte de la experiencia que ha adquirido el juzgador como sujeto cognoscente en torno a los hechos que le son mostrados por la vía de prueba, y la segunda, que se remonta a la experiencia ganada por el juzgador que logra inducir cuestiones desconocidas, elevándose progresivamente hasta alcanzar un principio general¹⁶¹, que al caso es condenar o absolver.

En esa experiencia inductiva, el juzgador debe valerse de lo que señalábamos como presunción humana (ya en el primer libro establecimos a la presunción en su carácter de legal, atendiendo a la determinación provisional que realiza el legislador con respecto a un hecho que sólo debe ser aplicada por el juzgador sin mayor razonamiento) para cubrir los vacíos de lo que se ha establecido por las partes, en ese sentido, afirmamos que la presunción es “la operación lógica

¹⁶⁰ Blauberg, I., *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alejandro Méndez García, México, Ediciones Quinto Sol, 2014, p. 187.

¹⁶¹ *Cfr.* Bacon, *op. cit.*, p. 42.

jurídica por medio de la cual a partir de un hecho conocido se obtiene otro hecho desconocido o incierto.”¹⁶²

Podemos resumir lo anterior con lo siguiente:

Si observamos que la prueba es una, porque es una la convicción del juzgador, ella se obtiene por vía de inducción al analizar los medios de prueba en particular que han sido desahogados por las partes, sin embargo, los medios de prueba apuntan a un hecho, y es imposible que las partes ofrezcan y desahoguen todo aquello que arroje la verdad sobre un hecho delictivo, pues éste ya se ha extinto (la única forma de desahogar la verdad es hacer que el juzgador viaje en el tiempo al lugar preciso en que se cometió el hecho, lo que resulta físicamente imposible), por lo que aquel hecho último, es decir, la culpabilidad e inculpabilidad se encontrará por vía de la deducción a partir de la certeza del juez.

Sirva de sustento lo que nos aporta Bacon:

Al establecer leyes generales por medio de esta inducción, es preciso observar atentamente si la ley general que se establece comprende sólo a los hechos de los que se le ha derivado y no exceder de sus límites, o si los excede y tiene mayor alcance; que si tiene mayor alcance, es preciso examinar si confirma su extensión por la indicación de hechos nuevos que puedan servirle de garantía, para evitar a la vez el inmovilizarnos en los conocimientos ya adquiridos, o estrechar sombras y formas abstractas y no objetos sólidos.¹⁶³

Veamos con mayor detenimiento lo que se nos plantea, la premisa general sería el determinar por vía de inducción probatoria si el hecho ha existido o no, a la vez de determinar vía deductiva si es delito o no, por lo que el objeto concreto (el hecho que se ha probado) debe corresponderse en su totalidad con la descripción típica

¹⁶² Polanco Braga, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Juicio Oral*, México, Porrúa, 2° ed., 2015, p. 244.

¹⁶³ Bacon, *op. cit.*, p. 85.

que establece el Código Penal de que se trate, para que una vez se establezca que el hecho si ha existido y si es delictivo, se conozca vía de inducción si es atribuible a un sujeto determinado, para en su caso, vía deducción aplicar la consecuencia penal que corresponda. Para el caso de determinar la comisión de un hecho en cuanto a si ha existido puede utilizarse la presunción, pues invariablemente siempre han de quedar pedazos del hecho que han quedado fuera del desahogo de pruebas, pero, que el conjunto de prueba desahogada haría incompatible cualquier otra explicación, es decir, llenar huecos en lo que se ha desahogado.

No así se puede usar la presunción para esclarecer la tipicidad del hecho, pues lo ya demostrado debe ser exactamente correspondiente con la descripción legal, al estar prohibida la interpretación por analogía o por mayoría de razón de la conducta a la hipótesis normativa.

En cuanto hace a la atribuibilidad del hecho al acusado, se debe recurrir invariablemente a la presunción, pues aunque cuenta con la de inocencia, ella sólo es una determinación provisional del legislador, que puede ser invalidada por los razonamientos del juzgador, sirva de ejemplo los elementos subjetivos del delito¹⁶⁴; pues es imposible introducir al juzgador en la mente del acusado para conocer si éste actuó con los requisitos psicológicos que marca el código sustantivo penal; por lo que dichos elementos serán comprobados presuntivamente a partir de la conducta comprobada del acusado, pues se comparará con la conducta normalmente aceptada de quien no desea cometer un hecho ilícito.

¹⁶⁴ Entendamos a los elementos subjetivos como los que requieren acreditar el estado anímico o voluntariedad del sujeto activo del delito, pero resulta imposible penetrar en la psique de él, por lo que se debe acreditar con presunciones humanas que son obtenidas inductivamente de su obrar.

Para aplicar metodológicamente la inducción o deducción a determinado caso o casos, debemos utilizar al silogismo jurídico, es decir, el pensamiento razonado y en consecuencia lógico, por lo que se nos ilustra:

El razonamiento presenta dos formas, una que va de una ley a un hecho y entonces se llama deductivo y otra que va del hecho a la ley y entonces se llama inductivo.

(...)

El razonamiento se llama también silogismo y Aristóteles lo definió diciendo que es un razonamiento formado por tres juicios tales que, dados los dos primeros, el tercero resulta necesariamente, por el mero hecho de ser dados aquellos.¹⁶⁵

En el mismo sentido se pronuncia Bacon, sin embargo, él es claro al señalar el error en que se puede caer si no se atiende con cuidado los principios lógicos y si estos no son complementados por una experiencia ordenada y metódica, pues podría obtenerse conclusiones irreales y sin solidez, en ello nos aclara:

El silogismo se compone de proposiciones, las proposiciones de términos; los términos no tienen otro valor que el de las nociones. He aquí por qué las nociones (y este punto es fundamental), son confusas y debidas a una abstracción precipitada, lo que sobre ellas se edifica carece de solidez; no tenemos pues confianza más que en una legítima inducción.¹⁶⁶

Podemos observar dos cuestiones de lo dicho hasta este momento, la primera, que el juzgador debe realizar una serie de razonamientos apegados a los principios de la lógica por vía de la deducción, además, de que deben ser comprobables por la experiencia que proporciona el material de pruebas utilizando la inducción. Sostener lo contrario, nos llevaría al extremo de los procesos inquisitivos puros, en que se procesaba sin la necesidad de pruebas ni de ninguna

¹⁶⁵ Alatorre, *op. cit.*, p. 219 y 220.

¹⁶⁶ Bacon, *op. cit.*, p. 41.

comprobación, pues (no en todos los casos) bastaba que se utilizara planteamientos formales para determinar la culpa del acusado, utilizándose solamente la confesión como una comprobación de lo que ya era sabido, sin importar si se correspondía o no con la verdad, por lo que se ha afirmado respecto a la actividad probatoria inquisitorial que “se estableció debidamente reglamentada la tortura, cuya finalidad era obtener la confesión como prueba plena. Debido a que el delito se consideraba como un pecado, al ser aceptado por el inculpado su alma iba al cielo limpia de todo pecado.”¹⁶⁷ Por lo que podemos afirmar que en un sistema meramente lógico formal como el inquisitivo, se carece de actividad probatoria desarrollada, puesto que la confesión sirve sólo como perfeccionamiento de la convicción preconcebida del juzgador.

Ante las debilidades del sistema inquisitivo, y en específico, a la aplicación del sistema meramente formalista y silogístico, se elevaron duras críticas para dotar al conocimiento humano de la experiencia necesaria para conocer con certeza la verdad, señalándose que “El hombre, servidor e intérprete de la naturaleza, ni obra ni comprende más que en proporción de sus descubrimientos experimentales y racionales sobre la naturaleza; fuera de ahí, nada sabe ni nada puede.”¹⁶⁸ Por lo que invariablemente deben complementarse el razonamiento puramente deductivo con la experiencia que forma el carácter deductivo en el juzgamiento, pues en realidad, uno u otro no pueden existir aisladamente, y aunque se lleguen a establecer como contrarios, son partes de la misma vía lógica del conocimiento.

Ello es reconocido en autores tan contrarios como Bacon y Aristóteles, en que desde diferentes ángulos, establecen la complementariedad del razonamiento, en ese provecho el Estagirita dijo “Cuando solo se razona atendiendo a la probabilidad y de manera puramente dialéctica, es evidente que debe darse uno por satisfecho siempre que el silogismo se forma de los elementos más probables

¹⁶⁷ Polanco Braga, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, México, Porrúa, 2015, p. 5.

¹⁶⁸ Bacon, *op. cit*, p. 39

posibles”¹⁶⁹ y dicha probabilidad únicamente puede ser establecida a partir de la experiencia previa. Ello queda asentado en el Organón al aclarar:

(...) nosotros no podemos aprender sino por inducción o demostración, ahora bien, la demostración sale de los principios universales, y la inducción de los casos particulares. Pero es imposible conocer los universales de otro modo que por la inducción; por la inducción en efecto, se conocen las cosas abstractas cuando se quiere hacer comprender que algunas de ellas se dan en cada género: y que se llaman abstractas, aunque no están separadas hasta el punto de que cada una de ellas forme un objeto distinto. Ahora bien, es imposible que se induzca el que carece de sensación: porque la sensación se aplica a los objetos particulares; y no puede haber respecto de ellos ciencia, puesto que es absolutamente imposible concebir el universal sin inducción, ni obtenerlo por inducción sin la sensibilidad.¹⁷⁰

Por ello es imprescindible el estudiar a profundidad cada uno de los principios lógicos de la ciencia jurídica, señalando la demostración como el principio empírico que dará validez al razonamiento formal emitido por el juzgador de conocimiento.

Los principios lógicos o leyes lógicas del pensamiento son fundados en la ontología¹⁷¹ que posee ciertos principios que valen *a priori* para la totalidad de objetos de estudio que se apoyan en la esencia de los objetos cuyo valor se extiende a los pensamientos¹⁷².

¹⁶⁹ Aristóteles, *op. cit.*, 2dos Analíticos, p. 177.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ A la ontología también se le ha llamado metafísica, pues busca la causa primero del objeto en sí, su esencia, aunque ella no es el único estudio de la metafísica, pues sólo transversalmente estudia el origen primero del objeto en particular, véase Hessen, Johan, *Teoría del Conocimiento*, Porrúa, 16° ed., México, 2013, Colección Sepan Cuantos n. 351, p. 9.

¹⁷² *Cfr.* Alatorre, *op. cit.*, p. 196.

1.2 Principio lógico de contradicción.

Qué debemos entender por principio de contradicción, además de que la Constitución nos establece el principio de “no contradicción” en su numeral 20, por lo que es necesario que expliquemos dicha dualidad, comenzando por la interpretación lógica para continuar con la procesal y valorativa específica del material de prueba.

Comenzando pues con la regla lógica de la contradicción, definámosla de primera mano, siendo ella la:

Correlación interna entre las tendencias y aspectos del objeto o proceso que se penetran recíprocamente y al mismo tiempo se niegan entre sí. La contradicción se manifiesta como unidad y lucha entre contrarios. A diferencia de la metafísica, que parte de que no pueden existir contradicciones internas en las cosas, la dialéctica considera la contradicción una propiedad in

separable de la esencia de las cosas.¹⁷³

Partamos de la idea dicha que la contradicción existe por una pugna de postulados que pretenden señalar la verdad, es decir, ambas pretender ser explicaciones válidas sobre un hecho, ser juicios verdaderos; en el caso concreto, existe una contradicción entre la teoría del caso del acusado y su defensa contra la del Ministerio Público y la víctima, la primera establecerá la inculpabilidad y la segunda la culpabilidad respecto al acusado.

El principio lógico cobra sentido pues al decirse que “Cuando dos juicios se contradicen, los dos no pueden ser verdaderos –sin especificar cuál es el verdadero y cuál es el falso- (...) la razón es la imposibilidad que una cosa sea y no sea lo que es al mismo tiempo”¹⁷⁴.

¹⁷³ Blauberg, *op. cit.*, p. 70.

¹⁷⁴ Alatorre, *op. cit.*, pp. 198-199

Por lo que se suele expresar con un lenguaje simbólico de la siguiente manera:

$$\neg (A \wedge \neg A)$$

Cuyo objeto de estudio es representado por la letra “A”, siendo el símbolo “¬” indicativo de una negación o de un “no es cierto”; mientras que “∧” representa la conjunción “y”: por lo que podemos definirla como que no es cierto que algo sea y no sea al mismo tiempo; trasladado al campo del derecho procesal penal, establecer que “A” se refiera a la culpabilidad del acusado y entonces de determine que no es cierto que el acusado sea culpable y no culpable al mismo tiempo sobre los mismos hechos.

Es decir, por lo regular, la defensa siempre sostendrá que el acusado no es culpable y en consecuencia, inocente; mientras que la fiscalía establecerá siempre que el acusado es culpable. Por lo que resulta que ambas hipótesis sean verdaderas o falsas al mismo tiempo.

Entonces, lo que decimos de una hipótesis de culpabilidad, ya sea la que formule la defensa o la fiscalía respecto al acusado, es siempre una enunciación atribuible al acusado, ambas, no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, por lo que ahora la actividad del juzgador se limita a determinar cuál de las dos es cierta, en ese sentido se nos establece:

La afirmación es la enunciación que atribuye una cosa a la otra. La negación es la enunciación que separa una cosa de otra cosa. Cómo es posible enunciar lo que es como no siendo, y lo que no es como no siendo, y lo que no es como no siendo, (...) Llamamos contradicción a la afirmación y a la negación que son opuestas. Digo, pues, que no hay oposición sino respecto de la proposición de lo mismo a lo mismo, pero no como efecto de

una simple homonimia, ni a causa de ningún otro equívoco del mismo género (...) ¹⁷⁵

Dicha enunciación ha debido ser establecidas en sendos alegatos de las partes durante el juicio oral, pues en ellos se contienen las teorías del caso que deben ser contradictorias, por lo que se dice que las alegaciones son:

(...) invocar, argumentar a su favor las actuaciones o preceptos legales, como elementos de convicción para obtener una resolución favorable, o bien el acto oral en que las partes fundamentan sus pretensiones con razonamientos jurídicos, jurisprudencia, doctrina o principios generales del derecho. También es la actividad procesal mediante la cual los intervinientes, en apoyo a sus pretensiones, afirman, niegan o sustentan lo concerniente a un hecho o la procedencia o improcedencia de la aplicación del derecho a ese hecho en particular.

(...)

Los alegatos de apertura deben contener la teoría del caso en posturas diferentes o contradictorias que surgen en razón de los intereses y pretensiones de las partes, cuya estructura debe ser lógica (...) para lograr cada uno sus objetivos. ¹⁷⁶

Dichas enunciaciones, en las que se comprenden las teorías de caso de cada parte, pueden ser simples o complejas, es decir, cuando simplemente se afirma la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, o cuando se forma todo un discurso en que se describe la intervención del acusado en el hecho ilícito ¹⁷⁷; sirva de ejemplo decir, que la enunciación legislativa de la presunción de inocencia de todo procesado es simple, pues sólo afirma provisionalmente su inocencia, mientras que, la teoría del caso de la fiscalía es compleja al atribuir hechos concretos al

¹⁷⁵ Aristóteles, *op. cit.*, *Peri Hermeneias*, p. 50.

¹⁷⁶ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, pp. 517 y 518.

¹⁷⁷ *Cfr.* Aristóteles, *op. cit.*, *peri hermeneias*, p. 51.

acusado en la comisión o participación delictiva que arrojan su culpabilidad, lo mismo se dice de la defensa, que señalará hechos concretos y contradictorios a los establecidos por el Ministerio Público, o los aceptará en parte pero desvirtuando su carácter de delictivos.

Por el contrario, si la defensa resulta pasiva y se limita a enunciar la presunción de inocencia que se consagra en el derecho, será una hipótesis simple que deberá ser contrastada contra la complejidad lo la planteada por la representación social.

Aclarando ese punto, debe señalar la contradicción que existe entre los planteamientos ministeriales con la presunción de inocencia y con lo establecido por la defensa, puesto que la presunción de inocencia aunque trate de una enunciación simple, se trata de una proposición universal atribuible a todo ser humano, mientras que la complejidad de la hipótesis ministerial es compleja y solo atañe a un caso particular; no podría ser de otro modo, porque si no consintiéramos en que la inocencia es un atributo universal de todo ser humano, sostendríamos entonces que lo es la culpabilidad, y ello nos llevaría a los terrenos del modelo inquisitivo puro, en que la inocencia es lo que debe ser demostrado.

Ello encuentra sustento en lo dicho por el Estagirita, al definir:

Las cosas son unas universales y otras individuales. Entiendo por universal aquello que, por su naturaleza, puede atribuirse a muchos; y por individual lo que no puede atribuirse de este modo (...)

Luego, si de una cosa universal se enuncia de una manera universal que es o que no es, las enunciaciones serán contrarias (...) ¹⁷⁸

La importancia de establecer el criterio predominante en la valoración que realiza el juzgador radica en determinar si la inocencia o no es atribuible universalmente a todos los gobernados, si partimos de esa idea, el gobernado en principio no debe acreditar su inocencia, sino, destruir la versión particular del Ministerio Público, pues ella se enfoca no contra la totalidad de los gobernados, sino, contra la de uno

¹⁷⁸ *Idem.*

en específico como autor o partícipe del delito. Por lo que, en ese supuesto, la presunción de inocencia contradice las acusaciones del Ministerio Público.

Por el contrario, si pretendemos que sean contradictorias las medidas cautelares contra la presunción de inocencia, resulta que no lo son, sino que son contrarias.

Esto es así porque ya se ha establecido que la naturaleza de la culpabilidad y las medidas cautelares atienden a orígenes distintos, y en el caso de la valoración de la prueba que se realiza al momento de dictar sentencia, el principio de *in dubio pro societate* queda subordinado a la comprobación de la culpa y la destrucción de la presunción de inocencia.

Tanto la imposición de las medidas cautelares como de la presunción de inocencia son juicios universales, ontológicamente diferentes, pero que convergen en el procedimiento penal, ello se plasma en que durante todo proceso se impondrán medidas cautelares que aseguren la presencia del imputado-acusado al juicio y el de que todo gobernado es inocente hasta que se demuestre lo contrario, por lo tanto, dada la naturaleza de las premisas universales, ellas no pueden ser contradictorias¹⁷⁹ sino, contrarias.

Situación que incluso puede ser discutible, puesto que atienden a supuestos diferentes, las medidas cautelares lo hacen en lo relativo a la posible evasión del acusado, sin que importe o no su culpabilidad; mientras que la presunción de inocencia se refiere directamente a su culpabilidad (del acusado), sin embargo, las consideramos contrarias, pues en todo caso los efectos de una y el desvanecimiento de la otra las hacen análogas en cuanto a efectos; tanto es así que la prisión preventiva es subsidiaria de la pena¹⁸⁰ y se computará como parte de la posible sanción de prisión impuesta.

Lo anterior, cabe aclarar, no nos coloca en un juicio ético obre si estamos o no de acuerdo con la imposición de medidas cautelares, pues si atendemos puramente a

¹⁷⁹ Véase cuadro de oposición en Alatorre, *op. cit.*, p. 167.

¹⁸⁰ *Cfr.* Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 253.

la dignidad personal, ellas deben ser abolidas; sin embargo, atendiendo a la realidad social, son necesarias para cumplir los eventuales fines del proceso penal, pero, cabe aclarar, que la prisión preventiva si debería ser abolida al constituir efectos de ejecución penal.

Ahora estudiemos, si de principio la presunción de inocencia es una hipótesis de carácter universal, las proposiciones contenidas en las teorías del caso de las partes serán particulares sobre el caso en concreto, pues imaginemos:

Todo gobernado es inocente (hasta que no se demuestre lo contrario).
El "Chapo" es un gobernado.

El "Chapo" es inocente.

Ello siempre que partamos de la proposición universal contenida en la Constitución aplicada a un individuo en particular, pero hablemos ahora de las teorías del caso particulares de las partes:

El "Chapo" es inocente (nacida del principio universal).
El "Chapo" es culpable (nacida de la particularidad).

Contradicción lógica.

En ellas, la defensa se valdrá de la hipótesis que nace de la presunción de inocencia como principio universal, por el contrario, el Ministerio Público elaborará una teoría contradictoria de culpabilidad.

Entonces, la pregunta es, la defensa sobre qué debe elaborar su hipótesis en la teoría del caso que verterá en sus alegatos durante el juicio. Ello resulta bastante dificultoso, puesto que no debe acreditar ya la inocencia, sino, la contradicción con la hipótesis del Ministerio Público, no la inocencia propiamente dicha, es decir, hacer incompatible lo expresado por la representación social con la realidad.

El "Chapo" estaba en casa de su abuela a las 9 horas del día x.
La abuelita del "Chapo" estaba en su casa a las 9 horas del día x.
El "Chapo" ese día tomo un arma de fuego con sus manos.
El "Chapo" apuntó el cañón del arma en dirección a su abuela.

El “Chapo” accionó el disparador del arma de fuego.
Una bala salió del cañón del arma y se alojó en la cabeza de la abuela.
La abuela fue privada de la vida.

El “Chapo” privó de la vida a su abuela.

Comete homicidio el que priva de la vida a otra.
El “chapo” privo de la vida a su abuela.

El “Chapo” cometió homicidio.

Con la utilización de la deducción y de la regla *modus tollendo tollens*¹⁸¹, podemos encadenar determinadas hipótesis que nos permite obtener una conclusión, el Ministerio Público establecerá que el “Chapo” cometió homicidio en contra de su abuela.

La defensa en ese caso no debe acreditar su inocencia, pues ya está en un juicio universal, lo que debe realizar la defensa es formular una hipótesis contradictoria con la del Ministerio Público, es decir, destruir alguno de los eslabones de su teoría del caso para destruir la conclusión de culpabilidad.

El “Chapo” NO estaba en casa de su abuela a las 9 horas del día x. (por inducción demostraremos que ese día estaba en otro sitio, HACIENDO IMPOSIBLE LAS SIGUIENTES HIPÓTESIS.)

La abuelita del “Chapo” estaba en su casa a las 9 horas del día x.

El “Chapo” ese día tomo un arma de fuego con sus manos.

El “Chapo” apuntó el cañón del arma en dirección a su abuela.

El “Chapo” accionó el disparador del arma de fuego.

Una bala salió del cañón del arma y se alojó en la cabeza de la abuela.

La abuela fue privada de la vida.

El “Chapo” NO privó de la vida a su abuela.

Comete homicidio el que priva de la vida a otra.
El “chapo” NO privo de la vida a su abuela.

¹⁸¹ Es una regla de nombre latino que significa que afirmando poniendo el antecedente se afirma la proposición. Establece que al obtener premisas verdaderas se obtienen conclusiones verdaderas.

El “Chapo” NO cometió homicidio.

En ese sentido, encontramos la contradicción sobre la que debe resolver el juzgador, por ello, el derecho de defensa siempre debe ser reactivo para contradecir la hipótesis particular de culpabilidad planteada por la fiscalía.

Por ello se nos ha establecido lo siguiente:

Digo que la afirmación es contradictoriamente opuesta a la negación cuando la primera indica que la cosa es universal, y la segunda expresa que esta misma cosa no lo es (...) Luego en todas las contradicciones universales de cosas universales es de necesidad que una de las dos sea verdadera o falsa. Y lo mismo sucede respecto de las contradictorias individuales (...)

Queda por tanto sentado que no hay para una sola afirmación otro opuesto contradictorio que una sola negación.¹⁸²

Es de resultar que, al ser contradictorias, la contradicción de la hipótesis elaborada por la defensa debe ser sobre lo planteado en específico sobre los hechos señalados por el Ministerio Público, y no así sobre la inocencia genérica del acusado.

Del ejemplo propuesto, supongamos que conocemos sólo algunas de las proposiciones (las que resulten desconocidas han sido sustituidas por X):

El “Chapo” estaba en casa de su abuela a las 9 horas del día x.
La abuelita del “Chapo” estaba en su casa a las 9 horas del día x.
El “Chapo” ese día tomo un arma de fuego con sus manos.
XX
XX
Una bala salió del cañón del arma y se alojó en la cabeza de la abuela.
La abuela fue privada de la vida.

¹⁸² Aristóteles, *op. cit., peri hermeneias*, p. 52.

El “Chapo” privó de la vida a su abuela.

Necesariamente debemos utilizar la presunción humana para llenar los supuestos faltantes, siempre que utilicemos el conocimiento empírico y la imposibilidad de que los hechos hayan sucedido de otra manera (ya por imposibilidad material, ya por inverosímiles). Obteniéndose necesariamente de lo ya conocido. En ese sentido establecemos:

(...) Llamo necesarias a aquellas cosas de que nace el silogismo: por eso es argumento concluyente el indicio que es necesario, pues cuando se sospecha que no es posible refutar la proposición, entonces se cree disponer de un argumento concluyente, por demostrado y llevado a término, pues “conclusión” y “fin” son lo mismo (...) ¹⁸³

En el muy particular asunto, nos encontramos ante la necesidad de determinadas premisas, pues al efecto, el silogismo que planteamos se encuentra incompleto, sin embargo, conocemos la primera premisa y la conclusión, es decir, sabemos que la abuela del “Chapo” está muerta por un balazo en la cabeza y que únicamente el “Chapo” se encontraba en ese lugar; por lo que debemos recurrir a los indicios, que de manera empírica conoceremos a efecto de formular situaciones concretas que nos ayuden a rellenar presuntivamente los huecos de nuestra inferencia. En ese sentido se nos apunta que:

De los indicios, unos son como lo individual respecto de lo universal de esta manera. Como si alguien dijera tener un indicio de que los sabios son justos, porque Sócrates era sabio y era justo. Esto es ciertamente un indicio, pero rechazable, aun cuando fuera verdad lo dicho, pues es asilogístico. Otro género de indicios es necesario, como si uno diera tener un indicio de que alguien está enfermo, porque tiene calentura, (...) Y éste

¹⁸³ Aristóteles, *Arte Retórica*, México, Porrúa, 3ª ed., 2005, Colección Sepan Cuantos n. 715, p. 90.

es el único indicio entre ellos de que es argumento concluyente, pues es el único que se ser verdadero, no se puede refutar. Otro es como el universal respecto a lo particular, como si alguien dijera: que es señal de que tiene fiebre el que respire dificultosamente. Esto es refutable, aun cuando fuera verdad, pues también es posible que jadee el que no tenga fiebre.¹⁸⁴

En ese sentido, como nos establece el autor, se deben establecer indicios empíricos que determinen el ajuste de una situación concreta a una premisa universal, en el ejemplo que señalamos, el que el “Chapo” se encuentre en el mismo domicilio de su abuela al mismo instante en que es ella privada de la vida, es indicio de que él la privó de la vida, sin embargo, es refutable, pues no es suficiente que el acusado se encuentre en circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho ilícito, también es necesario acreditar la imposibilidad de que algo diverso hubiera ocurrido, por ejemplo, un suicidio de la abuela, pero, el indicio que no puede ser refutado es que se acredite que existen huellas del “Chapo” en el disparador del arma, y que la bala que se alojó en el cráneo de la abuela se corresponda con el rayado del cañón en la que se encontraron las huellas del “Chapo”, ese conjunto de indicios, al ser ligados unos con otros y no poder existir otra explicación verosímil, apunta a que el “Chapo” disparó contra su abuela.

La eficacia del argumento sostenido con evidencia (que nace de indicios) es eficaz cuando por sí mismo es verosímil, no dando lugar a otra explicación coherente, es decir, cómo acreditar que el “Chapo” no disparó contra su abuela si se encuentran huellas digitales en el disparador del arma que la mató, señalar la existencia de algún gemelo diabólico que posea las mismas huellas digitales del “Chapo” que haya matado a su abuela por haberlo abandonado es notoriamente incoherente, puesto que:

Las impresiones dactilares con fines identificativos, ofrecen precioso ejemplo de la importancia de la probabilidad matemática para estimar la

¹⁸⁴ *Idem.*

calidad de la evidencia física. Sabemos que la probabilidad de que dos impresiones sean iguales es de 1:10⁶⁰, lo cual nos permite inferir que la probabilidad es de que no existan dos individuos con iguales impresiones dactilares. Esto da suficiente confianza al uso de impresiones dactilares como medio de identificación¹⁸⁵.

Por ello, resulta altamente certera la hipótesis de que el sujeto disparó contra su abuela, si en el disparador se encontraron sus huellas dactilares, en caso de la defensa, la única forma de intentar refutar dicha probanza es atacando la fiabilidad del estudio, es decir, que la impresión de la huella dactilar no se haya recogido y analizado con el rigor científico que establece la criminalística y la dactiloscopia, o que el perito no efectuó la metodología de forma adecuada, o en casos más extremos, señalar vicios en la cadena de custodia que hagan presumir que dicha probanza fue fabricada.

Dichos argumentos defensivos, además de ser complejos, deben ser acreditados con diversos medios de prueba específicos, lo que de primera vista los hace improbables y complejos, por ello se especifica que “El argumento sacado de lo imposible o improbable, con relación al hecho cuya existencia afirma, viene a ser pues, el de contratestimonio; no es, en el fondo, sino una prueba circunstancial”¹⁸⁶

Al respecto podemos establecer las siguientes categorías de hipótesis imposibles¹⁸⁷ (que sugieren que se confirme la hipótesis ministerial de culpabilidad):

¹⁸⁵ Moreno González, Rafael L., *Manual de Introducción a la Criminalística*, México, Porrúa, 1977, p. 68.

¹⁸⁶ Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Argentina, Valleta, 2002, p. 313.

¹⁸⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 303.

- 1) Hechos imposibles en su totalidad: sirva de ejemplo el completo absurdo, en nuestro caso, sería el señalar que a la abuelita la mató un extraterrestre que se hizo pasar por su nieto.
- 2) Hechos imposibles en cierto grado: se trataría de un hecho posible pero altamente improbable, pueden ser verdaderos y tal vez en algún momento de la historia han sucedido, pero por ser tan extraordinarios se consideran falsos, máxime si no pueden ser comprobados empíricamente; por ejemplo, la existencia de un gemelo diabólico con las mismas huellas dactilares que el “Chapo”.

De dichas premisas, “el Chapo es inocente” contra “el Chapo es culpable” necesariamente alguna de las dos debe ser verdadera y la otra falsa, ambas se expresan por una proposición afirmativa, mientras que el hecho negativo es que se expresa por la proposición negativa, entonces, de dos hechos, uno afirmativo y su contraparte negativa, necesariamente alguna ha existido en un tiempo y lugar determinados, en consecuencia, de dos proposiciones, una de ambas es necesariamente verdadera¹⁸⁸.

A efecto de estar en disposición de lograr determinar cuál de las proposiciones resulta verdadera, se necesita escapar del mero formalismo lógico, pues él nos ha dicho que necesariamente una es falsa y la otra cierta; de modo que para distinguir entre una u otra, debemos recurrir a la experimentación; a percibir por los sentidos la realidad y verosimilitud de ambas premisas para determinar cuál es la correcta, si bien Aristóteles nos habla de la demostración, él lo hace en un sentido lógico formal, es decir, partiendo de leyes universales de la naturaleza se establece la demostración lógica al ser un hecho consecuencia de aquellas, situación que no acontece en la realidad procesal, pues se habla de leyes en sentido físico y natural, no en el sentido jurídico; sin embargo, la demostración empírica resulta indispensable y ella se da por vía de los medios de prueba, a lo que se nos afirma:

¹⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 13.

La mejor demostración, es sin comparación, la experiencia, siempre que se atenga estrictamente a las observaciones. Pues si se extiende una observación a otros hechos que se creen semejantes a menos de emplear en ello mucha prudencia y orden, se engaña uno necesariamente.¹⁸⁹

En definitiva, Bacon nos establece que el modo ocurrente de observar los hechos es ciego e insensato¹⁹⁰ por virtud de que la observación que realiza el juzgador no toma en cuenta la mayoría de las veces las reglas lógicas y la naturaleza deóntica de lo que se pretende acreditar, por ello nos enfrentamos ante resoluciones incorrectas; ello no es nuevo, pues incluso Carnelutti ya nos establecía esos problemas, pues apunta:

La verdad es que para conocer la regla no teníamos otra vía sino la de observar los actos del Derecho; los cuales, son todos actos jurídicos; no sólo aquellos que en cuanto establecen la regla o mandan su observancia se pueden llamar actos legislativos. Desgraciadamente, en gran medida, nuestros científicos se limitan a eso; y a pesar de ser uno de los errores más graves, (...) no se acordó en el equívoco que he señalado, de modo que pretende conocer una realidad no habiendo observado sino sólo una pequeña parte.¹⁹¹

Ante ese problema, es conveniente preguntarnos sobre cómo es posible el distinguir el hecho o la premisa que se plantea en cuanto a que sea imposible, cuál es el criterio, toda vez de que podemos agregar una observación deficiente de ellas y sobre todo, un desconocimiento generalizado de la naturaleza, ya se nos ha señalado que es imposible realizar un catálogo de todos los hechos que podrían ser imposibles, pues ello sería una obra titánica, además de que jamás podría terminarse, porque esas premisas imposibles dependen de la imaginación humana; el sentimiento que impera entre los jurisconsultos es que no puede darse

¹⁸⁹ Bacon, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁰ *Cfr. Idem.*

¹⁹¹ Carnelutti, *op. cit.*, p. 30.

crédito a la hipótesis planteada por alguna de las partes si ella es contraria al curso reconocido de las leyes físicas y naturales¹⁹².

La situación es que la calificación de improbable o falsa que realiza el juzgador respecto de alguna de las premisas sentadas por las partes depende también del estado anímico del juez, cabe recordar que el juzgador al ser un sujeto cognoscente se integra por esa dualidad racional-lógica y la anímica, además de que pese a que se le ha llamado el perito de peritos, la realidad nos ha demostrado que muchas veces sus conocimientos del mundo no van más allá del conocimiento popular, lo que genera un campo fecundo para la retórica, es decir, para hacerle parecer al juzgador como posible aquello que no lo es, en ese respecto Bentham ya lo prevenía:

Una vez que se ha probado que la incredibilidad de un hecho depende en cada caso de la predisposición de cada individuo, se sigue la consecuencia que, en materia judicial, la improbabilidad de un hecho dependerá de los relativos conocimientos que individualmente tenga el juez y, por lo tanto, del estado de cultura y civilización del país en que actúa.¹⁹³

Ello nos plantea una nueva problemática, puesto que en la práctica la verosimilitud de una hipótesis planteada por las partes no dependerá de su concepción lógica, ni con la concordancia de ellas con la naturaleza, sino de la disposición que el juzgador tenga para aceptarla, es decir, la credibilidad o la falsedad de una hipótesis no dependerá propiamente de su naturaleza sino de la predisposición del espíritu, del estado de nuestros conocimientos respecto de la época y del lugar en que se actúe, pues el concepto de lo posible y lo imposible resulta ser muy variado; por lo que resulta que, los hechos que puedan ser tema de una controversia procedimental penal, no puede establecerse que todos los seres humanos estarán de acuerdo en tenerlo por verdadero o falso¹⁹⁴.

¹⁹² Cfr. Bentham, *op. cit.*, p. 295.

¹⁹³ Bentham, *op. cit.*, p. 301.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 299.

En ello, ya los griegos clásicos establecían que era necesaria aplicar la mayor cantidad de ciencia, arte y técnica para demostrar la verosimilitud de un hecho, el reunir todo lo que le resulta atribuible y el mayor número de relaciones para poder refutar o asentar una proposición, se debe razonar con toda certidumbre y utilizar lo que sea mayor en probabilidad¹⁹⁵.

No podemos dejar de lado el estudio de la presunción de inocencia, porque ella, al ser un criterio preestablecido por el constituyente en la carta suprema del Estado, es el factor determinante que debe inclinar la conciencia del juez para fallar en determinados asuntos, por ejemplo, en el supuesto de que las hipótesis sean probadas de la misma manera, que cuenten con la misma calidad y verosimilitud probatoria, sin duda se generará duda, pues será imposible establecer cuál de ambas es la verdadera.

Ante ese supuesto, no queda mayor solución que la de establecer que ante igualdad de certeza de ambas hipótesis (ministerial y de defensa), el juzgador debe inclinarse por absolver, ello se encuentra manifestado en una variante de la presunción de inocencia, el principio de *in dubio pro reo* que deberá ser estudiado en el momento de la deliberación, al respecto nos ilustran:

(...)Para determinar lo que antecede, no basta la simple convicción del juzgador para condenar, pues aplicando la fracción VIII del artículo 20 de la Constitución en lo relativo a que, “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”, sino que hay que atender lo regulado por la ley procesal nacional en su artículo 402 párrafo tercero, cuando establece que el tribunal que juzgue sólo podrá condenar si adquiere convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión o participación del hecho por el que siguió el procedimiento penal, ello para constatar que se desvaneció o destruyó la presunción de inocencia y poder condenar al acusado por el hecho sometido al juicio; basándose el juzgador en un estándar de convicción de

¹⁹⁵ Cfr. Aristóteles, *op. cit.*, *Primeros Analíticos*, p. 106.

manera que, haya dilucidado toda duda razonablemente, porque si subsiste la duda relativa a la culpabilidad del acusado se debe absolver (...)

(...)

Recalcamos que la duda se disipa mediante el método de los silogismos, pero con base en las actuaciones procesales para determinar si se justificó o no los hechos y con qué pruebas, para que con ellas, el juzgador decida de acuerdo al grado de convicción que obtuvo si condena o absuelve¹⁹⁶.

Al respecto, la única forma posible de disipar las dudas con respecto a la calidad de veracidad de las teorías del caso por las partes, una vez que se ha comprobado por vía de los medios de prueba desahogados, el juzgador debe aplicar el silogismo jurídico respetando los principios de la lógica en general, y los que siguen en particular.

1.3 Principio constitucional de contradicción.

Decidimos realizar el análisis de la contradicción, pero ya no como uno especial de la lógica jurídica, pues ella solo nos establece que de dos versiones necesariamente una es falsa y la otra verdadera; sino como un principio lógico procesal, pues al efecto, para decidir sobre la verdad de una u otra premisa, es necesario primero que ambas premisas existan, por lo que es imperioso que el Ministerio Público haya formulado alguna acusatoria y la defensa esté en posibilidad de emitir una contradictoria de defensa. En ese sentido, requerimos que existan algunos principios procesales que hagan posible la contradicción en su vertiente lógica y en la procesal, por lo que también debemos estudiar en sendos temas los principios de inmediación y publicidad.

Partamos de lo que es la contradicción, pero desde un punto de vista procesal, siendo que la contradicción es entendida como una facultad que tienen las partes

¹⁹⁶ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 623 y 624.

de contrariarse mutuamente según sea lo alegado, por lo que entendemos que la defensa debe ser siempre reactiva ante la acusación del Ministerio Público. Por lo que es necesario apuntar que:

Las pruebas aportadas por una de las partes serán con conocimiento de la parte contraria, para que en su caso las contraviniera, por lo que intervendrán en su formación de ellas, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral, como en el incidente de reparación del daño y las que se practiquen con el carácter de anticipada.¹⁹⁷

Dicha definición, nos hace imprescindible la existencia del principio de publicidad y de inmediación, pues al efecto, el principio de inmediación se refiere a la presencia del sujeto cognoscente que debe estar presidiendo las audiencias y actos procesales para poder conocer el hecho que se le pretende hacer llegar por los medios de prueba, pero, ello no sólo debe involucrar al juzgador, sino también a la parte contraria, para que esté en posibilidad de dar su propia explicación sobre la existencia del hecho y su dinámica; en consecuencia, el juzgador conocerá dos hipótesis de la que necesariamente una será verdadera y la otra falsa. Esto se reafirma con lo que se expresa sobre el principio procesal de contradicción.

Este postulado se basa en la antigua fórmula romana “óigase a la otra parte”, cuyo objetivo es colocar a las partes en condiciones de aceptar, rechazar o modificar las pretensiones o peticiones que se aleguen dentro del proceso, como ejemplo tenemos, el momento procedimental de la declaración preparatoria (sirva aclarar que ahora es la declaración posterior a la imputación y en la contestación de la acusación) en la que el inculpado se entera de las imputaciones, ante ello se le da la oportunidad de contestar al respecto, en la que puede reconocerlas, refutarlas, aclararlas, negarlas o asumir el silencio¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, p. 77.

¹⁹⁸ Polanco, *op. cit.*, *Dinámica*, p. 17-18.

Este principio lo encontramos consagrado en el artículo 20 constitucional, en su primer párrafo de manera explícita y a su vez de manera implícita en otras fracciones, como las que se apuntan:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A (...)

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

Dicho precepto nos establece la contradicción de manera genérica y casuísticamente dos principios especiales derivados de ella, el primero es que para que exista una efectiva contradicción las partes contarán con igualdad procesal, situación que si bien está enunciada, dista mucho de ser empatada en el mundo fáctico, ello porque el acusado-imputado estará sometido a una medida cautelar, lo que de por sí implica una desventaja, además, de que él con su defensor debe enfrentarse a la acusación del Ministerio público y a la de la víctima u ofendido.

Si ello fuera poco, nos encontramos con la limitante que establece la misma Constitución, pues la carga probatoria corresponde al Ministerio Público, pero se establece la trampa “conforme lo establezca el tipo penal” ; ello tiene un problema intrínseco, que existe (aunque la ley las prohíba) la presunción de culpabilidad, puesto que ellas se encuentran disfrazadas con una inversión de la carga de la

prueba en contra del acusado, en ese sentido podemos encontrar los delitos de peligro abstractos, y peor aún, cuando se protegen bienes jurídicos abstractos.

La supuesta igualdad en la contradicción de las partes es nugatoria, por virtud de que en algunos delitos se establece una la consumación del hecho delictivo antes de que se cause un resultado lesivo, en consecuencia, la carga de la prueba se revierte al acusado para que acredite “el que no iba a hacer”. Ello porque se encuentran serias injerencias del Derecho penal del Enemigo en el ámbito jurídico nacional, señala que la positivización de la carga de la prueba obedece más a una oración legitimizante pero que en la práctica se ve trastocada pues es también el acusado quien debe demostrar su inocencia en un hecho negativo¹⁹⁹.

Sirva de ejemplo los delitos contra la salud, donde la igualdad procesal no concentra exclusivamente la acusación del Ministerio Público, quien cuenta con la presunción de que el acusado es culpable por portar sustancias ilícitas en un grado mayor al que permite la Ley general de Salud, sino también, el imputado debe probar un hecho negativo “no iba” lo que resulta imposible de acreditar, por lo que la presunción de inocencia, en esos casos, se vuelve ilusoria y la contradicción se inclina en favor del acusador²⁰⁰.

Lo anterior se nos enriquece con lo establecido por el Código Penal en cuanto habla del delito de operaciones de recursos de procedencia ilícita, en donde la carga de la prueba recae sobre el acusado, anulándose la presunción de inocencia, y dejando el probar un hecho negativo para demostrar su inculpabilidad, a ello se nos establece:

¹⁹⁹ Padilla Sanabria, Lisbeth Xóchitl, Los sistemas ideológicos, económicos, Políticos y Jurídicos en el sistema capitalista-neoliberal y la necesidad de su redeterminación, Tesis de Doctorado, Facultad de Estudios Superiores Acatlán-UNAM, 2012, p. 186.

²⁰⁰ Cfr. Carrillo Velázquez, Jorge Eduardo, *La irracionalidad de las sanciones penales aplicadas a la producción y distribución de la cannabis*, Tesis de Maestría, Facultad de Estudios Superiores Aragón-UNAM, 2014, p. 130

El artículo 400BIS del Código Penal Federal, que tipifica el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita –llamado coloquialmente lavado de dinero o blanqueo de capitales–, en su párrafo primero, exige que el sujeto activo realice su conducta con conocimiento de que los bienes, recursos o derechos, provengan o representen el producto del delito. Para efectos de comprobar la independencia jurídica del ilícito en comento, el párrafo sexto de dicho artículo, resulta clave; así, aclara, que se entiende que son producto de una actividad ilícita los bienes, recursos o derechos de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen, directa o indirectamente, o representen las ganancias derivadas de la comisión de un delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

(...)

Este delito (...), es un tipo autónomo, no subordinado a otro delito que podamos considerar como requisito para su integración. Algunos jueces aseveran que, dados esos indicios fundados, el acusado tiene la carga de la prueba de la legítima procedencia de los recursos. Este razonamiento, dicen, no viola la presunción de inocencia que favorece al acusado; lejos de ello, señalan, respeta su garantía de defensa y da al acusado la oportunidad de probar su inocencia²⁰¹.

Pese a lo establecido, la presunción de inocencia como criterio rector del principio de contradicción debería ser para efectos de que el acusado no deba probar su inocencia, sin embargo, se considera que se acredita el principio de contradicción porque el juzgador debe dar oportunidad al procesado a efecto de que pruebe su no culpa, acreditar la no procedencia ilícita de recursos, o la no vulneración de un bien jurídico abstracto antes de consumarse, lo que parece demasiado dogmático en el papel y descabellado e imposible en la realidad, no puede existir un medio

²⁰¹ Romo, L. Jorge, *Prevención de lavado de dinero y delincuencia organizada en el sector casinos, La ley antilavado en México*, UBIJUS, 2ª ed., 2013, pp. 107 y 110.

probatorio para desacreditar fehacientemente un elemento subjetivo o normativo que se presume en la ley penal, porque para fines prácticos, el elemento normativo haría las veces de una prueba preconstituida²⁰² mientras que el subjetivo radica en la mente del acusado, y salvo que se invente una forma de que el juzgador entre en la mente de éste, es imposible de probar.

Reafirmamos, que si bien, formalmente existe la presunción de inocencia, ello se remite más a un juicio apriorístico que a una realidad práctica, lo que trae consecuencia, que si bien existe una contradicción procesal, no puede existir igualdad probatoria ni procesal entre el Ministerio Público y el acusado.

Ello, porque nominalmente la carga probatoria corresponde al Ministerio Público, pero como ya vimos, ello se acota por lo que señale el tipo penal, además, de que ya, en cuestiones adjetivas penales, no en todos los casos corresponde la carga de prueba al órgano de acusación. Podemos establecer lo siguiente:

(...) se deduce que la declaración que rinda en el proceso el imputado acusado es un derecho de defensa, en el cual pueden existir: negativa, aclaraciones, adiciones, contradicciones, u otras argumentaciones defensivas, que requieren ser probadas por la defensa, de lo contrario quedarían sólo en enunciaciones vanas, lo que se traduce en la carga de la prueba para la defensa; aunado a ello, el procesado, para esos fines, cuenta con la autorización del Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 113, fracción IX, a ofrecer medios de prueba, inclusive, se le auxilie a la comparecencia de los testigos; al defensor también se le faculta en el numeral 117 a recabar y ofrecer medios de prueba para la defensa y en la fracción VI se le ordena proceder a presentar argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito,

²⁰² Basta demostrar su existencia antes del proceso, por ejemplo, el establecimiento de un objeto como mueble o ilícito, pues es una calificación previa que realiza el Ministerio Público que reside en la naturaleza propia del objeto desde su existencia.

o aquellos que permitan hacer válida la procedencia de alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del acusado, además, en los casos de prescripción de la acción penal o cualquier otra causa en beneficio de su defensor²⁰³.

Afirmamos entonces, que la contradicción es mucho más amplia, e incluso nugatoria, cuando se trata de observar detenidamente la carga de la prueba, pues lejos de que sea efectiva la presunción de inocencia, ella es sólo establece que la defensa debe ser reactiva ante la hipótesis de culpabilidad ministerial. En otras palabras, el Ministerio Público presenta una pretensión de culpabilidad mientras que la defensa debe presentar una pretensión de no culpabilidad, en tanto que su inocencia se encuentra acreditada provisionalmente, por lo que ese razonamiento nos sugiere que inocencia no es equivalente a la no culpabilidad, pues al efecto la inocencia es un juicio hipotético universal aplicable a todo gobernado, mientras que la pretensión de culpabilidad es sobre un estudio particular de un hecho ilícito. Por ello establecemos que:

...la afirmación es contradictoriamente opuesta a la negación, cuando la primera indica que la cosa es universal, ... Por tanto, al pensamiento: que lo que no es bueno, no es bueno, sólo queda que oponer como contrario éste: lo que no es bueno es bueno; porque ésta proposición es falsa; de suerte que este pensamiento: lo que es bueno no es bueno, será el contrario del siguiente: lo que es bueno es bueno.

...es evidente que la contraria de la afirmación es la negación respecto del mismo objeto tomado universalmente.²⁰⁴

Es decir, lo contrario de la inocencia es la no-inocencia, o sea, su ausencia, de modo que, no puede considerarse que el Ministerio Público deba acreditar la no inocencia, sino la culpabilidad, en ese sentido, el acusado y su defensa deben

²⁰³ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 546.

²⁰⁴ Aristóteles, *op. cit.*, *Peri Hermeneias*, pp.52-63.

establecer su no culpabilidad, para tal efecto, asumirán sus respectivas cargas probatorias en ejercicio del principio de contradicción, ello se reafirma al manifestar que:

(...) las partes tienen la carga de la prueba para justificar sus pretensiones, el Ministerio Público respecto a su acusación y la defensa en relación con sus argumentos defensivos o excepciones que plantee como causas de exclusión del delito, puesto que quien afirma tiene la carga de probar, lo mismo el que niega cuando su negativa envuelve una afirmación de un hecho, esto sin lesionar los principios del debido proceso acusatorio, que está vinculado al principio de inocencia, puesto que no excluye al Ministerio Público de la carga de los elementos del delito, sino que el imputado tiene la carga de la prueba de sus argumentos defensivos o de la causa de exclusión²⁰⁵.

Lo dicho, confirma nuestra hipótesis, la inocencia es una atribución universal a todo gobernado, mientras que la culpa es una particularidad que atribuye y debe demostrar el órgano ministerial, en ese sentido, el acusado no debe acreditar su inocencia, sino su no culpa, es decir, acreditar la ausencia de culpabilidad al destruir los elementos particulares que ofrece la fiscalía.

Debemos tomar de partida que la contradicción como principio procesal penal establece el derecho de contraversión que tienen las partes en el desarrollo del proceso en que podrán conocer y controvertir los argumentos y medios probatorios, lo que en el argot jurídico se denomina como control horizontal, es decir, alguna de las partes puede oponerse a las peticiones y alegaciones que realiza la contraria. Por lo que hace a los medios de prueba, las partes tienen el derecho de incorporar los suyos propios²⁰⁶, en ese sentido, el Ministerio Público debe acreditar que el acusado se encontraba ubicado en las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se cometió el ilícito penal, mientras que la defensa

²⁰⁵ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 548.

²⁰⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 78.

debe acreditar (no su inocencia) la no culpa, ello al argumentar y probar hechos que contradigan e imposibiliten lo vertido por la fiscalía.

Por ejemplo; en un homicidio, el Ministerio Público demostrará que Juan estaba en casa de su suegra y que disparó contra ella privándola de la vida, mientras que la defensa demostrará que Juan en ese momento se encontraba en la feria de Chapultepec, lo que creará una duda razonable en la que por duda el juzgador debe absolver, otra vía, es destruir directamente los medios de prueba vertidos por el Ministerio Público, por ejemplo, acreditar que el arma de fuego que se presenta no había sido disparada, que la suegra murió por una causa diversa y no por el balazo, etc.

El objetivo de plasmar el derecho de controvertir en el procedimiento penal es acentuar el principio de contradicción en el que no sea sólo una de las partes la que actúe en la práctica de los medios de prueba, sino que la contraria pueda controlarlas y oponerse a ellas con el fin de neutralizarlas²⁰⁷.

1.4 Principio constitucional de publicidad.

Este principio, de la misma forma, es planteado en el primer párrafo el artículo 20 constitucional, además, de que los actos de autoridad, cualquiera que estos sean, se deben someter a las reglas que establece el derecho de petición, esto es, cumplir con los requisitos previstos en el octavo constitucional, lo que trae aparejada la obligación de respuesta por la autoridad; cabe aclarar, que los actos procesales son especies específicas de actos de autoridad, lo que les da el carácter de públicos al ser presentados a la autoridad dotada de soberanía estatal.

Entendido ello, apuntemos que existen dos clases de publicidad, la primera se refiere a que las partes que intervienen en el proceso, para poder contradecirse necesitan reaccionar a los argumentos y pruebas de la contraria, ella es en sentido estricto; la otra clase es la que refiere a que el pueblo vigila las actuaciones

²⁰⁷ *Cfr. Idem.*

procesales, ésta es publicidad en sentido amplio. Reafirmamos lo anterior con el siguiente razonamiento:

Inicialmente decimos que la publicidad determina que las audiencias serán públicas para la sociedad y las partes. Así, este postulado en estudio tiene dos vertientes: la primera es de contenido general al otorgar al pueblo el derecho a presenciar las audiencias celebradas durante el proceso penal, por lo que aquél desempeña la función de supervisor de las actividades procesales, las del juzgador que sean con equidad y apegadas a la legalidad correspondiente; la segunda, de carácter específico, como el derecho de las partes legitimadas a presenciar las audiencias, los alegatos, las argumentaciones y de enterarse de las actuaciones procesales²⁰⁸.

Lo anterior lo comentamos en el entendido de que el pueblo tiene la facultad de ingresar a las salas de audiencias para observar y enterarse de las actuaciones y de lo que se juzga, pues en ese sentido, tiene el control moral sobre el juzgador, que no se atreverá a violar la legalidad pues la sociedad en su conjunto lo repudiaría, ello se amplía a las partes, pues también, la fama pública del agente ministerial se vería enlodada si es que sostiene acusaciones inverosímiles e infundadas, acontece lo mismo con el defensor, pues el abogado vive de su fama ante la población, por lo que su falta de pericia o de conocimientos puede llevarlo a arruinar su carrera, este principio de publicidad en sentido amplio obliga a las partes a actuar en el marco de la legalidad y la honradez.

En cuanto a su sentido estricto, se refiere al conocimiento que deben tener las partes sobre los actos procedimentales de la contraria, ello como presupuesto para poder contradecirlos. Si atendemos a que las audiencias serán públicas, entendemos que todas las actuaciones deben realizarse dentro de ellas, lo que sigue la actividad de control, esta actividad la tenemos en dos vertientes; el vertical, que ejecuta el juzgador como moderador y modelador del proceso penal el cual ejerce su potestad sobre las partes e intervinientes; y la vertical, que

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 73.

realizan las partes, tanto la defensa como el acusador, pues ambas tienen un deber de lealtad, que en caso de incumplir, su contraria debe señalar, aun y cuando el juzgador no lo haya percibido.

Derivado de lo asentado, podemos encontrar algunas circunstancias específicas, pues el proceso por naturaleza es público, pues es dirigido por una persona física en la que recae la jurisdicción como una función de la soberanía estatal, por ello, las actuaciones procesales, y en específico, las probatorias, son a la vez públicas, ello quiere decir, que los medios de prueba en cuanto se ofrecen, desahogan y registran forman el núcleo del proceso y no pertenecen a las partes que las ofrecieron, a ello se le llama adquisición de la prueba, puesto que aun y cuando un medio de prueba perjudique a su oferente, él ya no puede retirarla ni pedir que deje de ser valorada; en cuanto al control horizontal, las partes tienen el deber de probidad, es decir, deben actuar de buena fe, debiéndose negar a practicar actividad de prueba que es falsa o no idónea, quedando expuesta a la contraria, para que en caso de faltar a ese deber de probidad, sean objetadas dichas actividades para que el juzgador no les preste valor²⁰⁹.

De nada serviría la publicidad y la contradicción en el proceso penal, si el sujeto de conocimiento no se encuentra presidiendo los actos procesales, por lo que es necesario hablar ahora de la inmediación.

1.5 Principio constitucional de inmediación.

Este es sin duda un tema bastante polémico, puesto que es un absurdo señalarlo en la Constitución, pues sólo una mente enferma concebiría un juicio sin juez; sin embargo, eso ya ha ocurrido.

Parece una hipótesis absurda, tanto, que en el derecho anglosajón no existe referencia al principio de inmediación, para ellos es obvio que un juez debe presidir el proceso, pero la realidad supera cualquier imaginación, pues en México, pese a que se ha establecido el deber del juzgador de concurrir a las audiencias,

²⁰⁹ Cfr. Polanco, *op. cit.*, *Dinámica*, p. 22.

resulta que delegaba esa concurrencia en su secretario de acuerdos, y en casos más ridículos, a personas que ni siquiera eran personal del juzgado²¹⁰, sirviendo el juzgador únicamente para firmar el acta de las audiencias a la mañana siguiente con su secretario de acuerdos. Ello, no sólo es ilegal, sino inmoral.

Si bien, ya en los códigos procesales penales derogados se establecía expresamente la obligación y necesidad del juzgador para presidir la audiencia, además, de que las leyes orgánicas de los tribunales de justicia establecen duras sanciones para el juzgador que delegue sus funciones o no cumpla con la inmediación; lo cierto es que la única forma de asegurar la presencia del juzgador en las audiencias es videograbándolo.

Cabe señalar que nuestro flamante sistema procesal penal al que se le atribuye de oral, en realidad es un sistema mixto, híbrido (yo sugiero el término mutante) que no prescinde de la escritura, tanto así que la apertura a juicio y la sentencia deben constar por escrito. Por su parte, el antiguo sistema procesal penal que califican de escrito e inquisitivo, por ley, debía practicarse con el uso de oralidad en muchas actuaciones. El problema resulta en que el juzgador, al no estar presente en los actos procesales, no escuchaba los argumentos y alegatos de las partes, por lo que fácticamente carecía de sentido el que el Ministerio Público o la defensa utilizaran la palabra hablada, por ello, se prefirió el simular actuaciones procesales elaborando solamente actas firmadas por el juez.

Ambos sistemas procesales eran públicos y orales, en realidad, lo que obligará a la autoridad a desempeñar sus funciones es que se les videografa, por lo que irónicamente podemos decir que no se trata de un sistema procesal penal acusatorio y oral, sino un sistema procesal penal videograbado.

Con sus bemoles y críticas, podemos afirmar que el gran triunfo del sistema procesal actual es que ha logrado obligar al juzgador a cumplir con el principio de

²¹⁰ Debido a la carga de trabajo, incluso personal meritorio o de confianza de los juzgadores llegaron a dirigir audiencias.

inmediación, ello, por sí solo, garantiza el cumplimiento de los demás principios procesales.

A la inmediación la podemos concebir de dos maneras, por la actividad propia del juez y como postulado procesal, por lo que es necesario estudiar cada una de ellas. Respecto a la inmediación como actividad jurisdiccional la entendemos como el:

Conocimiento o trato inmediato. / Principio en que las partes se comunican directamente entre sí (publicidad estricta) y con el juez que debe proveer y dirigir el debate personalmente, quien además se comunica con las otras personas que intervienen en el proceso. Por consiguiente, el juez podrá dictar la sentencia en la misma audiencia.²¹¹

En esa definición observamos claramente la interrelación que existe entre el principio de publicidad y el de inmediación, primero porque existe una inmediación entre las partes que debe ser originada por el conocimiento de las actuaciones de la contraria mediante la observación directa y en tiempo real; y aparece la inmediación por el juzgador, pues él, al ser decisor y sujeto de conocimiento, debe percibir de forma directa lo aportado por las partes. Ello podemos observarlo de la siguiente forma²¹²:

- a) Principio que establece un contacto directo entre el juzgador y las personas que intervienen en el proceso, es decir, todas las actuaciones y medios probatorios son percibidos por el juzgador.
- b) Como un postulado del juicio oral, por medio del cual el juez directamente vive y preside el desahogo de los medios de prueba en las actuaciones procesales para efecto de que su fallo sea certero sobre la realidad de las cosas, pues se percata directamente del comportamiento o actitudes de los intervinientes.

²¹¹ Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, p. 167.

²¹² *Cfr. idem.*

Por lo que hace a la inmediación como postulado procesal, es necesario señalar lo siguiente:

(...) se entiende que únicamente se estimará y valorará como prueba la que haya sido practicada o incorporada en forma pública, oral, concentrada, además sujeta a confrontación y contradicción ante el juzgador de conocimiento, para que la asuma; también considera que no se debe delegar la producción de la prueba, salvo los casos de la práctica de la prueba anticipada o cuando se requiera el auxilio de otro juzgador por exhorto²¹³.

Como postulado procesal, cobra importancia especial lo establecido por virtud de que, para efecto de la valoración de la prueba, es necesario que el juzgador la haya observado y pueda decidir sobre la verdad del hecho que se pretende acreditar.

Para efecto de la valoración probatoria, es de importancia establecer que la inmediación, la contradicción y la publicidad, son en realidad presupuestos, al denominarse principios no atiende sólo a la esencia del proceso, sino, que además, deben existir *sine qua non* antes que el proceso mismo, por ello son presupuestos procesales, y al faltar alguno de ellos, la actuación judicial no sería nula, sino, inexistente. Pero no basta con cumplirlos, sino, cumplir con las reglas lógicas de valoración, por ello nos dicen que:

(...) la inmediación de la observación no basta.

Una segunda exigencia es la de ser completa en el sentido de que no basta ver el fenómeno sin diafragma sino que hay que verlo entero. La afirmación parece natural hasta ser superflua. Y sin embargo, cuando se piensa en lo que es nuestro dato, (...) No se trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra sino la maniobra misma (...)²¹⁴

²¹³ Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, p. 167.

²¹⁴ Carnelutti, *op. cit.*, pp. 48-49.

Es decir, la actividad probatoria conforma una unidad, la prueba es una sola al ser uno solo el convencimiento y convicción del juzgador.

1.6 Principio lógico de razón suficiente.

Si observamos los principios lógicos que nos han antecedido, podemos observar un constructo racional que establece la veracidad de una premisa atendiendo a su composición y su enunciación, sin embargo, los principios lógicos en realidad son un solo principio orgánico sin que puedan existir aislados uno del otro, pues de hacerlo, se obtendría un pensamiento falaz, por ello lo estudiaremos desde un punto de vista puramente gnoseológico para después, pasar al estudio de los medios de prueba en particular.

En ese sentido, basta señalar que la verdad de una proposición, cualquiera que ella sea, debe fijarse desde el aspecto puramente racional y empatar con la certeza de la realidad, esa certeza sólo podemos obtenerla por medio de la observación y comprobación metódica, es decir, vía de empirismo.

El principio lógico de razón suficiente atiende a una demostración empírica de la premisa, si bien se puede desafiar la fiabilidad de los sentidos como lo establece Descartes, ello se soluciona con el complemento racional de los demás principios, no sólo basándose en la experiencia.

Cabe señalar que no nos debemos confundir con lo que es la demostración empírica que podemos encontrar en Bacon y en Locke, de la que nos estableció Aristóteles, pues la demostración en Aristóteles es el resultado de un silogismo cuya premisa mayor es universal afirmativa, la que es indubitable y por si misma ha salido de la observación metódica durante años o siglos, por ejemplo, la mortalidad de los hombres.

En cambio, la demostración desde un punto de vista empírico se obtiene por su experimentación, podemos decir, que la premisa que se ha comprobado empíricamente será una premisa universal afirmativa, hasta en tanto no sea refutado por vía experimental.

Entendido lo anterior, el principio de razón suficiente o de demostración, como también es nominado, se establece como “Todo juicio pretende ser verdadero; sin tal pretensión no hay juicio. Esto significa que la razón de un juicio está condicionada al objeto que se refiere”²¹⁵; sirva de ejemplo el señalar que un hombre es culpable del delito de homicidio, por lo cual el comportamiento demostrado de él en el momento de los hechos investigados debe arrojar su culpabilidad; es decir, no sólo debe ser lógicamente demostrada su culpabilidad, sino también, de forma empírica por vía de los medios de prueba²¹⁶; en ese sentido nos ilustran que la:

Fundamentación de la veracidad de un juicio (enunciado, proposición). En sentido amplio se entiende por demostración el establecimiento de la veracidad de un juicio, que se apoya no sólo en el razonamiento lógico, sino también en los testimonios empíricos, la experiencia, etc.; en sentido estricto se entiende por tal un razonamiento lógico que permite fundamentar la veracidad de una afirmación. La demostración de la falsedad de cualquier afirmación se denomina refutación²¹⁷.

No debemos olvidarnos que las partes en el procedimiento penal formulan sus respectivas teorías del caso, que a final de cuentas son hipótesis sobre las que debe decidir el juzgador, por lo que el juzgador observará cuál de ellas cumple de mejor forma sus postulados lógicos, normativos y sobre todo, que cuenten con el respaldo probatorio y que los medios de prueba desahogados hayan sido suficientes para sostenerlas; puesto que el juzgador deberá únicamente optar por la hipótesis ministerial o la de la defensa, pero, aplicando la presunción de inocencia, cabe señalar que:

²¹⁵ Alatorre, *op. cit.*, p. 201.

²¹⁶ *Cfr. Idem.*

²¹⁷ Blauberg, *op. cit.*, , pp. 82-83.

- 1) El Ministerio Público debe acreditar absolutamente todos los elementos esenciales de su teoría del caso; cuya consecuencia es que se pueda declarar la responsabilidad penal del acusado.
- 2) La defensa debe acreditar absolutamente todos los elementos esenciales de su teoría del caso, la cual es contradictoria a la ministerial; en cuyo caso, invariablemente el juzgador debe señalar la no responsabilidad penal del acusado (*in dubio pro reo*).
- 3) Si el Ministerio Público no acredita todos los puntos de su teoría del caso, el juzgador debe señalar la no culpabilidad del acusado.
- 4) Si la defensa no acredita todos sus puntos torales de la teoría del caso, basta que el Ministerio Público no lo haya hecho para que se declare la no culpa del acusado.

De acuerdo a nuestras premisas, debemos señalar que la del inciso 1) es la única que puede dar lugar a una condena penal al acusado, por lo que es la que cumplirá en específico con el principio lógico de demostración, pues la única forma de acreditar la hipótesis de culpabilidad formulada por el Ministerio Público es por conducto de los medios de prueba, en donde cada uno, debe apuntar a señalar la veracidad de las hipótesis ministeriales; ello se nos clarifica al apuntar que:

Las premisas de la demostración deben ser verdaderas, y si la tesis se deduce de estas premisas, y si la tesis se deduce de estas primeras, observando las reglas lógicas, se reconocerá su veracidad (por ejemplo, la veracidad de la afirmación: “algunos metales no se sumergen en agua” se demuestra con ayuda de las premisas verdaderas: “el potasio es un metal” y “el potasio no se sumerge en agua”)²¹⁸.

Se nos quiere decir con ello, que la culpabilidad de un acusado será demostrada por un encadenamiento de premisas lógicas, cada una de las cuales debe ser

²¹⁸ *Ibidem*, 83.

probada por material probatorio admisible en el proceso penal, y en cuyo caso de que no se encuentren acreditadas todas las premisas lógicas de culpabilidad, si lo deben estar las suficientes para asegurar que el resultado ilícito y la culpabilidad no puede ser explicado de otra forma, por ello, se ha de utilizar el medio de prueba conocido como presuncional humana, el rellenar huecos probatorios que sean imposibles de explicar por otras razones más verosímiles.

Establezcamos el siguiente ejemplo.

Intentar demostrar la culpabilidad de Juan de robarle a un niño.

1. Juan se encuentra en la acera de la calle popocha n. 3.
2. El niño se encontraba en la acera de la calle popocha n. 4.
3. El niño tenía 5 pesos en sus manos.
4. Juan quería una mona de guayaba y no tenía dinero.
5. Juan observa los 5 pesos con los que jugaba el niño.
6. Juan se acerca al niño y le da un zape en la cabeza.
7. El niño al cubrirse deja caer el dinero al suelo.
8. Juan se inclina y toma el dinero.
9. Juan le ha robado al niño.
10. Juan escapa corriendo al sur.
11. Un policía honesto observó la escena.
12. El policía detiene a Juan y lo remite al M. P.

Para efectos de que la representación social acredite que Juan robo el dinero, debe demostrar cada una de las premisas que hemos enumerado con un medio de prueba idóneo:

1. Acreditar que Juan se encontraba en ese lugar. Para ello podemos utilizar el testimonio del niño que señala que ahí se encontraba Juan, el del policía que observó la escena y tal vez, la del mismo Juan si reconoce encontrarse en el lugar.

En caso de que Juan niegue estar ahí, o en su caso, que fue detenido a tres cuadras del lugar, deberá acreditar el lugar donde se encontraba, con testimonio de amigos o familiares que lo hayan visto en ese preciso instante.

En caso de que Juan ofrezca prueba desahogada sea idónea y contradiga la aseveración ministerial, y no sea afectada la credibilidad de los testigos de descargo; observamos una igualdad de eficacia probatoria entre la defensa y la fiscalía, por lo que sostenemos que desde ese punto; el juzgador debe declarar la no culpa de Juan.

2. Acreditar que el niño se encontraba en ese lugar. Superada la premisa anterior, en el caso de que se acreditó que Juan estaba en el lugar, debemos acreditar que también lo estuvo la víctima, en ese caso, lo podemos demostrar empíricamente con las declaraciones de ambas partes, de testigos, etc.

La controversia radicaría en el supuesto que Juan, logre demostrar que el niño estaba en otro lugar, por ejemplo, ofrecer las listas de asistencia de la escuela del niño, en cuya clase se señala que se encontraba ahí, o tal vez con el dicho de los profesores del niño que lo tenían a la vista cuando supuestamente ocurrió el hecho. En ese supuesto, el juzgador al percatarse de una igualdad de eficacia de prueba debe inclinarse a señalar la no culpa de Juan.

3. Acreditar que el niño tenía 5 pesos. Sin duda, podemos acreditar el desapoderamiento por vía del testimonio del niño, o porque de la revisión que se practicó en la agencia ministerial se le encontraron cinco pesos al detenido, sin embargo, el problema radicaría en esclarecer que los cinco

pesos son ligados al hecho ilícito, pueda ser que Juan pretenda acreditar que son el cambio de las tortillas y justificarlo con el testimonio de la despachadora de la tortillería, además, pudieron habersele encontrado seis pesos, o tal vez cuatro. El desapoderamiento puede ser acreditado, pero es más complejo acreditar la cantidad exacta, máxime si se le encontró a Juan una cantidad diversa, o de plano, no se le encontró; en cuyo caso, es solamente un indicio, que puede inclinar el criterio del juzgador, pero, que no es suficiente de manera aislada si se cuenta con más elementos de prueba.

4. Acreditar que Juan quería una mona de guayaba. Este es un hecho que no resulta fundamental, pues incluso, la negativa de Juan o el acreditar que quería un frutsi, no desvirtuará por sí mismo las hipótesis de culpa vertidas por el Ministerio Público.
5. Que Juan sabía de los 5 pesos del niño. Es importante este punto, pues no es necesaria acreditar el conocimiento de exactamente la cantidad en numerario, basta con acreditar la intención de desapoderamiento de un bien mueble (dinero); lo cual se puede demostrar con la declaración del menor, e incluso, con el reconocimiento de Juan, sin embargo, encontramos alguna dificultad en el supuesto de que Juan quisiera acreditar que quería tomar prestado el dinero; puesto que su actuar hace inverosímil dicha hipótesis.
6. Que Juan le dio un zape al niño. Pudiera ser importante para posiblemente hablar de alguna agravante, puede demostrarse por la declaración del menor, por el del mismo acusado, con una pericial en medicina que establezca si existen lesiones en la cabeza de la víctima; sin embargo, no es indispensable el ser demostrado, pues implicaría solamente una agravante del delito, en ese caso, únicamente debe demostrarse el robo y en nada afecta que no se demuestre la lesión.
7. Que Juan tomó el dinero del niño. Esta es la parte fundamental, porque el derecho penal se ocupa de proteger bienes jurídicos, en este caso, lo es el

patrimonio, por ello, si no se acredita que Juan se apoderó del dinero, se estaría en presencia de alguna tentativa. Es de especial trascendencia que si no existen testimonios de personas que hayan visto y establecido, que una vez hecho el apoderamiento ilícito del dinero, que Juan se desprendió de ellos, y además, si no se le encontró el dinero en sus posesiones inmediatas, se hace imposible acreditar fehacientemente que existió el hecho ilícito.

Las premisas que resulten torales para la hipótesis ministerial de acusación, deben ser estructuradas de manera lógica como se ha establecido y acompañadas de la demostración por vía empírica de los medios de prueba a desahogar. Observemos en ese mismo ejemplo, cómo ocurre la presunción humana que realizará el juzgador al valorar el material de prueba:

1. Juan se encuentra en la acera de la calle popocha n. 3. Se ha demostrado por las declaraciones de Juan.
2. El niño se encontraba en la acera de la calle popocha n. 4. Se ha demostrado por las declaraciones del niño.
3. El niño tenía 5 pesos en sus manos. Se ha acreditado la existencia del bien por la declaración del niño y de la tortillera que asegura habérselos dado de cambio.
4. Juan quería una mona de guayaba y no tenía dinero. No se acreditó.
5. Juan observa los 5 pesos con los que jugaba el niño. No se acreditó.
6. Juan se acerca al niño y le da un zape en la cabeza. No se acreditó.
7. El niño al cubrirse deja caer el dinero al suelo. No se acreditó.
8. Juan se inclina y toma el dinero. Se acreditó con lo dicho por el policía y el niño.
9. Juan le ha robado al niño. Será materia de sentencia.

10. Juan escapa corriendo al sur. Se acreditó con dicho del policía.
11. Un policía honesto observó la escena. Se acreditó con dicho del policía.
12. El policía detiene a Juan y lo remite al M. P. Se acreditó con dicho del policía y las constancias de la carpeta de investigación que son introducidas al juicio oral.

Las premisas 4, 5 y 6 no pudieron acreditarse con medios de prueba empíricos idóneos, y se tratan de hechos meramente accidentales, es decir, la mecánica del hecho. Sin embargo, se ha acreditado el desapoderamiento, por lo que si se acreditó la preexistencia de un bien económico y su propiedad por parte del niño, así como el desapoderamiento realizado por Juan, es imposible explicar el desapoderamiento de una forma diversa, sería inverosímil el establecer que el niño se los regaló a Juan, u alguna otra explicación imaginaria.

Por ello, los huecos que no pueden ser probados empíricamente como los 4, 5 y 6 de nuestro ejemplo, se hacen eslabones necesarios para el resultado comprobado. Por ello, se utiliza la presunción humana como el razonamiento del juzgador. A ello, Bentham lo llama hecho psicológico, que debe ser atemperado por lo percibido por el juzgador, y solo obtenerlo cuando sea consecuencia inequívoca de lo observado, así nos clarifica:

El hecho físico es el que se manifiesta a nuestros sentidos externos; el hecho psicológico es el que se produce en el espíritu (...)

El hecho físico es el que se manifiesta a nuestros sentidos externos; el hecho psicológico es el que se produce en el espíritu: el disparo de un fusil que mata a un hombre es un hecho físico; la intención de quien lo ha disparado es un hecho psicológico²¹⁹.

En ese sentido, el hecho psicológico, al ser una deducción humana, debe ser obtenido siempre de lo empíricamente demostrable del hecho físico, “esa función,

²¹⁹ Bentham, *op. cit.*, p. 13.

en su mayor lucidez, nos sirve unas veces para inferir, en los fenómenos (...), de un efecto dado, una causa desconocida”²²⁰.

Lo dicho por cuanto a la conducta; sin embargo, el agente ministerial y su institución tiene el deber de acreditar la lesividad penal de acuerdo a las normas sustantivas, pero, demostrándolas empíricamente, sirva de acotación el establecer que los elementos del delito se acreditan con el mismo material probatorio con el que se acredita la conducta, pues, en efecto, ello surgen de la conducta desplegada, y al acreditar una, en consecuencia, se acredita el elemento del delito; siempre y cuando la conducta resulte ser relevante en el derecho penal.

A ese conjunto de elementos que integran el delito y que deben ser demostrados por el Ministerio Público a la par que la conducta del acusado, se les ha denominado con el carácter de categorías, pues en efecto, categorizan (clasifican) la conducta desplegada por el acusado y son demostradas por la representación social, es decir, pese a que el Ministerio Público acredite fehacientemente la conducta desplegada por el acusado, si ella no es clasificada dentro de las conductas penales relevantes en su tipicidad, antijuridicidad, etc., se estaría en presencia de un hecho no delictivo, por lo que es indispensable que sean demostrados los elementos del delito.

En ese tenor podemos ahondar al decir que:

En el sistema penal las categorías acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y punibilidad, son elementos que en ese mismo orden están jerarquizados; y frente a un análisis dogmático de algún delito debemos cuidar el mismo orden sucesivo de las mismas categorías, pues de otro modo, aunque estuviera bien señalada la antijuridicidad, afirmando que en un cierto caso no existe ninguna causa justificante, si no está previamente encuadrada la tipicidad del comportamiento, entonces todo el análisis del hecho sobre la antijuridicidad no tendría ningún sentido.

²²⁰ Schopenhauer, Arturo, *El Mundo Como Voluntad y Representación*, México, Porrúa, 9ª ed., 2009, Colección sepan cuantos... n. 419, p. 39.

De modo general, la “jerarquía estructural” de un sistema posibilita el establecimiento de una lógica bivalente (en el sentido de “falso” o “verdadero”, “lícito” o “ilícito”, “típico” o “atípico”, “jurídico” o “antijurídico”, “culpable” o “inculpable”) que sirve para sustentar aunque sea formalmente la resolución que frente a un caso guarde el sistema²²¹.

Una vez que se ha establecido la conducta de un sujeto activo del delito, y que es el acusado (pasivo del proceso), el Ministerio Público debe demostrar que dicha conducta se puede encuadrar en el tipo penal; pero, estos pasos deben quedar sujetos también a las reglas de la razón suficiente; en tal sentido, la representación social debe formular su teoría normativa, probatoria y fáctica del caso haciendo referencia a²²²:

- a) La conducta.
- b) El encuadramiento de la conducta en el tipo penal.
- c) La antijuridicidad del hecho.
- d) La culpabilidad del autor.

Debemos recordar, que el juzgador sólo debe decidir cuál de las dos hipótesis jurídicas prevalecerá, si la de la defensa o la fiscalía. Por ello, ambas partes pueden efectuar alteraciones a la demostración, haciendo pasar por comprobados hechos que no lo fueron o lo fueron pero de forma deficiente. Los errores y falacias que cometen las partes cuando pretenden demostrar la razón suficiente de sus argumentos aparecen porque están vinculados a la suplantación de tesis, a la adopción de argumentos falsos, a la demostración de sus hipótesis por una

²²¹ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática Penal Aplicada al Sistema Acusatorio y Oral*, México, 2015, Flores Editor y Distribuidor, p. VII.

²²² Cfr. *Ibidem*, p. 36.

inducción o deducción incorrecta, y en general a un procedimiento probatorio incorrecto²²³.

Por ello, las partes deben basarse en la argumentación y en el empirismo de la prueba, no sólo en la oratoria con el fin de adulterar la verdad, sosteniendo el justo equilibrio entre lo demostrado lógicamente y por razón suficiente. En consecuencia, el juzgador debe estar atento a lo que verdaderamente se ha demostrado con los medios de prueba.

Ya desde el renacimiento se advertía de los peligros constantes en que el juzgador puede caer al no advertir la complejidad de los argumentos vertidos por las partes, y se le exhortaba a que hiciera de la experiencia sensorial su principal arma, pero siempre, atendiendo a la metodología y a la lógica, pues si “seriamente se vuelve a la experiencia, despidiéndose de las doctrinas sofisticadas, entonces por su precipitación (...) se le ofrecerá el peligro constante (...)”²²⁴

Sin que sea dable sobrevalorar al ordenamiento lógico, pues los principios generales de la lógica sin ser acompañados de la demostración por razón suficiente, hace de la experiencia la esclava violentada de un sistema formal²²⁵ como el que se pretende erradicar con el sistema acusatorio penal; cuyos atropellos quedaron de manifiesto, pues por formalismos lógico-jurídicos, se consideraba prueba plena lo declarado y actuado en la antigua Averiguación Previa.

Analizado suficientemente lo anterior, debemos hacer estudio sobre los factores que pueden afectar a la razón suficiente, pues el juzgador que es quien ha de percibir los medios y establecer la prueba en su conciencia, se encuentra integrado de una dualidad, la racional y la anímica. Siendo que las ideas preconcebidas e incluso, la predisposición anímica del juzgador ante los discursos

²²³ Cfr. Blauberg, *op. cit.*, p. 83.

²²⁴ Bacon, *op. cit.*, p. 56.

²²⁵ Cfr. *Idem*.

retóricos de las partes, no le permitan valorar adecuadamente los medios de prueba.

Partamos en primer término de las prenociones del juzgador, pues sin duda, la experiencia previa del juzgador tiene una gran influencia en el momento de dictaminar y valorar las pruebas penales; el conocimiento de la naturaleza, de las estadísticas le sugieren a su conciencia, que gran parte de los imputados que cuentan con auto de formal prisión²²⁶ serán encontrados penalmente responsables de un delito.

En ese sentido, la observación de la naturaleza por vía de la estadística nos establece que en 2012, de 146,810 personas se les declaró un auto de formal prisión, obsérvese el cuadro siguiente²²⁷:

Delitos de los procesados	
Categoría : Fuero común (Delitos de los procesados)	
Año de registro : 2012	
Consulta de: Fuero común (Delitos de los procesados) Por: Auto de Término Constitucional-Sobreseimiento Según: Año de ocurrencia	
	Total año de ocurrencia
Total auto de término constitucional-sobreseimiento	187,607

²²⁶ Hasta el momento, no hay estadísticas sobre el auto de vinculación a proceso, pero que para muestra representativa es ilustrativo.

²²⁷ INEGI, Estadísticas Judiciales en materia Penal, visita el 10 de diciembre de 2015.

http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=esop_delitosproc

Formal prisión	146,810
Sujeción a proceso	9,998
No sujeción a proceso	678
Libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de la ley	20,378
Reclusión provisional en departamento especial	25
Libertad absoluta	1,150
Sobreseimiento	8,568
FUENTE: INEGI. Estadísticas judiciales en materia penal.	

Fueron encontradas penalmente responsables 125, 008²²⁸.

Delitos de los sentenciados			
Categoría : Fuero común (Delitos de los sentenciados)			
Consulta de: Fuero común (Delitos de los sentenciados)		Por: Año de registro	
Según: Sentencia-Sobreseimiento			
	Total sentencia-sobreseimiento	Condenatoria	Absolutoria

²²⁸ INEGI, Estadísticas Judiciales en Materia Penal, visita el 10 de diciembre de 2015.

http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=esop_delitossen

2009	142,313	125,008	15,429
2010	136,127	118,812	14,925
2011	125,179	109,376	13,632
2012	122,696	107,402	12,555
FUENTE: INEGI. Estadísticas judiciales en materia penal.			

Las estadísticas anteriores, no sólo nos arrojan una amplia probabilidad de que el imputado-acusado sea sentenciado, sino que el juzgador puede preconcebir una idea sobre la culpabilidad de las personas acusadas, a lo que Bacón nos apunta que “Para comprender bien nuestro pensamiento, damos a ciertas nociones racionales que se transportan al estudio de la naturaleza, el nombre de prenociones de la naturaleza, porque son modos de entender temerarios y prematuros (...) porque recogidas sobre un número reducido de hechos (...) llenan la imaginación (...)”²²⁹; es natural entonces que el juzgador, al dictar el auto de formal prisión, se cree una prenoción sobre la culpabilidad del imputado. Frente a ese problema, surge la ilusión, “que es un engaño al entendimiento (...) La ilusión produce cuando un mismo efecto puede ser explicado por dos causas completamente diferentes, de las cuales, una obra frecuentemente, y la otra muy rara vez; la inteligencia, que no tiene datos para decidir cuál de las dos causas es la verdadera, presupone siempre la causa ordinaria”²³⁰; siendo la causa ordinaria, la culpabilidad del imputado.

Ante ese problema, es que se decidió reestructurar el Sistema Procesal Penal para que, el juzgador que dicte la vinculación a proceso sea el de control; y quien decida sobre la culpabilidad, sea el de conocimiento, y así se asegura que el

²²⁹ Bacón, *op. cit.*, p. 43.

²³⁰ Schopenhauer, *op. cit.*, p. 41.

juzgador que dicta sentencia, no tendrá ideas preconcebidas sobre la culpabilidad del acusado. Sin embargo, persiste el sentido anímico del juzgador, que por ser un ser individual e irrepetible, tendrá una forma única e irrepetible de percibir los medios de prueba desahogados; sirva de fundamento lo que se cita:

El mundo es mi representación: esta verdad es aplicable a todo ser que vive y conoce, (...) cuando el hombre conoce esta verdad (...) el mundo que lo rodea no existe más que como representación, esto es, en relación con otro ser: aquel que le percibe, o sea él mismo (...) expresa la forma general de la experiencia, la más general de todas, incluidas las de tiempo, espacio y causalidad, puesto que la suponen²³¹.

Es decir, la verdad jurídica que determinará el juez de conocimiento al dictar sentencia no es más que la expresión de la representación del hecho ilícito que se formó en su mente después de percibir los medios de prueba. Pese a que se puedan comprobar empíricamente, la obtención del resultado sólo puede ser valorado de esa misma forma por la misma persona, de ahí que se diga que el mundo es mi representación, pues el contexto y conocimiento de cada juzgador le es particular e intrínseco, la muestra la encontramos en que en repetidas ocasiones existen observaciones y resultados diferentes según sea el juzgador que conoció del mismo asunto por su respectiva competencia de grado.

Es menester que enfoquemos ahora, en el proceso mismo de la percepción del juzgador respecto a los medios de prueba que se le desahogan para demostrar un hecho ilícito de manera empírica.

Por percepción entendamos a la:

Imagen sensorial concreta y clara de los objetos y fenómenos de la realidad, que aparece bajo la influencia directa de ésta, sobre los órganos de los sentidos. A diferencia de la sensación, que refleja propiedades y

²³¹ *Ibidem*, p. 21.

rasgos aislados de los objetos, la percepción representa su imagen integral²³².

Es decir, la percepción del juzgador es más que la atención puesta en la dinámica de desahogo probatorio, es el percibir y formar en su mente la imagen del hecho que las partes pretenden demostrarle, sólo puede existir percepción por el juzgador cuando éste realiza operaciones mentales que le permitan abstraer con certeza la realidad del hecho ilícito que se discute y la responsabilidad penal del acusado. Ello solo puede ocurrir cuando el decisor logre “Percibir con claridad, exactitud y viveza, juzgar con verdad, discurrir con rigor y solidez, he aquí las tres dotes [...]”²³³.

Dichas operaciones son ejercicios concretos de la mente en la que ha existido una correcta percepción a lo que podemos decir que son las siguientes²³⁴:

- a) La clasificación o formación de clases es una operación mental en el que suponemos que hemos reunido en un grupo ciertas cosas con características comunes. A éste se le denomina “Clase”. Este proceso se puede llevar a cabo de modos distintos:
 - a. Podemos pensar en que hemos reunido todas las cosas. La clase así formada es el universo.
 - b. Podemos pensar en la clase e imaginar que hemos espigado en ella todas las cosas que poseen un determinado atributo no poseído por la clase entera. Decimos que este atributo es particular de la clase así formada.

²³² Blauberg, *op. cit.*, p. 267.

²³³ Balmes, Jaime, *El Criterio*, México, Porrúa, 8ª ed., 1987, *Sepan cuantos...*, num. 53, p. 51.

²³⁴ *Cfr.* Carroll, Lewis, *El juego de la lógica*, 4ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, pp. 1-4.

En este caso, a la clase se le llama un género con respecto a la clase que hemos construido: a esta Clase se le llama una “Especie” de la clase y al atributo peculiar se le llama su “Diferencia”.

Como este proceso es enteramente mental, podemos llevarlo a cabo haya o no haya una cosa concreta, o como en la situación que nos ocupa, por elementos de prueba que nos hagan percibir un hecho acontecido en el pasado.

Una clase que contenga un solo miembro se llama un “individuo”.

- b) La división es una operación mental por el cual pensamos en una determinada clase de cosas e imaginamos que la hemos dividido en dos o más clases inferiores; así una clase obtenida por división es codivisional consigo misma.
- c) La dicotomía en una cierta clase e imaginamos que hemos extraído de ella una determinada clase inferior es evidente que el resto de la clase superior no posee la diferencia, es decir, el atributo específico de la clase inferior. Por lo tanto, se puede considerar a ese resto como otra clase inferior cuya diferencia se puede formar a partir de la clase que habíamos extraído anteriormente mediante el prefijo “no”, y podemos imaginar que hemos dividido la clase primitiva en dos clases inferiores cuyas diferencias son contradictorias.

Una vez que hemos dividido una clase, por el procedimiento de la dicotomía, en dos clases inferiores, podemos subdividir cada una de éstas en dos clases todavía más pequeñas, y repetir el proceso indefinidamente.

- d) La definición aparece al encontrar que todo miembro de una especie es también miembro del género del que esa especie ha sido extraída, y que posee la diferencia de esa especie.

Por tanto, puede ser representado mediante un nombre compuesto de dos partes: una que sea un nombre que designe cualquier miembro del género,

y otra que exprese la diferencia de esa especie. A ese nombre se le llama una “definición” de cualquier miembro de esa especie, y darle ese nombre es “definirlo”.

No podemos olvidarnos de una operación mental aún más compleja que las citadas, pues de su ejercicio y aplicación se obtiene la reconstrucción mental de lo que se conoce, así que nos referimos al concepto, el cual:

[...] es la síntesis en la cual se expresan los conocimientos adquiridos acerca de un proceso o de un grupo de procedimientos. Desde su forma más elemental hasta la más compleja, el concepto se establece por medio de la reconstrucción racional de los datos conocidos, los cuales son entrelazados, ordenados, organizados y constituidos en una representación unitaria²³⁵.

La diferencia entre el concepto y la definición, es que la definición surge de la utilización de la clasificación, en la cual, un objeto es reconocido por sus características propias y se le asocia con otros objetos que compartan sus características o algunas de ellas, así que la definición es el señalar la posición que guarda un objeto en relación con determinados géneros y clases; mientras que el concepto, es la representación mental que tiene el sujeto de conocimiento sobre un objeto.

De forma concreta, el juzgador deberá utilizar las operaciones mentales al momento de la apreciación del material probatorio en el sentido siguiente:

1. Observara debidamente los medios de prueba que se le desahogan logrando una percepción adecuada.

²³⁵ Gortari, Elí de, *Lógica General*, México, Grijalbo, 22ª ed., 1986, *Tratados y manuales Grijalbo*, p. 61.

2. Clasificará los elementos probatorios atendiendo a si son de cargo o de descargo; para posteriormente unir los puntos concordantes que arrojen, esto es, los medios de prueba como la documental (fotografías, planos, videos, etc.) o la testimonial pueden arrojar la confirmación de alguna circunstancia, por ejemplo, de las fotos que se presentaron en el proceso se observa la presencia del imputado-acusado en la escena del crimen, por su parte, un testigo refiere haberlo observado: por lo que el juzgador deberá clasificar el material de prueba que confirme la presencia del sujeto pasivo del proceso en la escena del crimen.
3. Según el caso concreto, el juzgador utilizará otras operaciones mentales.
4. El juzgador de conocimiento formará un concepto, esto es, podrá conocer lo ocurrido en la escena del crimen por la agrupación de información en su mente, conocerá un objeto por sus partes y vestigios, aunque no lo haya percibido de forma directa ni sensorial.

Con respecto a esta forma de conocimiento, y su agrupación para formar un concepto, Jaime Balmes nos establece:

No puede negarse que el análisis, o sea la descomposición de las ideas, sirve admirablemente en muchos casos para darles claridad y precisión; pero es menester no olvidar que la mayor parte de los seres son un conjunto, y que el mejor modo de percibirlos es ver de una sola ojeada las partes y relaciones que lo constituyen. Una máquina desmontada presenta con más distinción y minuciosidad las piezas de que está compuesta; pero no se comprende tan bien el destino de ellas hasta que, colocadas en su lugar, se ve como cada una contribuye al movimiento²³⁶.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 55.

Así como no podemos establecer de forma aislada a los métodos deductivos e inductivos, tampoco podemos señalar aisladamente a las operaciones mentales como elementos holísticos o reduccionistas; en ese tenor, se nos explica que el juzgador puede realizar operaciones reduccionistas como la división y la clasificación al identificar características individuales de un objeto, pero, ello llevaría al pensamiento incorrecto, pues sus partes deben ser integradas por operaciones holísticas, sea el caso de la definición, que ubica al objeto dentro de las clases y géneros; y del concepto, que es su reconstrucción mental. Por ello, Balmes nos ha establecido la necesidad de observar detenidamente cada particularidad del material de prueba, analizarlo aisladamente, en cada elemento que lo integra, para después relacionarlo con otros medios probatorios del mismo proceso, para, al unificarlos, se obtenga el concepto, esto es, la prueba, la convicción en la mente del decisor.

II. LOS MEDIOS DE PRUEBA COMO VÍAS DE LA RAZÓN SUFICIENTE.

Ciertamente, es imperioso el que el juzgador determine sobre la convicción sobre un hecho delictivo, pues de lograrse, se declarará en su caso:

- 1) La existencia de un hecho delictivo.
- 2) Que es responsabilidad penal del acusado.

Así que identificamos a la operación mental del concepto en la mente del juzgador con respecto a la obtención de convicción respecto al hecho ilícito y la responsabilidad penal del acusado, en materia procesal, al acto de cerciorarse se le llama prueba, ella “es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso”²³⁷.

En ese sentido, la convicción no es dable solamente con meras operaciones y suposiciones lógicas, creer eso sería absurdo, sino, que se deben comprobar por

²³⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Derecho Procesal Penal, t. III, Argentina, G. Kraft, 1945, p. 20.

vía empírica “si la autoridad desea saber si realmente ocurrió tal evento, tiene a su vez que practicar por sí o por medio de otros, ciertos procedimientos que le permitan verificar o rechazar como cierta la afirmación del denunciante”²³⁸ y en consecuencia, la del Ministerio Público. Así que, los instrumentos y mecanismos que permiten a las partes procesales llevar al juzgador los hechos que quieren demostrar, son los medios de prueba, al respecto se les define como:

Todo aquello o actividad permitida por la ley, que sirve para demostrar la existencia o la inexistencia del hecho ilícito que se investiga. La ley establece de manera preciosa los medios de prueba legales (reconocimiento, testimonial, pericial, inspección judicial, documental, presuncional e indicios); también señala el sistema lógico al establecer que es admisible todo aquello que se ofrezca como tal, incluso, utilizando los descubrimientos de la ciencia²³⁹.

El procedimiento específico relativo a la introducción de los medios probatorios en el procedimiento penal nacional, resulta por demás complejo, pues durante toda la etapa de investigación se realizan una serie de diligencias por las partes en el sentido de recabar datos de prueba, en ese tenor, el artículo 213 de la ley procesal penal nacional nos esclarece que “La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, [...]” aunque la idea o el espíritu de la norma nos establece que el Ministerio Público tiene el deber de realizar los actos de investigación tendientes a encontrar la verdad, lo cierto es que la actividad de investigación no se limita sólo al ente ministerial, sino, a todas las partes. Lo que puede ser analizado a lo largo de varias disposiciones legales, las que tienen su fundamento en el artículo 20 constitucional, en cuyo apartado B, fracción IV, se establece como derecho del imputado-acusado el que se le admitan todos los medios de prueba que sean

²³⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, México, Harla, 1990, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 541.

²³⁹ Polanco, *op. cit.*, Diccionario, nota 13, p. 204.

necesarios para su defensa, así como la garantía de prestarle el auxilio necesario a efecto de que dichos medios se desahoguen adecuadamente, en tónica similar encontramos la fracción VI de ese mismo apartado, en el que se impone el deber a la autoridad de facilitar todos los elementos probatorios necesarios para la defensa. Sin temor de equivocarnos, decimos que el derecho probatorio de la defensa es absoluto y amplísimo mientras no rebase los límites de la legalidad.

Por otro lado, la actividad de prueba también atañe a la víctima u ofendido, pues el mismo numeral 20 del texto supremo nos impone en su fracción II a recibir todos los medios de prueba que ofrezca la víctima, a tal punto, que se le equipara al mismo nivel que al investigador ministerial, de ahí la palabra coadyuvancia, pues, si no sule al Ministerio Público, si lo complementa y realiza actividad probatoria como si la víctima se tratara de un agente ministerial.

Ahora, parece que el objeto del proceso, y de la actividad probatoria del Ministerio Público es la de acusar y conseguir condenas, pero ello resulta equivocado, pues el numeral en cita, en su apartado A, nos define como finalidad suprema del proceso el esclarecimiento de los hechos; a consecuencia de ello, puede que se castigue al culpable o proteja al inocente.

Por lo dicho, la actividad probatoria se dirige al juzgador, a efecto de que resuelva la controversia y determine la verdad de los hechos controvertidos, de modo que la actividad probatoria y su carga debe orientarse a mostrar la verdad al juez, quien:

Si llegado el momento de dictar sentencia [...] se encuentra con que alguno de los hechos afirmados por las partes no ha sido probado, y con ello se produce una situación de incertidumbre, de falta de certeza. La ley que obliga al juez a resolver le dice también que hacer ante la incertidumbre.

[...] trata de atender a qué debe hacer el juez al final del proceso. No trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados

por cada parte. Cuanto de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos²⁴⁰.

La que resulta ser, la absolución del acusado, pues bajo el principio de que más vale un culpable libre, que un inocente condenado, la ley procesal nos señala que en caso de duda o de insuficiencia probatoria, se debe ratificar la inocencia del acusado. Pero ¿ratificar la inocencia?

En efecto, la inocencia se ratifica, pues el legislador en el mismo ordinal 20 constitucional, apartado B, fracción I establece la presunción de inocencia de toda persona imputada. Por tanto, la inocencia es un estado natural del ser humano, y ante la ineficacia de la acusación ministerial, la inocencia se ratifica.

Ello lo encontramos en el artículo 359 del Código Procesal Nacional, que establece “Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.” Este es un principio general del derecho, al que la doctrina ha denominado *in dubio pro reo*.

En conclusión, la falta, insuficiencia de elementos de convicción de la responsabilidad penal, incumplen el principio de la razón suficiente y por ello, el juzgador debe ratificar la inocencia del acusado.

2.1 La carga de los medios de prueba y de razón suficiente.

Ya establecimos algunos aspectos de la actividad probatoria encaminada a lograr la convicción en la mente del juzgador, ahora, es menester identificar a quien corresponde la necesidad de esclarecer las reglas referentes a la carga de la prueba, es decir ¿Quién debe probar?

La carga de la prueba es el conjunto de pasos dados en la búsqueda de las reglas generales que determinan en todo proceso quién debe de asumir las

²⁴⁰ Montero Aroca Juan y José Flors Matíes, *Tratado de Juicio Verbal*, España, Thomson Arazandi, 2ª ed., 2004, Biblioteca de Derecho Positivo, p. 1096.

consecuencias de que una afirmación de hecho se debe acreditar. En esa búsqueda, se deben establecer reglas concretas²⁴¹, tan valiosas, que nos atrevemos de calificarlas como principios generales del derecho, los que se encuentran en el mundo del proceso civil, y, con base en ellas, se establecen las reglas probatorias del proceso penal, las que repercuten en la decisión del juzgador, pese a que no se encuentran claramente establecidas en la norma procesal penal²⁴², por lo que se nos apunta:

Se toma, en cambio, en consideración el carácter acusatorio del proceso penal, que se refleja, como veremos, no solo en la estructura del procedimiento, sino también en la manifestación concreta de la regla de juicio. Tal carácter aparece en efecto, indudablemente en el hecho de que el imputado debe ser absuelto no solo cuando no resulten probados como inexistentes los hechos que, por la ley penal, tienen efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica.

Es cierto que, en concreto, la carga de la acusación es menor de lo que podría suponer, [...] pero de todas maneras, la regla de juicio impone la declaración positiva de certeza de los hechos constitutivos del delito y la declaración negativa de los extintivos²⁴³.

Esas reglas que se imponen con respecto a la carga de la prueba son extraídas del derecho procesal civil, sirva de ejemplo lo establecido en los artículos 82 y 83 del Código Federal de Procedimientos Civiles:

81.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones.

82.- El que niega sólo está obligado a probar:

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 1097.

²⁴² Cfr. Michelli, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Colombia, Temis, 2004, p. 238.

²⁴³ *Ibidem*, p. 239.

- I.- Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;
- II.- Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante, y
- III.- Cuando se desconozca la capacidad.

Ciertamente esas mismas reglas son aplicables, veladamente, al derecho procesal penal. Ello porque la imposición de que se debe probar los hechos constitutivos de la acción es aplicable al Ministerio Público o en su caso a la víctima, pues al ejercerse la acción penal, ella debe estar sustentada.

Ahora bien, en torno a la fracción I del ordinal 82, argumentemos que el acusado tiene la presunción de inocencia, sin embargo, esa presunción debe reafirmarse, y solo puede reafirmarse atacando la hipótesis acusatoria de la representación legal, por lo tanto, el acusado debe acreditar hechos que resulten contradictorios a los contenidos en la acusación.

De pensar en la fracción II del artículo 82 del código procesal civil, nos encontramos con una tarea que correspondería al Ministerio Público, pues al ejercer la acción penal, debe desconocer la presunción de inocencia que asiste al acusado.

En torno a la fracción III del numeral en cita, nos encontramos con que la capacidad en materia penal va muy relacionada a la capacidad de ejercicio en materia civil, pues al efecto, la capacidad de ejercicio y la de ser sujeto a proceso penal se adquiere a los 18 años de edad, salvo, que se trate de incapaces, como los enajenados mentales en materia civil y los que resulten inimputables en materia penal, como es el caso de los que no entienden ni quieren el resultado de la conducta típica. Esa circunstancia puede ser acreditada por el acusado, y rebatida por el Ministerio Público, quienes asumirán sendas cargas de prueba.

Es importante lo dicho, pues se encuentra un pensamiento similar entre los procesalistas, al respecto lo reafirmamos señalando que:

En el nuevo sistema oral es un deber procesal demostrar o acreditar la veracidad del hecho, de las afirmaciones objeto de la *litis*, ésta corresponde al Ministerio Público y, en su caso, al particular que ejercite la acción privada; es a la parte procesal sobre la cual recae el deber de demostrar o acreditar su dicho, tanto lo que aseveran como lo que niegan./ Es la base para destruir la presunción de inocencia del imputado por la parte acusadora, siempre respetando los derechos humanos. También tiene la carga de la prueba la defensa para contraatacar las pruebas del Ministerio Público o del acusador privado en su caso²⁴⁴.

Efectivamente, la Constitución pomposamente, en su artículo 20, apartado A, fracción V, señala que la carga de la prueba corresponda a la parte acusadora, circunstancia similar establece el artículo 130 de la ley penal procesal nacional. Ello lo podemos apreciar sólo como una regla general, que no absoluta, pues la carga de la prueba también la comparte el acusado. Bajo esta óptica referimos que:

[...] la defensa tiene también la carga de la prueba, puesto que es indispensable que justifique sus pretensiones o sus aseveraciones (estas pueden ser positivas, negativas, aclaratorias, modificativas, adicionales, complementarias, etc.), aunado a que los hechos y argumentaciones narrados como elementos defensivos que delimita como tema de prueba, debe proporcionar y desahogar medios de prueba pertinentes para demostrarlos, por lo que aplicamos la siguiente fórmula:

Las partes tienen la carga de los hechos constitutivos de sus pretensiones; el que afirma, tiene la carga de probarlos, también, el que niega, si envuelve una afirmación expresa de un hecho; luego, si el imputado-acusado se encuentra en cualquiera de esas hipótesis debe aportar prueba para justificarlas [...] ²⁴⁵.

²⁴⁴ Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, nota 13, p. 57.

²⁴⁵ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, nota 18, p. 547.

Ahora, la actividad probatoria, debe ser ajustada a los lineamientos constitucionales y legales para asegurar que no se trate de una actividad nula o ilícita.

2.2 Ofrecimiento de los medios de prueba y su licitud.

Hemos establecido que la actividad de las partes durante la investigación es la de recabar datos de prueba que sirvan para justificar la posibilidad de ejercer la acción penal y a su vez la de destruirla (lo último en el caso de la defensa), sin embargo, dicha actividad de prueba debe estar sometida al imperio de la ley y la Constitución, a ello lo llamamos principio de legalidad, el cual regula desde la obtención de datos de prueba, el ofrecimiento de medios de prueba, su desahogo y la obtención de la prueba como tal, a lo que podemos apuntar que en los:

[...] principios constitucionales se destaca la legalidad. Su respeto hace parte de las garantías que rodean la libertad personal. Por esta razón, puede afirmarse que el respeto del principio de legalidad tiene una especial relevancia en el ámbito procesal penal, sin que ésta pueda traducirse en el sacrificio del resto del ordenamiento constitucional [...] ²⁴⁶.

De lo que se entiende que, si bien la Constitución impone la obligación al juzgador de hacer justicia al encontrar la verdad, su actividad y la de las partes, debe ser ajustada a las mismas reglas que enmarca la Ley Suprema y el Código Procesal Nacional. Así que del contenido de los artículos 16 constitucional, quinceavo párrafo, al evitar asignar valor probatorio a medios probatorios ilegales; en relación con lo que dispone el 357 de la ley procesal, que refiere “La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código”; se impide que el juzgador tome en cuenta, o admita siquiera, los

²⁴⁶ Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, el Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y Teoría General, Colombia, Universidad Externado, 6ª ed., 2013, pp. 61-62.

medios de prueba que las partes han ofrecido incumpliendo las reglas que señala la ley y la Constitución, ello:

[...] nos muestra que existe íntima relación entre el derecho procesal y el derecho probatorio. De allí que las exigencias legales que se establecieron para poder proferir sentencia condenatoria [...] Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio [...]. Lo que indudablemente traducirá, que las pruebas obtenidas, aducidas, debatidas y valoradas, tendrán que encontrarse en consonancia con el enunciado que se describe, de lo contrario no generaría el conocimiento más allá de toda duda²⁴⁷.

Lo que el autor nos refiere, y que claramente compartimos, es que los medios de prueba debieron cumplir con el principio de legalidad y las garantías constitucionales, en consecuencia, con el del debido proceso, para que puedan producir prueba, es decir, convencimiento y convicción en el juzgador, la que trae como consecuencia la condena o absolución del procesado. De lo contrario, la sola presencia de la prueba ilícita o nula en su valoración producirá una duda razonable.

Por lo tanto, la violación al texto constitucional o a la legislación procesal penal en la actividad probatoria de las partes, trae como consecuencia la nulidad del medio de prueba ofertado por ellas, y en consecuencia, su ausencia de valor probatorio por ministerio constitucional y legal, debiendo el juzgador, “excluir la práctica o aducción de pruebas ilegales, aún las practicadas, las aducidas u obtenidas con violación a los requisitos y formalidades legales”²⁴⁸. Por lo que se dice que ellas son:

²⁴⁷ Villanueva Meza, Javier Antonio, *Instituciones de Derecho Procesal Penal, Sistema Penal Acusatorio*, Colombia, Leyer Editorial, 2008, p. 586.

²⁴⁸ Polanco Braga, Elías, *op. cit., Diccionario*, p. 270.

- a) “Prueba ilícita. La prohibida por la ley, la moral o buenas costumbres, obtenidas en el proceso, directa o indirectamente violentando la buena fe, probidad o por impertinentes”²⁴⁹. Sirva de ejemplo como prueba impertinente y, en consecuencia, ilícita, el querer acreditar hechos que se encuentran fuera del litigio, sea el acreditar que un homicida había desayunado café con leche; en cuanto a la violación legal, podemos señalar a aquella contenida en la norma, pero, que tal vez, no se ofreció en el momento procesal oportuno, sea el arma homicida, que por impericia del Ministerio Público no fue debidamente ofrecida en la etapa intermedia, y pretende incorporarla en el juicio oral.
- b) “Prueba nula. Por disposición constitucional, la prueba obtenida infringiendo las garantías del individuo señaladas en la Constitución o instrumentos internacionales no serán valoradas, por lo que se tendrán por no ofrecidas ni desahogadas, para efectos de sentencia”²⁵⁰. Sirva de ejemplo, que el artículo 22 constitucional impone la prohibición de los tormentos, azotes, tortura, incomunicación, etc., por ello, si el agente ministerial tortura al imputado o a los testigos y los obliga a firmar sendas actas ministeriales, ofreciéndolas en la etapa intermedia y desahogándolas oralmente, nos encontraremos ante una prueba nula, pues si bien, puede utilizar entrevistas y registrarlas en las actas de investigación, e incluso, desahogarlas en el juicio oral, se obtuvieron con una violación constitucional, lo que les elimina cualquier valor de prueba.

Podemos identificar con claridad el caso en que un medio de prueba será nulo, pues el conocimiento del ciudadano promedio le permite advertir cuando la autoridad o un particular viola su esfera jurídica con el fin de obtener información en un espíritu contrario a la Constitución.

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 271.

Pero, el medio de prueba ilícito, aquel que se obtiene con violaciones procesales, es más difícil de determinar, podemos señalar a grandes rasgos que en primera instancia no es nula, pero, al ofrecerse o desahogarse en contradicción con la ley, le elimina cualquier valor de prueba. Por ello, resulta imperioso estudiar las reglas que determinan el ofrecimiento correcto del medio de prueba, el cual se instrumenta en la etapa intermedia, y se reviste una serie de ritualismos que la hacen válida; ellos los encontramos contenidos en los siguientes artículos del Código Procesal Penal.

Artículo 334. Objeto de la etapa intermedia

La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

Artículo 335. Contenido de la acusación

Una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación.

La acusación del Ministerio Público, deberá contener en forma clara y precisa:

[...]

III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;

[...]

VII. El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación;

VIII. El monto de la reparación del daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;

[...]

De lo que colegimos que el momento procedimental oportuno para que el Ministerio Público (al tener él la carga de la prueba y el acusado tiene un carácter meramente reactivo) ofrezca los medios de prueba es en la etapa intermedia, siendo en un primer momento, al presentar el escrito de acusación, pero, deberá ligar cada medio de prueba con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada hecho concreto que pretende acreditar; ello por virtud de que el objeto de la etapa intermedia es depurar el proceso, es decir, evitar que se “contamine con basura”, impedir que se ofrezcan pruebas nulas o ilícitas.

Además de ello, ocurre el llamado descubrimiento probatorio, ligado íntimamente al escrito de acusación, pues el Ministerio Público presenta al juzgador, para que éste corra traslado a la víctima u ofendido y al acusado, de todos los elementos probatorios, evidencias físicas e información con los que se cuenta²⁵¹, esto lo podemos observar en los siguientes preceptos del Código Nacional:

Artículo 337. Descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público, consiste en la entrega material a la defensa, de copia de los registros de la investigación, como del acceso que debe dar a la defensa respecto de las evidencias materiales recabadas durante la investigación. La entrega de las copias solicitadas y el acceso a las evidencias materiales referidas, deberá efectuarlo el Ministerio Público inmediatamente que le sea solicitado por la defensa. Por su parte, el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa

²⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 105.

consiste en la entrega material al Ministerio Público de copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecerlos como medios de prueba para ser desahogados en juicio. La defensa sólo estará obligada a descubrir aquellos medios de prueba que pretenda llevar a juicio como prueba.

Para los efectos de este artículo se entenderá por registros de la investigación, todos los documentos que integren la carpeta de investigación, así como fotografías, videos con o sin audio, grabaciones de voz, informes periciales y pruebas periciales que obren en cualquier tipo de soporte o archivo electrónico. Con el objeto de obtener copia de registros que obren en soportes electrónicos, la defensa proporcionará al Ministerio Público los medios necesarios para ello.

Tratándose del acceso a las evidencias materiales que obren en la carpeta de investigación, ello implicará el derecho de la defensa de obtener imágenes fotografiadas o videofilmadas de las mismas, así como la práctica de pericias a cargo de peritos de la defensa, o a petición de la misma si no los hubiere, la práctica de pericias a cargo de peritos oficiales sobre dichas evidencias.

El Ministerio Público deberá efectuar en favor de la defensa su descubrimiento en un plazo de cinco días, contados a partir de que se hubieren satisfecho los supuestos previstos en el artículo 335. Lo anterior sin perjuicio de la obligación del Ministerio Público de dar acceso al imputado y su Defensor del contenido de la carpeta de investigación cuando así lo soliciten.

En consecuencia, de no cumplirse con el descubrimiento probatorio como lo refiere la ley, o en casos más extremos, no realizarlo en el término de cinco días hábiles después de que se han presentado los escritos de acusación y contestación de ella, estaremos en presencia de prueba ilícita, por virtud de que se

debía ofrecer en los términos procesales, y en su caso, deberá ser excluida por el juez de control en la audiencia intermedia, a esto se nos complementa:

El ofrecimiento de medios de prueba lo anuncian las partes en sus respectivos escritos, previo a la audiencia intermedia, a excepción de la defensa que lo podrá realizar en forma oral al intervenir en la audiencia; cuyo objetivo es determinar los medios probatorios relativos a los hechos controvertidos, a la individualización de la pena, a la procedencia de sustitutos de la pena de prisión, suspensión de la misma o los de inculpabilidad del acusado, también lo concerniente a la reparación del daño y su cuantificación.

El descubrimiento probatorio lo deben practicar los intervinientes antes de la audiencia intermedia, el Ministerio Público entregará a la defensa la copia de los registros de investigación, también le dará acceso respecto a las evidencias materiales de la investigación y le entregará las copias solicitadas, ambas conductas deberán efectuarse inmediatamente. La defensa no está exenta de ello, el que consiste en la entrega al Ministerio Público de copias de los registros con los que cuente y que ofrecerá para ser desahogados en el juicio; el no realizar esta actividad por las partes impide que sean aducidos los medios de prueba al proceso, tampoco podrán practicarse en juicio para convertirse en prueba²⁵².

En el último supuesto que nos menciona el autor citado, en el que no se ha cumplido con el descubrimiento probatorio, nos encontraremos ante la prueba ilícita, pero, dicha declaración, incluso tácita, deberá realizarla el juzgador de control en la audiencia intermedia, pues en ella, se decidirá sobre su admisión, en tal sentido, el juzgador de garantía las debe desechar. Esa sanción la encontramos en el siguiente numeral procedimental.

²⁵² Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 457.

Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de la prueba sobreabundante, es decir, aquel hecho que se pretende acreditar con muchos y exagerados medios de prueba, sea el caso de presentar a 25 testigos que digan que el acusado estaba vestido de rojo, más que a una prueba ilícita, podemos encontrarnos ante una táctica para alargar el proceso por las partes, o por impericia; en cuyo caso, el juzgador de control no la declarará nula, sino, que la reducirá a una proporción racional; así nos describe el antepenúltimo párrafo del precepto en cita “En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca

reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.”

En tanto que, por la prueba impertinente, si la podemos calificar de ilícita, pero la ley adjetiva nacional establece casuísticamente que “Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.” Situación que consideramos acertada, pues se trata de estudiar un momento concreto en que se cometió el hecho ilícito, no el acreditar hechos anteriores que no tienen relación.

Los supuestos del medio de prueba ilícito y nulo, pueden ser fácilmente observados, pero, consideramos que por seguridad jurídica, deben ser explicados verbalmente a las partes y al mismo juzgador que decidirá sobre su admisión en audiencia, de tal suerte que sólo puedan ser desahogadas las pruebas legales, o en su caso, el juzgador de conocimiento se percata que existe alguna prueba viciada de nulidad o ilegalidad, debe ignorarla como si ella no existiera, debiendo fundar y motivar tal circunstancia, así los siguientes numerales del código adjetivo penal establecen:

Artículo 357. Legalidad de la prueba

La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 358. Oportunidad para la recepción de la prueba

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

Es imperioso que, ahora que conocemos las formalidades del ofrecimiento del material de prueba, nos ocupemos por estudiarlos con un poco más de detalles al ser vías de la razón suficiente.

III. LOS MEDIOS CONCRETOS DE PRUEBA COMO RAZÓN SUFICIENTE.

Como bien lo señala Colín Sánchez, “La prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento; de aquélla dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin”²⁵³. Ahora, podemos encontrar que existen dos formas de poder estudiar a los medios de prueba²⁵⁴, siendo ellos:

- a) Prueba nominada: siendo ellas las que tienen un nombre y una reglamentación específica en el texto legal.

- b) Prueba innominada: no se encuentran nombradas ni reglamentadas en la norma legal.

Ahora, es necesario establecer que los medios de prueba son los que aportan datos para crear la convicción (prueba) en el ánimo del juez sobre la verdad de un hecho²⁵⁵. Por lo tanto, el medio de prueba puede ser cualquier cosa, objeto o circunstancia; debido a que “es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso”²⁵⁶.

Esa visión nos resulta muy útil y aplicable, puesto que en materia procesal penal es posible causarle la convicción al juzgador por cualquier medio, así el artículo siguiente de la ley adjetiva nacional nos permite la libertad probatoria:

²⁵³ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimiento Penales*, México, Porrúa, 4ª ed., 1977, pp.298-299.

²⁵⁴ *Cfr.* Carrasco Soulé, Hugo Carlos, *Derecho Procesal Civil*, México, Iure, 2004, Colección textos jurídicos, p. 226.

²⁵⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 228.

²⁵⁶ Silva, *op. cit.*, p. 546.

Artículo 356. Libertad probatoria

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

Por tanto, cuando la ley procesal nacional nos establece la libertad probatoria de causar convicción al juzgador por cualquier medio pertinente, admite como consecuencia la existencia de los medios de prueba nominados e innominados. Por ello, la ley en cita nos establece los siguientes:

- a. Testimonial.
- b. Pericial.
- c. Declaración del acusado.
- d. Prueba documental.
- e. Prueba material.

Es decir, las que se han establecido en la norma son las nominadas, pero, el artículo 388 reafirma la libertad de prueba y señala expresamente la facultad de agregar “otras pruebas” al proceso, siempre que no afecten derechos fundamentales; en consecuencia, lo que el Código llama “otras pruebas” son las innominadas, lo que podemos identificar como sistema lógico, pues él “consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer uso de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento”²⁵⁷.

No debemos obviar la distinción que existe entre la fuente de prueba y el medio de prueba, debido a que el medio de prueba es el mecanismo, pero, la idea que será

²⁵⁷ Polanco, *op. cit.*, *Dinámica*, pp. 37-38.

proporcionada al juzgador para que se genere convicción es la fuente de prueba, para clarificar se nos ha explicado que:

La fuente es el objeto ajurídico que existe independientemente del proceso y puede haber o no haber sido descubierta. El medio es el mecanismo que incorpora la fuente de prueba al proceso.

Una fuente es lo que sabe el testigo, el imputado o el presunto ofendido (aun cuando no haya declarado).

El medio es la declaración. Una mancha, un letrero, un color, es una fuente, mientras que el *reconocimiento o incorporación* que de tal fuente se hace, es el medio²⁵⁸.

Concluimos al respecto que lo que la doctrina procesal ha denominado fuente de prueba se identifica con la operación mental del concepto, que se encuentra albergado en la mente de los testigos y de las partes en torno del hecho ilícito. Mientras que, todo lo necesario para poder instrumentar el medio de prueba, y hacer que el juzgador de conocimiento perciba la fuente de prueba, para que él forme su propio concepto y nazca su convicción (prueba), se denomina, actos de prueba.

Los actos de prueba son el conjunto de dinámicas, de instrumentaciones, etc., necesarios para poder adquirir el medio de prueba, prepararlo y desahogarlo, “[...] los actos de prueba gravitan en los sujetos de la relación procesal (Ministerio Público, procesado, defensor, ofendido, testigos, etc.); los actos de uno, son, a la vez, el origen y base en donde se sustentan los de los otros intervinientes”²⁵⁹.

Al margen de ocuparnos en un apartado especial sobre los medios de prueba lógicos, estudiemos en lo particular cada uno de los medios de prueba nominados.

²⁵⁸ Sentís Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, Argentina, EJE, 1978, p. 150.

²⁵⁹ Colín, *op. cit.*, p. 301.

3.1 Medio de prueba testimonial.

Durante muchos siglos, casi desde el inicio de la existencia del ser humano, hasta hace relativamente poco tiempo, se ha considerado a la prueba testimonial, al dicho de los testigos de un hecho ilícito como la prueba maestra, la más confiable y, en muchos casos, la de mayor importancia, además, de que era a la que se reglamentó con mayor cuidado.

Es tal el ejemplo de la Carta Magna de su majestad el Rey Juan de Plantagenet, mejor conocido como Juan Sin Tierra, pues si bien, dicho instrumento fue elaborado por los nobles ingleses a efecto de que el Rey lo firmara y lo hiciera cumplir, tiene el gran mérito de imponer algunas directrices a la prueba testimonial, señalando que los testigos deberán ser dignos de crédito, tal lo establece su artículo 36 que reza “Ningún alguacil pondrá en lo futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que produzca testigos fidedignos para probarla.” Por ello, ya en el siglo XIII se establecía que la prueba debía de tener un órgano digno de confianza.

En un sentido similar, la Ley de las VII Partidas de Alfonso el Sabio, en la Partida III, Ley XVI, 1, establecía “Testigos son omes e mujeres que son atales, que non pueden desechar de pruea que aduzen las partes en juicio, para prouar las cosas negadas o dudosas” (los testigos son hombres y mujeres que no pueden ser desestimados al ser ofrecidos en juicio por las partes para probar las cosas negadas o dudosas)²⁶⁰. Es decir, el testigo es aquella persona que por estar cerca, en la escena del crimen, o tener relación con el hecho ilícito, ha tenido conocimiento directo de él; por tanto, debe aportar su conocimiento para dilucidar la verdad en la mente del juez.

²⁶⁰ El texto en cita se encuentra en castellano arcaico, por lo que no se colocan en letras itálicas y su interpretación al español moderno es propia.

Tal es esa importancia, que se trata de un deber jurídico del testigo de presentarse ante la autoridad jurisdiccional a expresar lo que le ha constado, ello se encuentra en el artículo 360 de la ley adjetiva procesal penal que establece “Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.”

La situación, es que no se encuentra claramente una sanción a efecto de que el juez lo compela a responder y en su caso, a presentarse al interrogatorio de la audiencia. Por lo que en caso de “fingir demencia” o en su caso, negarse a acudir a la audiencia, el juzgador (y el Ministerio Público en la etapa de investigación) se encuentra dotado para aplicarle una medida de apremio, siempre y cuando, lo soliciten las partes, ello lo encontramos en el numeral 104 del Código Nacional:

Artículo 104. Imposición de medios de apremio

El Órgano jurisdiccional y el Ministerio Público podrán disponer de los siguientes medios de apremio para el cumplimiento de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones:

I. El Ministerio Público contará con las siguientes medidas de apremio:

a) Amonestación;

b) Multa de veinte a mil días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite una medida de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores que perciban salario mínimo, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, de un día de su ingreso;

c) Auxilio de la fuerza pública, o

d) Arresto hasta por treinta y seis horas;

II. El Órgano jurisdiccional contará con las siguientes medidas de apremio:

a) Amonestación;

b) Multa de veinte a cinco mil días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite una medida de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores que perciban salario mínimo, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, de un día de su ingreso;

c) Auxilio de la fuerza pública, o

d) Arresto hasta por treinta y seis horas.

El Órgano jurisdiccional también podrá ordenar la expulsión de las personas de las instalaciones donde se lleve a cabo la diligencia.

La resolución que determine la imposición de medidas de apremio deberá estar fundada y motivada.

La imposición del arresto sólo será procedente cuando haya mediado apercibimiento del mismo y éste sea debidamente notificado a la parte afectada.

El Órgano jurisdiccional y el Ministerio Público podrán dar vista a las autoridades competentes para que se determinen las responsabilidades que en su caso procedan en los términos de la legislación aplicable.

Además, la restricción al deber de testificar se encuentra en el último párrafo del artículo 360 del mismo Código que establece “El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal.” Lo anterior se encuentra claramente fundado en las fuentes reales del derecho, pues al efecto, era muy común que el Ministerio Público citara a entrevista a un “testigo” para que, a partir de su narración, cambiara su estado jurídico al de imputado, circunstancia que al ser tan solo un “testigo”, no necesitaba de la asistencia de un abogado ni tenía las prerrogativas que confiere la Constitución. Además, quien se encuentra ligado con un parentesco o con cualquier relación afectiva o de defensa,

si se niega a prestar su declaración, no podrá ser acusado por encubrir al acusado, ellos se encuentra en el artículo 321 del Código Penal del Distrito Federal que señala: “No comete el delito a que se refiere al artículo anterior, quien oculte al responsable de un hecho calificado por la ley como delito o impida que se averigüe, siempre que el sujeto tenga la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.” En relación a ello, se manifiesta en el mismo sentido el Código Nacional Procesal, pues permite a los que tengan un interés afectivo con el acusado, el poder abstenerse a contestar o participar como testigos, pero, una vez otorgado ese consentimiento de participar como órgano de prueba, ya no podrá abstenerse a contestar y podrá ser compelido a responder:

Artículo 361. Facultad de abstención

Podrán abstenerse de declarar el tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, salvo que fueran denunciante.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención antes de declarar, pero si aceptan rendir testimonio no podrán negarse a contestar las preguntas formuladas.

Sea entonces, un caso similar es el de los profesionales que deben guardar el secreto profesional, por lo cual, la ley califica de “inadmisible” el que se pretenda hacer rendir su testimonio al sacerdote, guía espiritual, etc., del acusado para que apoye la hipótesis de acusación, el sólo hecho de ofrecerla es inadmisibile, pero en caso de que se admitiera, carecería de todo valor; la excepción a ello, es el caso

en que el propio procesado libera al profesional de guardar ese secreto, en cuyo caso, si puede ser ofrecida y desahogada, en relación a ello la ley impone:

Artículo 362. Deber de guardar secreto

Es inadmisibles el testimonio de personas que respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitadores de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

Ahora, podemos definir al medio de prueba testimonial como el instrumento procedimental por vía del cual, las partes presentan ante el juzgador o autoridad ministerial, a personas sin interés en el litigio a fin de que expongan los hechos que le hayan constado. Por tanto, el órgano del medio de prueba testimonial es el testigo.

Dicho lo anterior, el testigo siempre se debe tratar de persona física, así se nos establece que “El testigo es aquella persona física capaz a la que le constan los hechos y se le llama para que rinda una declaración ante el juez, declaración que va a verter a ese testigo mediante un interrogatorio y con preguntas que se le van formulando”²⁶¹.

Al respecto, podemos clasificar a los testigos de varias formas, pero resulta ilustrativo establecerlos como:

²⁶¹ Carrasco, *op. cit.*, p. 368.

- a. De cargo, aquellos que con su testimonio apoyan la acusación ministerial.
- b. De descargo, aquellos cuyo testimonio favorece en cualquier aspecto al acusado.

Debemos aclarar que existen autores que establecen a los testigos de vista como una categoría específica, señalando que son “aquellos que tienen conocimiento inmediato de los hechos”²⁶² o que “es aquel que declara respecto de hechos que percibió, habiendo sido su fuente de información directa y personal”²⁶³. A lo que establecemos que la naturaleza propia del testigo es esa, que le hayan conestado los hechos de forma directa, por lo tanto, no podemos establecer una categoría de testigo directo, porque todos los testigos son directo, de lo contrario, no sería un testigo. Sirva de ejemplo el testigo de oídas, que es aquel a quien no le constan los hechos pero “le contaron como fueron” en cuyo caso, no se trata de un auténtico testigo y por tanto, no debe ser tomado en cuenta.

En cuanto a su práctica, se encuentra reglamentada en los artículos 363, 364, 371 y 372 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que estipulan las formalidades necesarias a efecto de citar a los testigos a comparecer en la audiencia de juicio oral y los ritualismos necesarios para que expongan su conocimiento sobre el hecho litigioso en esa audiencia, por lo que se lee como formalidades previas a su desahogo (obviando su ofrecimiento por supuesto) que el testigo debe ser citado, haciéndole de su conocimiento que se puede hacer acreedor a una medida de apremio, o incluso, a ser presentado por la fuerza pública:

Artículo 363. Citación de testigos

Los testigos serán citados para su examinación. En los casos de urgencia, podrán ser citados por cualquier medio que garantice la recepción de la

²⁶² Ovalle, *op. cit.*, p. 143.

²⁶³ Carrasco, *op. cit.*, p. 369.

citación, de lo cual se deberá dejar constancia. El testigo podrá presentarse a declarar sin previa cita.

Si el testigo reside en un lugar lejano al asiento del órgano judicial y carece de medios económicos para trasladarse, se dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia.

Tratándose de testigos que sean servidores públicos, la dependencia en la que se desempeñen adoptará las medidas correspondientes para garantizar su comparecencia, en cuyo caso absorberá además los gastos que se generen.

Artículo 364. Comparecencia obligatoria de testigos

Si el testigo debidamente citado no se presentara a la citación o haya temor fundado de que se ausente o se oculte, se le hará comparecer en ese acto por medio de la fuerza pública sin necesidad de agotar ningún otro medio de apremio.

Las autoridades están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al Tribunal para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos. El Órgano jurisdiccional podrá emplear contra las autoridades los medios de apremio que establece este Código en caso de incumplimiento o retardo a sus determinaciones.

Mientras que los formalismos para su desarrollo tienden a garantizar la eficacia del testimonio, es decir, la de evitar que se manipule su información o que se altere el conocimiento que cada testigo puede tener, por ello, es que son incomunicados unos con otros a efecto de que no se pongan de acuerdo sobre lo que se va a exponer, ni tampoco, que observen algo en el desarrollo de la audiencia que haga que el testigo cambie su opinión de lo que le consta.

Además, el juzgador tiene el deber de garantizar la lealtad procesal, evitando que se trate de confundir al testigo:

Artículo 371. Declarantes en la audiencia de juicio

Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la audiencia, por lo que permanecerán en una sala distinta a aquella en donde se desarrolle, advertidos de lo anterior por el juzgador que preside la audiencia. Serán llamados en el orden establecido. Esta disposición no aplica al acusado ni a la víctima, salvo cuando ésta deba declarar en juicio como testigo.

El juzgador que presida la audiencia de juicio identificará al perito o testigo, le tomará protesta de conducirse con verdad y le advertirá de las penas que se imponen si se incurre en falsedad de declaraciones.

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones, o de otros documentos que las contengan, y sólo deberá referirse a ésta y a las preguntas realizadas por las partes.

Artículo 372. Desarrollo de interrogatorio

Otorgada la protesta y realizada su identificación, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra a la parte que propuso el testigo, perito o al acusado para que lo interroge, y con posterioridad a los demás sujetos que intervienen en el proceso, respetándose siempre el orden asignado. La parte contraria podrá inmediatamente después contrainterrogar al testigo, perito o al acusado.

La forma de extraer el contenido del conocimiento del testigo será por medio del interrogatorio que se compone de preguntas, las podrán efectuar las partes, primero la oferente, y posteriormente, la contraparte formulará ,un

contrainterrogatorio en el que se contienen repreguntas, para aclarar, precisar o desvirtuar las manifestaciones rendidas, así se establece que “La pregunta es una herramienta para realizar el examen directo al testigo, la que se entiende como el interrogatorio o cuestión que se formula a una persona, para que responda respecto a lo que sabe en relación con un hecho, con base en el cúmulo de preguntas que se realiza al testigo se estructura el interrogatorio”²⁶⁴.

En cuanto al contenido del interrogatorio y del contrainterrogatorio, como su finalidad es la de obtener la verdad que percibió el testigo, deben de ser formuladas de forma clara, para que no ofusquen o confundan al interrogado, a lograr que el absolvente precise con eficacia los hechos y sus características tal cual lo pudo apreciar en el momento exacto, por ello “La pregunta puede ser abierta para solicitar al testigo que narre los hechos, los describa, explique y proporcione detalles por sí mismo en la forma en que se expresa; puesto que esta pregunta tiene como contenido: el qué, el quién, cuánto, cómo, cuándo, dónde, por qué, cuántos y con quién.”²⁶⁵

Las reglas del interrogatorio resultan de gran trascendencia, por ello, son claramente especificadas en el artículo siguiente de la ley procesal nacional:

Artículo 373. Reglas para formular preguntas en juicio

Toda pregunta deberá formularse de manera oral y versará sobre un hecho específico. En ningún caso se permitirán preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos.

Las preguntas sugestivas sólo se permitirán a la contraparte de quien ofreció al testigo, en contrainterrogatorio.

Las partes sólo podrán hacer preguntas a los testigos, peritos o al acusado, respecto de lo declarado por ellos previamente en la investigación cuando

²⁶⁴ Polanco, *op. cit*, *Procedimiento*, p. 555.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 556.

conste en los registros, de lo declarado en juicio, cuando tengan como finalidad acreditar su dicho, o cuando se pretenda ofrecer prueba de refutación respecto de hechos propios que resulten pertinentes para la materia de juicio.

Esas reglas las podemos sintetizar de la siguiente forma:

- La pregunta en interrogatorio no podrá ser:
 - Ambigua: en el sentido de que deje genere confusión sobre lo que el testigo quiere decir.
 - Impertinentes: como en el caso de preguntar sobre asuntos que no tienen relación con la litis.
 - Argumentativas: en la que el interrogante exponga un discurso que sólo será confirmado o negado por el absolvente.
 - Conclusivas: las que ya tienen implícita su respuesta.
 - Las sugestivas: que se relacionen con hechos ya señalados por la absolvente se permitirán en el contrainterrogatorio, no antes.

Sin embargo, se requiere de un catálogo más completo sobre las especies de preguntas que pueden presentarse, a lo que la doctrina nos aclara las siguientes²⁶⁶:

- Pregunta argumentativa: cuando su contenido es razonado sintéticamente para probar o demostrar la eficacia probatoria del elemento relacionado al proceso.
- Pregunta capciosa: la que se vale de artificios, engaños, deslealtades, que puede confundir o inducir erróneamente al declarante.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 558-560.

- Pregunta compuesta: son los cuestionamientos con varios hechos que deben estar relacionados, condicionado a que no ofusquen la mente de la persona para responderlas adecuadamente, con el fin de evitar que una respuesta afirmativa o negativa comprendan a todas las formuladas.
- Pregunta conclusiva: el cuestionamiento pretende obtener de la persona interrogada que en su respuesta concluya concretamente lo que percibió.
- Pregunta confusa o ambigua: lo es cuando puede entender o interpretar en varios sentidos la pregunta por ser oscura, incierta o dudosa, lo que impide dar una respuesta correcta.
- Pregunta contenciosa (tendencia): interrogación que orilla a la persona cuestionada a un fin determinado para manifestar afirmativa o negativamente algo, aunque no lo haya percibido.
- Pregunta especulativa: son las interrogaciones que no son accesibles a la experiencia o no haberse reducido a la práctica que obligan a responder sin meditar o reflexionar lo cuestionado.
- Preguntas finales: son las que pretende que el testigo con base a las preguntas y respuestas manifestadas establezca la relevancia del hecho que se haya estructurado en su conocimiento y entendimiento.
- Pregunta impertinente: cuestionamiento no relacionado con los hechos que se investigan, por lo que resulta inconducente para calificarse de legal.
- Pregunta insidiosa: interrogatorio formulado que pretende ofuscar la mente del declarante, con la finalidad de degenerar la verdad.
- Pregunta irrelevante: interrogatorio sin estar acorde a la esencia del hecho que se investiga, aunque puede abarcar los accidentes del hecho.
- Pregunta reiterativa: su formulación resulta improcedente de calificar como legal, en razón de haberse dado respuesta a ella, aunque pueda proceder de legal si requiere aclaración para entender la respuesta anterior.

- Pregunta repetitiva: cuestionamiento improcedente de legal, por volverse a preguntar, ella da lugar a la objeción de la contraparte, para que no se conteste por el interrogado.
- Preguntas abiertas: cuestionamiento general, pero delimitado a los hechos que se investigan, que permite al interrogado responder en forma narrativa y explicativa los hechos con sus propias expresiones.
- Preguntas abiertas con final: interrogación general condicionada a una respuesta concreta limitando su extensión o narraciones excesivas.
- Pregunta acerca de lo declarado: en la práctica forense se le reconoce con el nombre de ampliación de declaración, en su procedimiento se pregunta respecto a lo declarado con la finalidad de ampliar, aclarar o corregir lo manifestado con anterioridad.
- Pregunta cerrada: cuestionamiento que limita la respuesta al interrogado a especificar de manera concreta y breve el hecho, con escasas palabras o en una frase.
- Preguntas coaccionantes. Son interrogantes inquisitivas y autoritarias que contienen intimidación o amenaza para responder con temor, éstas resultan ilegales.
- Preguntas conclusivas (legales): estos cuestionamientos pretenden que la persona conteste con el resultado que produce el hecho en el campo de asimilación, ello puede invadir la función jurisdiccional.
- Preguntas de caracterización: interrogante encaminada a que el testigo describa las cualidades y peculiaridades de las personas, lugares, objetos o el evento de acuerdo a lo narrado por haberlo percibido.
- Preguntas de legitimación: formulación de cuestionamiento que tiende a establecer en la respuesta la capacidad, instrucción, oficio, edad, labores,

etc., para determinar que tenga el criterio suficiente para percibir y entender el hecho narrado por la persona.

- Preguntas de demostración: tiende a solicitar que el interrogado realice una acción o ademán que demuestre o presente en su persona o con algún apoyo lo que está narrando para objetivarlo.
- Preguntas de transición: surge la necesidad de cuestionar a la persona respecto a su narración compleja, que especifique cuando concluye un hecho y cuando inicia otro o por ser necesario que aclare o precise algo no entendible en su declaración.
- Preguntas engañosas o capciosas: son los cuestionamientos hechos con habilidad y cautela, dirigidos a las personas con la finalidad de confundirlo o inducirlo mediante artificios a responder con imprecisión el hecho, por lo que son consideradas ilegales.
- Preguntas introductorias: interrogatorio formulado por el juzgador o las partes al testigo, con la finalidad que narre en forma voluntaria lo que percibió del hecho, en lo que versarían las preguntas directas.
- Preguntas muy cerradas: cuestionamientos que contienen los elementos de la respuesta, en la que la persona se limita a contestar con un sí o un no, siempre y cuando en su formulación no se contenga lo que se debe responder.
- Preguntas narrativas: son las que permiten al declarante describir los hechos como lo percibió y entendió, de manera que se revivirá u objetivice para ilustrar al juzgador y a las partes.
- Preguntas sugestivas: estas contienen en el cuestionamiento elementos que provocan en el ánimo de la persona otra idea o sentimiento, para que la acepte involuntariamente, lo que se le insinúa o que lo manifieste en determinado sentido, al haber influido lo que le indican, deben

considerarse como ilegales por haber trascendido en la psique del declarante.

Es de recordar, que existe un control que ejercen las partes sobre sí mismas, a efecto de que no sean desleales y se realice un desahogo correcto de los medios de prueba que no lesione jurídicamente a la contraria, a ello lo denominamos control horizontal²⁶⁷, pues son las mismas partes, con igualdad procesal, las que velan por su propia seguridad jurídica. Ese control horizontal, lo pueden realizar en la audiencia de juicio, puesto que al desahogar la testimonial, una de las partes puede formular preguntas prohibidas por la ley, a lo que la contraria debe objetarla, a efecto de que el juzgador decida, con la debida garantía de audiencia y de contradicción, si esa prueba debe ser contestada o no.

Ahora bien, el Código Nacional reglamenta las objeciones que formulen las partes de la siguiente forma.

Artículo 374. Objeciones

La objeción de preguntas deberá realizarse antes de que el testigo emita respuesta. El Juez analizará la pregunta y su objeción y en caso de considerar obvia la procedencia de la pregunta resolverá de plano. Contra esta determinación no se admite recurso alguno.

En cuanto a su eficacia, es decir, a la certeza que se produce por el dicho del testigo en la mente del juzgador como forma de demostración, dependerá del caso concreto, por lo que el juzgador debe poner atención no sólo a lo expresado verbalmente, sino, a las circunstancias propias del testimonio así como la forma en la que se manifestó, por lo que el juzgador necesita también conocer de algunos elementos de psicología conductual que le permitan valorar el grado de verdad de cada testigo, por lo que:

²⁶⁷ A diferencia del vertical que es el que realiza la autoridad para evitar que se violente la ley.

Para valorar el testimonio, el juzgador deberá considerar los principios técnico-científicos con relación a la percepción, la apercepción y la memoria, también lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado mental de sanidad de los sentidos por los que se percibió el hecho, las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la percepción, el proceso de recordar lo pasado al haberlo retenido en el cerebro, el comportamiento corporal y las micromanifestaciones del testigo al declarar, durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de emitir sus respuestas y su instrucción²⁶⁸.

El juzgador no debe utilizar solamente el testimonio de testigos para condenar, puesto que el ser humano es un ente subjetivo, y cada persona observa de modo distinto la misma circunstancia o hecho, por ello, no debe utilizarse el sistema antiguo de que el dicho de los testigos resultaba invencible, puesto que deben existir varios testimonios similares hacia un mismo sentido de lo narrado, con las variaciones naturales, pero que identifiquen plenamente la conducta del acusado, o en su caso, de la víctima, además, los testigos deben ser fiables, es decir, no debe dársele valor a los que declaren en contra de sus enemigos, pues el odio o el amor hacen del testimonio volátil y subjetivo.

Por si fuera poco, no puede condenarse solamente con testigos, pues, pese a que sean fiables, deben existir otros medios de prueba que corroboren su dicho, así lo ha establecido el Poder Judicial Federal que determina²⁶⁹:

²⁶⁸ Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, p. 315.

²⁶⁹ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Décima Época, ius 2009953, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación , Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III, Tesis: II.2o.P. J/2 (10a.), p. 1876

PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. SU APRECIACIÓN.

Tratándose de la valoración de la prueba testimonial en materia penal, el juzgador debe atender a dos aspectos: 1). La forma (que capta también lo relativo a la legalidad de la incorporación y desahogo de la prueba en el proceso) y, 2). El contenido del testimonio. Así, para efectos de la valoración, además de seguir las reglas establecidas en el ordenamiento adjetivo respectivo, es imprescindible apreciar el contenido propiamente dicho de la declaración vertida por el testigo, lo que implica que al momento de decidir sobre el mérito convictivo que merece un ateste, el Juez, en uso de su arbitrio judicial, podrá conceder o negar valor a la prueba, teniendo en cuenta tanto los elementos de justificación, concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, como todas las demás circunstancias, objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio, conduzcan a determinar la mendacidad o veracidad del testigo. Lo anterior implica la necesidad de la autoridad para indagar nuevos elementos probatorios con el fin de relacionarlos con lo manifestado por el declarante, a fin de dilucidar si los hechos que éste narra, se encuentran corroborados con diversos elementos de prueba que le permitan formarse la convicción respecto del acontecimiento sujeto a confirmación, o bien, para decidir si uno o varios de los hechos precisados por el testigo, no están robustecidos con alguna otra probanza.

Por lo que estamos en posibilidad de concluir, que pese a su eficacia, no es un medio suficiente de demostración cuando se encuentra aislado, sino que deben existir otros medios de prueba que lo corroboren en el mismo sentido, a efecto de obtener certeza, ahora por lo que señalamos que no se puede condenar con el dicho de muchos testigos, aunque sean fiables, puesto que deben existir otros medios, como tal vez, documentales, fotografías, peritajes, que no sean contradictorios unos con otros a fin de obtener certeza en la decisión.

3.2 El Medio de prueba pericial.

Este es el medio probatorio que corona la evolución científica y tecnológica de la civilización occidental, pues es el que transfiere el conocimiento de las ciencias “duras” (biológicas, de la salud, matemáticas, físicas, ingenierías, etc.) a la mente del juzgador y de las partes para que estén en posibilidad de conocer y lograr la certeza a través de los avances culturales contemporáneos.

El avance científico ha causado algunas veces confusión en el campo jurídico, por lo que la inclusión de un medio de prueba que permite conocer dichos avances, ha resultado por demás novedosa, y, por si fuera poco, ha costado un poco de trabajo asimilarla; en ese orden de ideas, durante el siglo XIX se entendía la naturaleza de la pericial como si se tratara de una especie concreta de la testimonial, y hasta parece que en la actualidad continúan muy ligadas en cuanto al desahogo de ambos medios, así se nos ha referido que:

[...] como los testigos deben siempre allegar la causa de su conocimiento, por lo mismo cuando se trata de probar hechos cuyo recto conocimiento, por lo mismo cuando se trata de probar hechos cuyo recto conocimiento depende de la pericia en alguna ciencia o arte, los testigos no deben ser llamados indistintamente, sino que conviene que se utilicen sólo aquellos que son plenamente versados en la ciencia o arte de que se trata. Tales testigos se llaman peritos [...] ²⁷⁰

En tanto, que no podemos dejar de advertir, que la opinión de los peritos será más fuerte mientras más sólidos sean los fundamentos de la ciencia de que se trate y sirvan para descubrir los hechos fácticos que se intentan conocer ²⁷¹.

La distinción entre el medio pericial y la testimonial se observa porque “[...] el perito nunca concurre con los datos a los que se refiere su dictamen, en tanto que

²⁷⁰ Carmignani, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Colombia, Temis, 2ª ed., 1973, p. 220.

²⁷¹ Cfr. *Idem*.

el testigo siempre concurre con los datos a que se refiere su testimonio; y segundo, el perito siempre aprecia los datos, el testigo jamás los aprecia, únicamente los relata”²⁷².

Entendida la naturaleza diversa entre la testimonial y la pericial, es necesario esclarecer algunas definiciones²⁷³ que ayudarán a comprender sus alcances, siendo ellas:

- Perito. Proviene del latín *peritus*, que significa sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte. En otro sentido decimos que es el que poseyendo especiales conocimientos, informa bajo determinados requisitos al juzgador sobre puntos litigiosos relacionados con su especial saber y experiencia.
- Pericia. Deriva del latín *peritia*, que significa sabiduría, práctica, habilidad en algún arte o ciencia.
- Pericial. Palabra proveniente de pericia, lo perteneciente o relativo al perito, o sea el juicio pericial.
- Peritaje. De peritación: trabajo o estudio que hace un perito.
- Informe. Proviene de informar, decidir por un cuerpo consultivo especializado o por una persona perita en alguna rama del saber.

Si bien esas definiciones nos resultas fundamentales, es necesario dejar con claridad qué es y cómo funciona el medio de prueba pericial, a lo que concordamos con Silva²⁷⁴ en el sentido que es un dictamen de expertos el cual

²⁷² Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, México, Porrúa, 20^a ed., 1991, p. 241.

²⁷³ Polanco Braga, Elías, *La Prueba Pericial en el Procedimiento Penal*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM, enero- junio de 2009, Volumen 5, número 8, p. 130.

²⁷⁴ *Cfr., Op. cit.*, p. 615.

informa por vía escrita y oral sobre una rama concreta del saber aplicada a determinar una cuestión concreta de manera metodológica. De ello podemos observar que en el caso de la testimonial, los testigos no son expertos en nada concreto, de hecho, son testigos por cuestiones meramente circunstanciales, ellos simplemente declararán lo que pudieron percibir por vía de sus sentidos; mientras que el perito, no le constan los hechos, pero, debe esclarecer un problema determinado utilizando su conocimiento científico, por ello, de los estudios y experimentos realizados, obtendrán ciertos datos que interpretarán, y de esa interpretación expondrán sus conclusiones. Ahí se encuentra la diferencia entre el testimonio y la pericial, por virtud de que el perito interpreta datos y resuelve una problemática.

Dicha problemática no parece del todo resuelta cuando estudiamos nuestro procedimiento penal nacional, pues sugiere una relación muy estrecha entre pericial y testimonial, para esclarecerlo, citaremos el segundo párrafo del artículo 369 de la ley procesal nacional:

No se exigirán estos requisitos para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar sobre ellos utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio.

Los requisitos de que habla ese párrafo se refieren a poseer título profesional, experiencia, o los que se requieren para rendir un peritaje, pero consideramos que en caso de que alguien observe determinado hecho, y coincidentemente sea perito en esa materia, por ejemplo, un incendio que es observado por un perito de fuegos. Su carácter será de testigo, no de perito, puesto que, aunque tenga conocimientos específicos, el conocer el hecho al momento mismo en que se produjo lo convierte en testigo, ahora bien, su testimonio no puede tener el mismo valor que el de un dictamen pericial, porque al efecto, no ha realizado estudios metodológicos concretos sobre la evidencia, además de que, pese a su experticia, tendría una preconcepción de los resultados.

La necesidad de la interpretación de datos, y como presupuesto, el producirlos por medio de un análisis implica la existencia de un elemento subjetivo, dicho elemento consiste en una calidad específica de quien practica el peritaje, ello es, que el perito sea un científico, técnico o artista con el conocimiento suficiente y apropiado para desarrollar su dictamen en una materia concreta. Asimismo, el elemento subjetivo depende de lo que llamamos elemento material, éste es específicamente el tipo de problemática concreta a resolver; de esa unión entre elementos subjetivo y material, surge la idoneidad, que es la relación armónica entre elementos. Es decir, si tenemos la problemática de resolver sobre si Juan firmó un cheque sin fondos, a lo que establecemos que el problema es determinar si la firma del cheque es de Juan o no lo es, por ello, requerimos de un elemento subjetivo especial, pues atendiendo al problema, lo idóneo es llamar a un perito en grafoscopia a que realice un estudio grafoscopio de los rasgos de la firma.

El elemento material es precisamente el problema, descubrir si la firma es de Juan o no, por ello, debe existir idoneidad entre el elemento material y el subjetivo, puesto que, si llamáramos a un perito en caligrafía, solamente estaría calificado para determinar el tipo de letra, fuente y tamaño, pero no su origen.

La necesidad de la pericial, se encuentra plenamente establecida en el artículo 368 del Código Adjetivo Penal, que establece que al requerirse conocimientos específicos de ciencia, arte o técnica específica, se deberán ofrecer dictámenes periciales, así establece que “Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.” A lo que comentamos que la palabra podrá debemos entenderla como deberá, pues las partes tienen el interés de acreditar sus posturas, y en caso de requerir la opinión pericial, deberán ofrecer dicho medio.

Por cuanto hace al elemento subjetivo, éste debe acreditar poseer los conocimientos necesarios para poder desarrollar sus estudios y dictámenes, lo cual se tendrá por hecho cuando cuente con título profesional o diploma suficiente que constate tal situación, ello es exigible cuando el Estado exija título profesional

para desarrollar una actividad procesional, por ejemplo, las ingenierías. Sin embargo, cuando la actividad no requiera tal requisito, puede designarse como perito a cualquier persona que cuente con experiencia suficiente, y en su caso, pertenezca a un gremio, por ejemplo, un cerrajero. Así el Código Nacional en el numeral 369 señala:

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia.

De lo apuntado, podemos establecer una clasificación²⁷⁵ sobre los tipos de peritos, la cual se comenta y amplía:

- a) Peritos de parte o peritos oficiales, podemos comentar algunas circunstancias, primero, el espíritu del sistema mixto-acusatorio nacional es el de dar eficacia al impulso procesal de partes, por lo que en apariencia, sólo pueden existir los peritos de parte, pues sólo pueden ser ofrecidos por el Ministerio Público, la víctima u ofendido, la defensa y el acusado; pero, en la realidad, la mayoría de los dictámenes periciales son practicados de por peritos pertenecientes al cuerpo de peritos de la fiscalía general de que se trate, ello los hace de cierta manera, como peritos oficiales, puesto que en los sistemas “acusatorios modernos” el cuerpo de peritos es independiente al de la actividad ministerial para asegurar su imparcialidad²⁷⁶.

²⁷⁵ Cfr., Silva, *op. cit.*, p. 617.

²⁷⁶ Cfr. Romero Guerra, Ana Pamela, *La Prueba Pericial en el Sistema Acusatorio*, Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, número 6, noviembre-diciembre 2008, p. 199.

Aunque no desestimamos la posibilidad que tiene el acusado de ofrecer su propio medio de pericia, puesto que, el Código de estudio nos establece:

Artículo 340. Actuación del imputado en la fase escrita de la etapa intermedia

Dentro de los diez días siguientes a la notificación de la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, el acusado o su Defensor, mediante escrito dirigido al Ministerio Público, o bien en audiencia intermedia:

[...]

Deberá descubrir los medios de prueba que pretenda desahogar en juicio para tal efecto, a partir de este momento y hasta en un plazo máximo de diez días deberá entregar física y materialmente a las demás partes dichos medios de prueba, con salvedad del informe pericial el cual deberá ser entregado a más tardar el día de la celebración de la audiencia intermedia, sin perjuicio de que se anuncie en este momento.

[...].

Además, hacemos la observación, de que en nuestra legislación penal actual, desaparece la figura del perito tercero en discordia, por virtud de que el juzgador está en aptitud de considerar qué perito cumplió mejor con su encargo y quien le ha causado convicción, por lo que en caso de estar ante dictámenes periciales contradictorios, el juzgador valorara cuál es el idóneo; aunque consideramos, que en caso de que ambas periciales en contradicción sean de la misma calidad, por seguridad jurídica, el juzgador deberá valorar como cierta la rendida por la defensa.

- b) Titulares o prácticos, esta distinción obedece a la necesidad que tenga el perito de ejercer su profesión teniendo título profesional, así el artículo

primero de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal establece:

Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables.

Por su parte el artículo 10 del Acuerdo Numero 279 Por El Que Se Establecen Los Tramites Y Procedimientos Relacionados Con El Reconocimiento De Validez Oficial De Estudios Del Tipo Superior, expedido por la Secretaría de Educación Pública, establece de manera ilustrativa las profesiones que requieren título profesional, siendo ellas:

CLASIFICACION DE PROGRAMAS			
Prácticos	Prácticos individualizados	Científico Prácticos	Científico Básicos
<ul style="list-style-type: none"> • Enfermería y obstetricia • Administración • Archivonomía y biblioteconomía • Arquitectura • Medios de comunicación e información • Trabajo social • Comercio internacional • Contaduría • Derecho y ciencias jurídicas • Finanzas y banca • Ingenierías industriales • Ingenierías textiles • Odontología • Optometría • Relacionados con el diseño 	<ul style="list-style-type: none"> • Administración pública • Licenciaturas en artes • Licenciaturas en artes visuales • Relacionados con las letras • Relacionados con la música • Básicos relacionados con la computación y los sistemas 	<ul style="list-style-type: none"> • Relacionados con las ciencias agropecuarias • Relacionados con las ciencias forestales • Relacionados con la horticultura • Ingeniería agroindustrial • Química agropecuaria • Relacionados con la veterinaria y zootecnia • Medicina • Nutrición • Química • Ciencias y técnicas del mar • Ecología • Actuaría • Sociología y ciencias políticas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ciencias biomédicas • Biología • Bioquímica • Física • Matemáticas • Relacionados con la antropología y arqueología • Relacionados con educación y docencia • Relacionados con la filosofía • Relacionados con la historia
		<ul style="list-style-type: none"> • Relacionados con la economía • Geografía • Relacionados con la psicología 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Ingenierías en biotecnología • Ingenierías en ciencias de la tierra • Ingeniería ambiental 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Ingeniería bioquímica • Ingeniería civil • Ingenierías eléctricas y electrónicas • Ingenierías en control, instrumentación y procesos 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Ingeniería en telecomunicaciones • Ingeniería en telemática • Ingenierías extractivas y metalúrgicas • Ingenierías químicas 	

Por lo que, aquellos que no participen de alguna de la ciencia o arte citado, serán considerados prácticos.

- c) Científicos y no científicos, si bien es cierto que, en el caso del arte de la pintura no pueden tomarse los principios científicos en la creación de una obra, si debemos utilizar metodología científica a efecto de señalar la autoría de la obra, las técnicas y materiales utilizados, por lo que, a nuestro parecer, carece de sentido el que exista la distinción con peritos no científicos, puesto que todos, al estudiar y experimentar sobre un caso concreto, requieren metodología científica.

d) Peritos Colegiados o no colegiados, ello se distingue en tanto si realizan su peritación de forma individual o colegiada, lo más común es que actúen en sus investigaciones de manera individual, aunque, se ha dado casos, como en el de Ayotzinapa, que para investigar la desaparición de los 43 estudiantes, se ha dado intervención colegiada al Equipo Argentino de Antropología Forense y al Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, por lo que sus dictámenes, aunque deben ser elaborados y suscritos por los peritos de la materia, se entiende que son rendidos colegiadamente.

Por cuanto hace a su desahogo, podemos definir que se produce con las reglas y términos que establece el medio de prueba testimonial, puesto que el perito expondrá el objeto de estudio, sus métodos así como los resultados y la interpretación de ellos obteniendo sus conclusiones, si bien lo rendirá en un dictamen, lo que tendrá valor de material de prueba es la exposición oral de su trabajo, además, de lo que sea cuestionado y contestado en el interrogatorio que le formulan las partes; así el precepto 371, último párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales señala su desahogo:

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones, o de otros documentos que las contengan, y sólo deberá referirse a ésta y a las preguntas realizadas por las partes.

Mientras que, el artículo 372 nos señala la posibilidad de interrogar al perito:

Los testigos, peritos o el acusado responderán directamente a las preguntas que les formulen el Ministerio Público, el Defensor o el Asesor jurídico de la víctima, en su caso. El Órgano jurisdiccional deberá abstenerse de interrumpir dicho interrogatorio salvo que medie objeción fundada de parte, o bien, resulte necesario para mantener el orden y decoro necesarios para la debida diligenciación de la audiencia. Sin perjuicio de lo anterior, el Órgano

Jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga, en los términos previstos en este Código.

La última hipótesis del artículo inmediatamente citado, presenta variados problemas, pues, en los procesos netamente mixtos que se celebraban en materia penal antes de la reforma de 2008, el juzgador tenía la facultad de ordenar nuevas diligencias para “mejor proveer”, así el artículo 314 del extinto Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establecía en su cuarto párrafo:

Cuando el Juez o Tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que notificará personalmente a las partes. Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos en este artículo, el Tribunal, de oficio, y previa la certificación que haga el secretario, dictará auto en que se determinen los cómputos de dichos plazos.

Lo que otorgaba al juzgador amplias facultades probatorias, pues podía señalar cualquier medio de prueba que creyera necesario para conocer la verdad del hecho, lo que creaba un desequilibrio procesal entre las partes, por ello, se estableció por los tribunales federales que el juzgador sólo podía hacer uso de esa facultad cuando fuera necesario ampliar únicamente los medios de prueba ya ofrecidos y desahogados por las partes. Esta situación rara, muy rara vez llegó a aplicarse, y cuando lo hizo, se creaba situaciones que vulneraban la igualdad entre partes.

Al parecer ello ya fue superado, sin embargo, en el Código Nacional de Procedimientos Penales aún queda la facultad otorgada al juzgador de realizar preguntas al perito o testigo, siempre y cuando, sea para aclarar lo que ya se ha manifestado, lo anterior se considera acertado, por virtud de que la actividad probatoria recae sobre las partes, reservando al juzgador únicamente la actividad

de valoración, y para dicha actividad, se requiere que el juzgador entienda cabalmente lo que el perito expuso, así que en el caso de que se usarán tecnicismos propios de la ciencia o arte que el juzgador no entienda, él puede preguntar al perito su significado o que se le expliquen sus implicaciones.

En cuanto a la valoración, surgen opiniones diversas, sin embargo, atendemos a que el juzgador tiene absoluta libertad de valoración, siempre y cuando funde y motive la causa de su convicción, aunque, desde nuestro particular punto de vista, las ciencias físico-químicas, biológicas y de la salud, las formales, las ingenierías, etc., deben ser consideradas como verdad jurídica, porque participan de la exactitud de la dureza de sus métodos, por lo que sus resultados resultan altamente confiables, o cuando menos, muy probables, por lo que, en caso de existir una contradicción entre lo dicho por un perito en relación con lo narrado por un testigo, debería ser valorado con mayor nivel lo aportado por el perito, o en el caso de duda, favorecer lo establecido por la defensa en aras del escepticismo a la acusación originado por la presunción de inocencia.

En un sentido similar concluye Silva, que afirma que “Resulta ilógico e incongruente afirmar que mientras el dictamen es sólo una opinión, la declaración del imputado (cuando confiesa) es una verificación”²⁷⁷; a lo que aclaramos, que ello sólo es aplicable en los sistemas mixtos-inquisitivos, puesto que existe el aforismo de “a confesión de parte, relevo de pruebas”, pero, por virtud de que la libertad es el bien jurídico, junto a la vida, de mayor valor que puede tener un ser humano, y precisamente, el derecho procesal penal puede imponer una restricción, es necesario que aún la confesión del acusado se sustente en medios probatorios suficientes que la hagan creíble.

El problema no es por sí el dictamen pericial, sino, el perito en concreto que lo realiza, por ello se nos ilustra con que:

El estado actual del valor del dictamen pericial revela que tales dictámenes son vistos en ocasiones con menor calidad que el propio testimonio. El

²⁷⁷ *Op. cit.*, p. 624.

descrédito, hay que entenderlo, no está en la pericial misma, ni en los mecanismos que el perito emplea para llegar a la conclusión, que en el fondo debe estar precedida por científicidad. El descrédito está en los peritos y en su falta de honorabilidad²⁷⁸.

El juzgador deberá realizar toda una valoración sobre la personalidad del perito a efecto de determinar si existió alguna causa que lo haya influido en cuanto a su parcialidad²⁷⁹. Ante esa posible situación, o incluso, el error que es propio a todo ser humano, consideramos que en caso de contradicción entre lo asentado por los peritos de la defensa y de la fiscalía, el juzgador si no puede esclarecer cuál es el que ha obrado con mayor rigor científico o ético, deberá inclinarse por la expuesto por la defensa. Por otra parte, si existe algún vicio de idoneidad entre el elemento objetivo y subjetivo del medio pericial, dicha probanza carecerá de cualquier valor de prueba.

Existirán vicios de idoneidad que eliminarán el valor probatorio de la pericial cuando:

a) Se vicie el elemento objetivo:

- El objeto de la pericial está violado.
- Se ha roto algún eslabón de la cadena de custodia.
- No se ha realizado correctamente la cadena de custodia.
- El objeto ha sufrido alteraciones.
- El objeto fue consumido en un solo experimento pericial sin la concurrencia del perito de la contraria.
- La metodología empleada fue incorrecta.
- Los procedimientos no se aplicaron de forma adecuada.

²⁷⁸ *Idem.*

²⁷⁹ *Cfr., Colín, op. cit., p. 379.*

b) Se vice el elemento subjetivo:

- El perito carece de conocimientos suficientes.
- Se ofrece un dictamen pericial diferente a la peritación realizada.
- El perito no es imparcial.
- El perito se ha corrompido.
- El perito carece de documento idóneo que acredite su conocimiento.
- El perito emite conclusiones subjetivas.
- No hay relación entre la peritación y las conclusiones.
- Se aplica la metodología de forma incorrecta.
- No hay control preciso de muestras y/o equipamiento.
- Ausencia de la ritualidad de protestar el decir la verdad.

Por tanto, sugerimos que, de existir alguno de esos vicios, la probanza pericial, debe ser desestimada del todo.

3.3 Declaración del imputado y su ritualidad.

Estableciendo que la forma de desahogo de la declaración del acusado es solemne en el sentido de que debe cumplir con formalidades concretas y el juzgador debe asegurarse de que él conoce sus derechos constitucionales y procesales, podemos señalar que le es aplicable la doctrina del acto jurídico, siendo que éste “ES LA CONDUCTA DEL SER HUMANO EN QUE HAY UNA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD, CON LA INTENCIÓN DE PRODUCIR CONSECUENCIAS DE DERECHO, SIEMPRE Y CUANDO UNA NORMA

JURÍDICA SANCIONE ESA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, Y SANCIONE LOS EFECTOS DESEADOS POR EL AUTOR”²⁸⁰.

En efecto, la declaración del acusado es una manifestación concreta, en la que se narran y explican determinados hechos materia del proceso, “es el acto procesal por el cual manifiesta su verdad histórica respecto de los hechos propios e impropios de cómo ocurrieron”²⁸¹; por lo que observamos con claridad, que se cumple con los requisitos para hablar de que la declaración del acusado es un acto jurídico en sentido estricto²⁸², pues ella es:

- Una manifestación de la voluntad.
- Se realiza de forma unilateral por el acusado.
- La declaración es un medio de prueba lícito.
- Las consecuencias que desea el acusado pueden o no presentarse.
- Genera consecuencias de derecho

Por lo tanto, la declaración que rinda el acusado en el proceso es un acto jurídico y como tal se compone de elementos de existencia, los que son:

1. El consentimiento, puesto que la declaración que realiza el acusado al ser unilateral debe de ser espontánea y libre, no debe ser arrancado por fuerza.
2. El objeto, como tal es el reconocimiento que hace el acusado sobre determinados hechos, con independencia de que confirme o no los de la hipótesis ministerial.

²⁸⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Porrúa, 21^a ed., p. 119.

²⁸¹ Polanco, *op, cit, Diccionario*, p. 92.

²⁸² *Cfr. Gutiérrez, op. cit., p. 118.*

3. Solemnidad, ella se observa en la serie de formalidades que debe revestir la declaración, que a la vez son derechos que dan seguridad jurídica al acusado: en tanto que ellas son:
- Declarar en presencia de su defensor.
 - Ser asistido por su defensor.
 - Ser informado de sus derechos constitucionales y legales.
 - Que el juzgador se cerciore que entendió sus derechos.
 - El juzgador deberá cerciorarse que el acusado no es coaccionado a declarar.
 - El acusado tendrá libertad de movimiento.
 - El acusado no portara elementos de seguridad que lo limiten corporalmente.
 - Deberá declarar dentro de la audiencia.
 - Auxiliarse de un traductor.

Esos requisitos pueden ser obtenidos del análisis 377 del Código Procesal Nacional, pues establece:

El acusado podrá rendir su declaración en cualquier momento durante la audiencia. En tal caso, el juzgador que preside la audiencia le permitirá que lo haga libremente o conteste las preguntas de las partes. En este caso se podrán utilizar las declaraciones previas rendidas por el acusado, para apoyo de memoria, evidenciar o superar contradicciones. El Órgano jurisdiccional podrá formularle preguntas destinadas a aclarar su dicho.

El acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus manifestaciones, siempre que preserve la disciplina en la audiencia.

En la declaración del acusado se seguirán, en lo conducente, las mismas reglas para el desarrollo del interrogatorio. El imputado deberá declarar con

libertad de movimiento, sin el uso de instrumentos de seguridad, salvo cuando sea absolutamente indispensable para evitar su fuga o daños a otras personas.

Así como lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción II que impera:

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

[...]

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

[...]

En cuanto a la ausencia de los elementos de existencia de la declaración, señalamos que ella tiene el carácter de inexistente y como tal, carece de todo valor de prueba.

Establecemos que hay ausencia de consentimiento en la declaración cuando ella fue arrancada por medio de la tortura o la intimidación, por lo tanto, nos sirve el establecer el artículo tercero de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que reza:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Por lo que la tortura es infligir todo tipo sufrimiento para obtener información, que, de otro modo, no se hubiera obtenido, por ello, es que el artículo 8 de la misma ley en estudio señala que carecerá de cualquier valor de prueba la confesión o declaración obtenida por tortura. Puesto que, como tal, la declaración es inexistente. Por lo que señalamos que, en caso de presentarse esa ausencia, la diligencia no debería reponerse, pues se habría afectado tanto al declarante que sería imposible obtener la verdad de su declaración.

Por otra parte, puede estar influida, pero, por vicios del consentimiento, es decir, que se haya obtenido sobre situaciones que ofuscaran la mente del acusado, ello no trae su inexistencia, sino su nulidad, por lo que decimos que los vicios de la voluntad de declarar son:

1. El dolo. Cuando se utilizan engaños por parte de la autoridad, o de la fiscalía para obtener la información que de otro modo, el declarante, no hubiera rendido; por ejemplo, se le hace saber sus derechos al acusado, pero, se le oculta que tiene derecho a guardar silencio.
2. La mala fe. Cuando el declarante se coloca en un error pero la autoridad o la fiscalía no le orientan de forma adecuada y hacen que el error perdure, obteniendo información que en caso de no haber estado en el error no hubiera rendido; por ejemplo, en el caso de que el juzgador le haga saber sus derechos a un acusado, pero, no se cerciore de que los ha comprendido.

3. Violencia. Cuando por causas externas, amenazas, injurias, etc., el acusado es presionado a declarar.
4. Error. Consideramos que puede afectar la voluntad del declarante²⁸³, por virtud de declarar sobre hechos diversos que él piensa están relacionados con el juicio, o porque espera un resultado diverso al que se espera.

Establecemos que ante la existencia de vicios del consentimiento, la declaración debe anularse, pero, con la posibilidad de que cuando ellos hayan cesado, su declaración puede reponerse al practicar una diligencia nueva en la que se cumplan los derechos del declarante.

Ante la ausencia del objeto, que es por sí misma el contenido de la declaración, no podrá existir ella, sin embargo, no podrá entenderse que al no haber declaración se afecta el interés del acusado, pues en todo caso, le asiste la presunción de inocencia, además de que no debe ni puede ser coaccionado a rendirla.

Por lo que hace a las solemnidades, podemos decir que es el conjunto de formalismos que establece la ley procesal para la tramitación del acto, por lo que para existir la confesión, deben haberse cumplido esas formalidades, así mismo, se nos refuerza con que:

Por lo tanto, se debe dar cumplimiento puntual a estas disposiciones procesales atendiendo los requisitos que señalan, lo que nos lleva a decir que las formalidades jurídicas son los requisitos y principios formativos del procedimiento penal que se consideran necesarios, los cuales deben observar la autoridad judicial, las partes o terceros para llevar acabo sus actuaciones procesales, so pena de nulidad, [...] ²⁸⁴.

Por lo que concluimos, que para dar efecto a la admisión de la prueba de declaración del acusado, debe reunir tres elementos que aseguran su existencia, la declaración en sí misma, la voluntad libre del declarante de ofertarla y que se

²⁸³ Cfr. Ovalle, *op. cit.*, p. 151.

²⁸⁴ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 272.

realice con las solemnidades que establece la ley, la falta de alguno de esos requisitos trae como consecuencia su inexistencia, por tanto, su total falta de valor probatorio, mientras que si existe algún vicio de esos elementos, dará como resultado la nulidad de la declaración, a diferencia de que ésta podrá ser repuesta, pudiendo ser valorada por el juzgador cuando se encuentre libre de todo vicio.

3.4 Medio de prueba documental.

Es muy común asociar invariablemente la palabra documento con un trozo de papel, principalmente con una hoja blanca con algo escrito sobre ella, sin embargo, eso es sólo una de las formas que puede presentar el documento. Puesto que ha presentado una evolución en su significado, pues “[...]va de la concepción estructural, que consideraba que documento era únicamente lo escrito, a la concepción funcional, la cual estima como documento todo aquello que tenga como función representar una idea o un hecho [...]”²⁸⁵.

Por lo que nosotros extraemos que documento es, cualquier cosa material que sirva para acreditar algo, sin importar su naturaleza, aunque, sea señalado que forzosamente debe ser un objeto mueble²⁸⁶, nosotros consideramos que lo son también los inmuebles. Parece apoyar nuestro criterio lo propuesto por Colín, que refiere:

Comúnmente el documento es un objeto para hacer constar o formalizar por medio de la escritura lo que se desea. Adviértase que los derechos o cualquier otra manifestación, son independientes del documento: éste sólo es un instrumento idóneo para patentizarlos, en razón de necesidades o exigencias de la vida en sociedad. Por eso funcionan como un medio de prueba, independientemente de la cuestión penal, y su funcionamiento no fue ideado para el servicio de esta disciplina, más bien para llenar una función específicamente determinada.

²⁸⁵ Ovalle, *op. cit.*, p. 154.

²⁸⁶ *Cfr. Idem.*

En el procedimiento penal, documento es todo objeto o instrumento en donde consta o se expresa de manera escrita, representativa o reproductiva, la voluntad de una o más personas, relatos, ideas, sentimientos, cuestiones plásticas, hechos, o cualquier otro aspecto cuya naturaleza sea factible de manifestarse en las formas señaladas²⁸⁷.

Surge la controversia en cuanto a la ontología de sí el documento es un medio de prueba por sí mismo, o sólo un soporte material que hace constar una idea que hace prueba al momento de extraerse, incluso, se le puede considerar no como medio de prueba sino como “instrumento de prueba”²⁸⁸; a lo que consideramos que tal sentido es un absurdo, porque precisamente el medio de prueba es un instrumento, un mecanismo, una vía, por lo que resulta tautológico el señalar al documento como el instrumento de prueba que requiere un medio de prueba.

En cuanto a si se trata de un medio de prueba en sí mismo, consideramos que sí lo es, esto porque de adoptar el criterio de que sólo es el soporte material que hace constar determinado hecho, consideraríamos que los medios como la testimonial o la declaración no son medios de prueba, sino, instrumentos, porque lo que causa convicción es la idea, el concepto encerrado en la mente de los declarantes. Por virtud de su reducción al absurdo, es inoperante hablar de instrumento del medio de prueba, pero, queremos creer que la controversia nace de la confusión de lo que se entiende como órgano de prueba, un elemento que constituye al medio de prueba.

Por lo que hace a sus efectos, necesitamos apuntar los siguientes²⁸⁹:

- a) Son un medio para la comprobación de la conducta o hecho; por ende, para poder establecer la tipicidad o su aspecto negativo.

²⁸⁷ Colín, *op. cit.*, p. 409.

²⁸⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 411

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 12.

- b) Son elementos para la integración del tipo; por ejemplo: tratándose de delito de bigamia, las actas del registro civil demostrarán que un sujeto casado contrajo un nuevo matrimonio.
- c) Son un medio para la realización de una conducta o hecho, por ejemplo: la expedición de un cheque que, aparentemente, reúne los requisitos legales, pero que no podrá hacerse efectivo por carecer el librador de cuenta bancaria o de fondos para su cobro.
- d) Son el objeto sobre el cual recae la conducta o hecho, por ejemplo: la falsificación de una firma o la alteración del documento en algunos aspectos.
- e) Son un presupuesto para la realización total de un delito; por ejemplo: la violación de correspondencia, el robo de documento, etc.
- f) Son presupuestos básicos que, en correlación con otros elementos y actos procedimentales, proporcionan una base para la suspensión del procedimiento civil.
- g) Son un medio para demostrar la culpabilidad.
- h) Son objeto de prueba; por ejemplo: cuando se niega o se pone en duda la autenticidad de un documento público o cuando se tacha de falso un documento privado, casos en que será necesario el cotejo o la peritación.

Por lo tanto, la utilización de cualquier documento corresponderá con el caso concreto que se pretende estudiar, y en todo caso, las partes deberán acreditarle al juzgador la relación del documento con los hechos materia del proceso.

En cuanto a clasificación, tradicionalmente se han agrupado en los públicos y los privados, pero, consideramos que dicha clasificación carece de sentido en el procedimiento penal nacional, porque su utilidad era que la identificación del documento como público obligaba al juzgador a darle un valor total de convicción, mientras que a los privados, mientras no fueren reconocidos, se les consideraba

“simples indicios”; formula que aseguraba que el juzgador ni siquiera los considerara.

Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, se ha adoptado el sistema de valoración libre de la prueba, o de sana crítica, debido a que dependiendo de las circunstancias especiales del caso, el juzgador queda en total libertad de asignarles el valor de prueba que él considere; abandonándose con ello el antiguo sistema mixto de valoración de prueba, que aún opera sólo en materia civil, mercantil, etc.

La duda, con respecto al documento, no es en cuanto al hecho o información que pretenda acreditar, sino, en cuanto a su confección, al órgano de prueba, por lo tanto, consideramos que, si no hay elementos que señalen la falsedad o alteración de cualquier documento, este debe ser valorado como totalmente auténtico, pues lo contrario sería prejuzgar sobre su realidad, ser un sospechoso de que todo lo que no sea documento público, es falso.

Por cuanto hace a las copias fotostáticas, consideramos que por sí misma son “datos de prueba”, puesto que necesitan su perfeccionamiento, el que consiste en su compulsión con el original, no podemos negarle absolutamente el valor probatorio, pero consideramos que en todo caso, sólo puede tener valor si se compulsión, en cuyo caso, lo que se ofrece no es la copia fotostática en sí misma, sino, el documento original. Aunque, si recordamos que el acusado cuenta con la presunción de inocencia, el Ministerio Público debe de oficio el señalar la falsedad de los mismos, porque de lo contrario, por las leve que sea, se apuntala la inocencia del acusado, al tener el Ministerio Público la carga de la prueba sobre la culpabilidad y no el acusado.

En cuanto a los documentos surgidos del avance de la ciencia, ellos los consideramos híbridos, puesto que su naturaleza es la de una documental, pero en caso de que sean meramente electrónicos, por ejemplo, correos electrónicos, mensajería instantánea, los mensajes no existen por sí mismos en un ordenador o en un dispositivo móvil, sino en el internet, por lo que se para ofrecerlos se

requiere su ofrecimiento como impresión, videograbación, etc., pero, consideramos que para su perfeccionamiento, se requiere de la inspección judicial, a efecto de que penetre en esa base de datos y perciba por sí mismo la información que contiene, a lo que abonamos, que es casi imposible manipular, alterar o crear falsamente información en tales registros electrónicos sin que resulte evidente, por lo que el juzgador debe asignarles un amplio grado de certeza.

Podemos reforzar lo descrito con el siguiente criterio²⁹⁰:

FACTURA ELECTRÓNICA COMERCIAL OBTENIDA VÍA INTERNET. SALVO PRUEBA EN CONTRARIO, TIENE VALOR PROBATORIO PARA DEMOSTRAR LA PROPIEDAD DE UN VEHÍCULO A FAVOR DE LA PERSONA QUE EN ELLA SE INDICA, AUNQUE SEA EXHIBIDA EN COPIA SIMPLE.

Dicho documento fiscal digital que se extrae de Internet, produce los mismos efectos que los documentos tradicionales impresos y tiene similar valor probatorio, pues contiene información y escritura generada, enviada, recibida o archivada a través de esos medios o de cualquier otra tecnología, acorde con el artículo 17-D del Código Fiscal de la Federación. Lo anterior, por contener, entre otros datos: clave del Registro Federal de Contribuyentes, tanto de quien la expide, como de la persona a favor de la que se consigna, número de folio fiscal y digital del Servicio de Administración Tributaria, así como la descripción y clase del bien que ampara, cumpliendo así con los requisitos que prevé el numeral 17-E del citado código. Aunado a que, conforme a la regulación

²⁹⁰ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO, Décima Época, Registro: 2008130, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Administrativa, Tesis: XIX.1o.2 A (10a.), p. 819.

específica prevista en el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, debe atenderse preponderantemente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si el contenido de la información relativa es atribuible a las personas obligadas y si está disponible para su ulterior consulta. Por ende, la citada factura electrónica comercial es idónea para demostrar la propiedad de un vehículo a favor de la persona que en aquélla se indica, aunque sea exhibida en copia simple, pues se presume, salvo prueba en contrario, auténtica.

De la tesis señalada, encontramos algunos puntos finos, primero, que el documento “original” se encuentra en el internet, por lo tanto, se considera fiable, sin embargo, su representación impresa se le considera como fotocopia, lo que es incorrecto, puesto que la fotocopia es la obtención de una representación a través de un aparato electrónico que reproduce un original físico, mientras que una impresión, es una representación pero de un original electrónico. Ese criterio que sostenemos, es compartido en la siguiente tesis jurisdiccional²⁹¹:

TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS. NO ES DOCUMENTO PRIVADO CUYO VALOR SEA EQUIPARABLE AL DE UNA COPIA SIMPLE.

La impresión de internet de una transferencia electrónica no puede ser valorada como una copia simple de un documento privado, toda vez que no puede imputársele a persona alguna su elaboración o materialización ante la falta de firma autógrafa para efectos de su reconocimiento, sino que en términos de los artículos 1237, 1238, 1242 y 1245 del Código de Comercio, así como del diverso 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al de Comercio, goza de la naturaleza de descubrimiento

²⁹¹ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Décima Época, Registro 2009165 , Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito , Tipo de Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil , Tesis: I.3o.C.220 C (10a.), p. 2400.

de la ciencia, por lo que queda al prudente arbitrio del juzgador la valoración de la información recabada de medios electrónicos. Así, en aras de crear seguridad jurídica en los usuarios de los servicios electrónicos, el legislador estableció reglas específicas para la valoración de la documental electrónica, de tal suerte que no puede valorarse como si se tratara de una copia simple de documentos privados, sino que queda a la prudencia del juzgador, en la inteligencia de que debe atenderse preponderantemente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada la información contenida en los medios electrónicos, como son el código de captura, la cadena de caracteres generada con motivo de la transacción electrónica, sello digital o cualquiera que permita autenticar el contenido de ese documento digital y no elementos ajenos a la naturaleza de los documentos electrónicos; si el documento no fue objetado de falsedad por la parte actora y la objeción fue en cuanto a su alcance y valor probatorio, sin que se argumentara que dicho pago correspondiera a bienes, servicios o cualquier otra diversa; mientras que si existió el reconocimiento tácito de la existencia de dicho pago, contará con pleno valor probatorio.

Como especie de la prueba documental, es necesario referirnos a la prueba material, cuya naturaleza es la de un documento, pero que el legislador a nombró individualmente, así, los artículos 380 y 381, contienen el criterio asentado, al señalar:

Artículo 380. Concepto de documento

Se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho. Quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. El Órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente.

Artículo 381. Reproducción en medios tecnológicos

En caso de que los datos de prueba o la prueba se encuentren contenidos en medios digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y el Órgano jurisdiccional no cuente con los medios necesarios para su reproducción, la parte que los ofrezca los deberá proporcionar o facilitar. Cuando la parte oferente, previo apercibimiento no provea del medio idóneo para su reproducción, no se podrá llevar a cabo el desahogo de la misma.

Concluimos, que documento es cualquier objeto material, resultado de la ciencia o electrónico que puede ser utilizado para acreditar la verdad sobre un hecho, a lo que su valoración dependerá sobre si es impugnado y desacreditado dentro del proceso, por lo que siendo impugnado, pero no desacreditado, consideramos que el juzgador deberá asignarle el valor que le corresponda según lo señalado por la oferente.

3.5 Otros medios de prueba.

Cualquier otro medio de prueba, que pueda considerarse, debe de ser admisible, en tanto no se violen derechos y deberes legales y constitucionales, por lo que existe absoluta libertad probatoria para que las partes utilicen los instrumentos que correspondan, esto es, la prueba lógica.

El cuestionamiento sobre la prueba lógica ya se ha tratado, pues se ha establecido que cualquier objeto o circunstancia que lógicamente pueda ser medio de prueba, lo será, puesto que no existe prohibición de incluir las que sea "atípicas".

Esa facultad la encontramos en el Código Nacional que señala en el ordinal 388 que "Además de las previstas en este Código, podrán utilizarse otras pruebas cuando no se afecten los derechos fundamentales."

Con base en lo anterior, podemos sugerir la existencia de algunos medios de prueba, que, al parecer están abolidos, pero, que consideramos, pueden ser ofrecidos y deben ser admitidos, en su caso, para su desahogo en el proceso penal.

- Careo, es “[...] la diligencia que se practica en una causa penal, con el fin de tratar de averiguar la verdad, consistente en las alegaciones que manifiestan dos personas entre sí (testigos, procesado y víctima), por existir contradicción en sus declaraciones [...]”²⁹².

Antes de la Reforma Constitucional de Junio de 2008, se señalaba que debía existir un careo constitucional entre la víctima u ofendido y el imputado, a efecto de que el juzgador pudiera valorar la forma de su desarrollo y descubrir quién mentía, sin embargo, ello desapareció con la reforma en cita, pero, es de señalar, que desapareció sólo su mención en la Constitución y en el código procedimental, convirtiéndose en atípica, por lo que consideramos que aún puede y debería ser ofrecida a efecto de que se aclaren contradicciones entre los dichos de los intervinientes procesales. Es una herramienta lícita que tiene gran importancia, puesto que ahora que el juez de conocimiento cumple su deber de inmediación, y ante la oralidad de las audiencias, es el escenario ideal para que pueda celebrarse.

En un criterio similar se han pronunciado en algunas materias en cuyo caso, el careo no se encuentra en la ley procesal respectiva, así tenemos que:

El careo ofrecido como prueba, es un medio convictivo que puede ser practicado en el juicio laboral, si se toma en cuenta que no es contrario a la moral y al derecho como lo exige el artículo 776 de la ley de la materia, [...] ello en procura de una adecuada impartición de justicia, precisamente por no ser contrario a la moral y al derecho, dada su finalidad que no es otra que dilucidar las discrepancias que existen en lo declarado por las partes contendientes entre sí o con los

²⁹² Polanco, *op. cit.*, *Diccionario*, pp. 56-57.

testigos o entre estos mismos, pero ello se llevará a cabo bien sea una vez que se desahogue alguna confesional o testimonial, [...] ²⁹³.

- Inspección Judicial, ese medio de prueba, se encuentra insinuado en el artículo siguiente del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece:

Artículo 389. Constitución del Tribunal en lugar distinto

Cuando así se hubiere solicitado por las partes para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el Tribunal de enjuiciamiento podrá constituirse en un lugar distinto a la sala de audiencias.

Lo que otorga la facultad a las partes de solicitar un que el juzgador se coloque en el lugar de los hechos para que se forme una convicción mayor en torno a los hechos. Por ello:

[...] los elementos descubiertos, recogidos y asegurados en el cateo, inspección de lugares o del cuerpo o registro de personas; documentos hallados en la diligencia de inspección o entregados por su portador o que hayan sido abandonados; las grabaciones, filmaciones, fotografías, videos, cámaras de vigilancia en lugar abierto o cerrado; el mensaje de datos, intercambio de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax, u otros similares, en el entendido que deben ser asegurados y custodiados para su conservación ²⁹⁴.

²⁹³ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, Época: Octava Época, Registro: 208245, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-2, Febrero de 1995, Materia(s): Laboral, Tesis: IV.3o.186 L, p. 253.

²⁹⁴ Polanco, *op. cit.*, *Procedimiento*, p. 540.

- La reconstrucción de hechos, consideramos que ella es una variante de la inspección, y su puesta en práctica permitiría al juzgador “experimentar” sobre la idoneidad de lo declarado por las partes y testigos, puesto que comprueba si sus respectivas hipótesis son válidas. Así se nos complementa:

La inspección puede tornarse en reconstrucción de hechos si se repite el hecho, esto es, si se objetiviza, específicamente si se escenifica en el lugar donde se suscitaron los hechos, aunque ante la imposibilidad que sea en el lugar, se puede dramatizar en la sala de audiencias, con la participación de todos los que intervinieron en el momento en que se suscitó el hecho delictuoso, tomando como guión lo asentado en los registros de la investigación. En esta representación las partes intervendrán para plantear sus respectivas interrogantes a los actores del evento, además, el juzgador podrá solicitar la aclaración o repetición de algunas escenas para mejor percepción, puesto que puede estar acompañada de errores o fallas al ser reproducida de forma objetiva con las actuaciones personales²⁹⁵.

Por lo que en caso de que una de las partes ofrezca manifestaciones que parezcan ilógicas, pueden ser objetadas y comprobadas por la contraria por vía de la reconstrucción de hechos.

La valoración de esos y otros medios de prueba sin nombre, o incluso, su ofrecimiento, dependerá del caso en particular, así como la imaginación de las partes, pues no están constreñidas a utilizar únicamente las que establezca el Código, por lo que el juzgador, estará facultado a valorarla de acuerdo al caso concreto y los resultados que arrojaron.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 585.

IV. PRINCIPIO LÓGICO DE IDENTIDAD.

4.1 Identidad entre conducta demostrada y descripción típica penal.

Este principio se refiere propiamente a la lógica que utiliza el juzgador, en el sentido de que lo demostrado por las partes se corresponde con la descripción típica del delito; podemos señalar ampliamente que “cuando en un juicio el concepto sujeto, es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero”²⁹⁶.

También se nos ha establecido que “El precepto de identidad se adopta formalmente [...] cuando se refiere a la formulación de juicios, afirma que un concepto x es igual a otro concepto y cuando y sólo cuando, todo lo que se puede atribuir al primero también es atribuible al segundo [...]”²⁹⁷. Lo que aplicado al pensamiento del juzgador, el concepto x se refiere a lo que las partes pudieron demostrar por la vía de los medios de prueba que se desahogaron, por lo que se ha formado un concepto x en la mente del juez; el juez conoce la descripción típica del delito, además, esa descripción es el concepto y, por lo tanto, para que un hecho sea considerado delito, debe encuadrar en la hipótesis delictiva contenida en la ley penal.

Ese razonamiento implica que “A fin de asegurarse de que actúa conforme a la ley, el juez, en todas las ocasiones, tiene que considerar dos puntos: uno es la cuestión de hecho; el otro es la cuestión de derecho”²⁹⁸.

Es decir, si la conducta como la percibió el juzgador en el desahogo de prueba no se corresponde con la descripción típica penal, no podremos hablar de la configuración del delito por el cual ha acusado el Ministerio Público, puesto que si pudiera ser la conducta delictiva, y a la vez atípica, el juzgador deberá señalarla como atípica, pues en tal caso, consideramos que por interés jurídico del estado,

²⁹⁶ Alatorre, *op. cit.*, p. 196.

²⁹⁷ Gortari de, *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁸ Bentham, *op. cit.*, p. 13.

al Acusado no sólo le favorece la presunción de inocencia en cuanto a valor probatorio, sino en cuanto a interpretación legal.

Además, nadie, cuando piensa que la cosa que concibe no puede ser de otra manera que como es, cree tener una simple opinión sino que todo lo contrario cree que sabe. Y sólo cuando cree que la cosa puede ser lo que es, y que además puede ser de otra manera, es cuando no hace más que tener una simple opinión. Por tanto, para lo que aparece con este carácter no cabe más que la opinión, así como es posible la ciencia para lo que es necesario²⁹⁹.

Y puesto que el juzgador, no puede fundar su resolución en una simple opinión, en caso de que decida condenar, lo demostrado por el Ministerio Público, debe ser acorde a la descripción del tipo penal.

Para hacer dicho ejercicio, el juzgador debe conocer la estructura y los elementos del delito en particular; La exageración del procedimiento analítico ha llevado no solo a desmenuzar el delito en multitud de partes, sino también a considerar cada una de estas partes como una entidad independiente con un *quid* dotado de la vida autónoma. De ese modo se contempla el delito como una suma de elementos heterogéneos y dispares.

Esa concepción, que podríamos calificar de mecánica o atomística, debe considerarse errónea, porque el delito es un todo orgánico: una especie de bloque monolítico que puede presentar sin duda aspectos diferentes pero que de ningún modo es fraccionable. La verdadera esencia y – podríamos decir también- la realidad del delito no está en los distintos componentes de él, ni tampoco en la unión de todos ellos, sino en la actualidad y la unidad intrínseca de él: solo contemplando el delito de este modo es posible comprender su verdadera significación. Que el delito constituye una unidad inescindible, está demostrado hasta la evidencia por el hecho de que sus notas esenciales están coordinadas

²⁹⁹ Aristóteles, *op. cit.*, *Segundos Analíticos*, p. 192.

entre sí de modo casi indisoluble, al punto de que ninguna de ellas se puede comprender a fondo sino es considerada en relación con las demás.

Por lo tanto, quien en el estudio analítico del delito no quiera errar el “verdadero camino”, no debe perder nunca de vista la íntima y profunda conexión que existe entre los distintos elementos que lo componen; en otras palabras, no debe olvidar jamás que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea. El análisis, por lo tanto, no debe ser fin en sí mismo, sino que debe considerarse solo como un medio para lograr mejor la investigación de esa unidad unitaria.

4.2 El delito desde una visión tripartita.

La doctrina tradicional veía en el delito solo dos elementos generales: el objeto y el subjetivo (la fuerza física y la fuerza moral, según la terminología de Carrara); hoy, en cambio, piensan muchos en Italia, que los elementos esenciales del delito son tres: el hecho, la antijuridicidad y la culpabilidad. Para este sistema que surgió en Alemania, siendo el delito un hecho humano antijurídico y culpable, el estudio del delito tiene que distribuirse en tres investigaciones distintas: una dedicada al delito como entidad de hecho; otra de la antijuridicidad, y la tercera a la culpabilidad. Entre el hecho y la culpabilidad, que en sustancia constituyen el elemento material y el elemento psicológico del delito, entra como requisito diferente y autónomo, la antijuridicidad, que consta de dos notas: una positiva y otra negativa.

Esta división tripartita, aunque constituye un notable esfuerzo en pro de la sistematización racional de los elementos del delito, no es aceptable. Su principal defecto estriba en que degrada la antijuridicidad a la condición de elemento constitutivo de delito, de requisito autónomo del hecho delictuoso, siendo así que constituye su naturaleza intrínseca, su carácter esencial.

Por otra parte, si se fija la atención en la antijuridicidad, se observará fácilmente, como por lo demás ya se ha advertido, que ella no es otra cosa que un juicio: en

particular un juicio de relación. Cuando se habla de antijuridicidad se emite un juicio acerca del hecho: se reconoce mediante una valoración, que el hecho está en oposición con un precepto del derecho. Pero si es así, resulta evidente la imposibilidad de colocar la antijuridicidad al lado del hecho del hombre y de la culpabilidad de él, ya que se trata de cosas que por su profunda heterogeneidad no son coordinables entre sí. En efecto, cuando el hecho como culpabilidad son fenómenos existentes en el mundo natural, mientras que indudablemente no lo es un juicio de relación.

La confirmación de lo exacto de este razonamiento lo tendremos si tratamos de descomponer el hecho delictuoso en sus elementos estructurales. En esa operación encontraremos un hecho humano y una aptitud psíquica del sujeto: no encontraremos, en cambio, la antijuridicidad, porque ella no es un *quid* que se distinga de los otros dos elementos y que pueda aislarse de ellos, sino resultante de los mismos.

La sistematización anteriormente citada, puede repetirse también respecto de la propugna de Battaglini, quien ha sostenido que en el derecho positivo italiano la punibilidad debe considerarse elemento constitutivo del delito, llegando de este modo a la división tripartita, hecho (típico), culpabilidad y punibilidad. Contra esta teoría está como característica general del delito como aplicabilidad de la pena, es decir, como posibilidad jurídica de imponer esa sanción. Ni en un caso ni en otro es lógicamente admisible contemplar en la punibilidad un elemento que concurra a la existencia del delito.

En la tricotomía lo antijurídico y lo culpable se esfuman para formar un concepto común³⁰⁰. Por ello, los elementos del delito según esta postura.

- A) acción, o sea, la conducta positiva o negativa, que produce algún cambio en el mundo exterior.³⁰¹

³⁰⁰ Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de derecho penal, la ley y el delito*, 3ª ed., sudamericana, Argentina, 1989, p. 208.

Algunos agregan que esa acción debe corresponder a un tipo o modelo descrito por la norma penal. Es decir, que no basta para constituir delito un hecho cualquiera, entendido en sentido físico o histórico, sino un hecho que pueda incluirse en un tipo de delito expresamente previsto en la parte especial del Código Penal. Por ejemplo, para que haya homicidio, debe satisfacerse enteramente los elementos contenidos en la descripción penal, es decir, se incluye aquí la tipicidad.

B) acción antijurídica, que considera Maggiore como la acción contraria a la norma jurídica, imperativa o prohibitiva.

C) Acción culpable, es decir, que puede imputarse a un sujeto no solo por una causa física sino también por una causa psíquica. De modo que, como lo ha señalado Castellanos “la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo. En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; tal oposición presenta dos aspectos, el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es la antijuridicidad, porque el hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad... consiste en la rebeldía anímica del sujeto.”³⁰²

La punibilidad no es tomada en cuenta como elemento del delito, en virtud de que, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales, pero, es deber recordar que el código penal señala delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la clasificación delictuosa permanece y la pena no se aplica: por ende “la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.”³⁰³

³⁰¹ Maggiore, Guiseppe, *Derecho penal*, 5ta ed., trad. José Ortega Torres, Temis, Colombia, 1971, vol. 1, p.272.

³⁰² Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 8va ed., Porrúa, México, 1974, p. 130.

³⁰³ *Ibidem*, p. 131.

Para esta teoría sin aspectos suficientes para entender el concepto de delito; les expresa su esencia y por eso son llamados partes esenciales del delito.

Todos los otros elementos que pueden adherirse al delito por costumbre o por accidente, quedan fuera de su contenido conceptual, aunque puedan recaer sobre la pena. La basta categoría de los accidentes del delito está formada por las circunstancias que modifican la gravedad del delito sin alterar su esencia.

Quedan también fuera de la noción de delito, no solo las causas personales de la exclusión de la pena, sino también los presupuestos del delito y las condiciones objetivas de punibilidad.

Zaffaroni lo ejemplifica de esta manera para determinar si existió o no delito “en primer lugar debemos preguntarnos si existió o no una conducta, porque si falta el carácter genérico del delito nos hallamos ante un supuesto de ausencia de conducta y no cabe preguntar más. Luego debemos preguntarnos por los caracteres específicos, pero también ahí debemos seguir el orden señalado, porque si concluimos que la conducta no está individualizada en un tipo penal, no tiene caso averiguar si está permitida o si es contraria al orden jurídico y menos aún si es reprochable, puesto que jamás será delito, aunque ambas respuestas sean afirmativas nos encontraremos ante un caso de falta de tipicidad.”³⁰⁴ si nos hallamos con una conducta típica, cabrá entonces que nos preguntemos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la irreprochabilidad de las conductas que no son contrarias a él. (que están justificadas).

Cuando tenemos una conducta típica y antijurídica (un injusto) se debe preguntar si esa conducta le es reprochable al autor, es decir, si es culpable. En los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito.³⁰⁵

³⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, 2ª ed., México, Cárdenas editor y distribuidor, 1988, p. 323.

³⁰⁵ *Cfr. Idem.*

Dentro de estos elementos encontramos algunos conceptos que no deben dejar de ser analizados.

En el caso de la tipicidad, encontramos a la acción, en su aspecto positivo y en su aspecto negativo conocido también como omisión (no debemos confundir con la atipicidad) que implica un abstenerse. Así como también la causalidad, que se manifiesta con la concordancia entre el obrar de la acción y el resultado típico.

Por otra parte, en todo delito se encuentra un hecho material, y más concretamente, un comportamiento exterior del hombre, puesto que el derecho es norma de acción, regla de comportamiento, destinada a regular las relaciones de la vida social. Para conseguir sus fines, el Estado prohíbe determinadas acciones y prescribe otras. Un hecho externo del hombre, por tanto, es indispensablemente siempre para que haya delito.

Pero en el delito hay siempre otro elemento de naturaleza psíquica: una actitud de la voluntad, que ha dado origen al hecho material. El derecho es un conjunto de órdenes que se dan a los hombres como seres dotados de conciencia y voluntad. La norma penal en consecuencia, no puede considerarse violada si el hecho externo no es la expresión de la voluntad del sujeto. Sin la participación de la voluntad no puede haber delito.

4.3 El delito desde una visión bipartita.

Consideramos que el razonamiento que realiza el juzgador con el principio de identidad, encuentra mejor fundamento en la dicotomía contemplada que tiene un solidísimo fundamento lógico. Como el hombre se compone de espíritu y materia, en el hecho humano, que es el delito, son claramente individualizables un elemento material o físico, y un elemento moral o psíquico. Esta distinción se presentó a la mente de los criminalistas tan pronto como se aprestaron al estudio analítico del delito, y no podía ocurrir de otro modo, pues el dualismo está en la naturaleza misma de las cosas.

Pero la visión bipartita de que se habla, además de tener una incontestable base lógica, responde, y de la mejor manera posible, a las exigencias de la ciencia del

derecho, ya que permite examinar de una manera completa y ordenada la materia que constituye el contenido del delito. En torno a los dos polos, objetivo y subjetivo, que agrupan orgánicamente todos los problemas que se plantean, cuando se quieren señalar y precisar las notas esenciales del delito. Responde también a la necesidad de la práctica del derecho, el cual se mueve constantemente sobre esa dualidad y no siente, ni ha sentido nunca, la necesidad de apartarse de ella. Así que toman en cuenta los siguientes elementos:

1) Se toma en consideración la conducta porque siempre ha de señalarse que debe ser típica, es decir, la tipicidad es una característica de la conducta, un calificativo.

2) se toma en cuenta la culpabilidad debido a que refiere el juicio de reproche que solo puede ser exigible a quien estaba en posibilidad de desplegar una conducta diversa por lo cual, esta conducta le fuera exigida, así, que para saber qué conducta le era exigible debería entender la licitud e ilicitud de sus actos y las consecuencias que podría generar, es decir, ligado al concepto de culpabilidad se halla inmerso el de punibilidad, tomando entonces que el sujeto es capaz de entender y querer su conducta se determinará si esta es dolosa o culposa.

3) No se toma en cuenta la antijuridicidad porque constituye la esencia misma del delito y queda inmersa en la tipicidad, por lo que la descripción típica se presume antijurídica, salvo, que expresamente sea impugnada dicha norma por no contener un bien jurídico protegido, situación que de presentarse en la práctica, dudamos mucho que proceda.

4) No toma en cuenta las condiciones objetivas de punibilidad en virtud de que podrían manejarse como requisitos exigidos por el tipo ajenos a la conducta desplegada por el sujeto o en su caso como requisitos de procedibilidad siendo desterrados de la teoría del delito hacia el campo procedimental.

Con respecto a la antijuridicidad, mayoritariamente tratadistas italianos la han considerado como la esencia misma del delito, por lo cual queda excluida de sus elementos, sin embargo, en la teoría de los lógicos-matemáticos esta queda incluida en la descripción del tipo, es decir, se toma en cuenta dos elementos a saber:

- a) La conducta.
- b) La tipicidad.

Con respecto a la tipicidad en palabras de Olga Islas “En el tipo deben quedar bien definidas las acciones u omisiones antisociales que están ocurriendo en la realidad pre-jurídica, ya que éstas, y no otras, acciones u omisiones constituyen la fuente real de las normas penales generales y abstractas... Cabe mencionar que en el tipo hay elementos subjetivos y elementos objetivos. Son subjetivos: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Son objetivos todos los demás.

El tipo en términos lógicos, es un conjunto de elementos organizables en ocho subconjuntos.

Deber jurídico penal.

Elemento:

Deber jurídico penal.

Bien jurídico penal.

Elemento:

Bien jurídico.

Sujeto activo.

Elemento:

Voluntabilidad.

Imputabilidad.

Calidad de garante.

Calidad específica.

Número específico.

Sujeto pasivo.

Elemento:

Calidad específica.

Número específico.

Objeto material.

Elemento:

Objeto material.

El hecho.

Elemento:

Voluntad dolosa.

Voluntad culposa.

Actividad.

Inactividad.

Resultado material.

Nexo causal o nexo normativo.

Medios de comisión.

Referencia temporal.

Referencia de ocasión.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Lesión del bien jurídico.

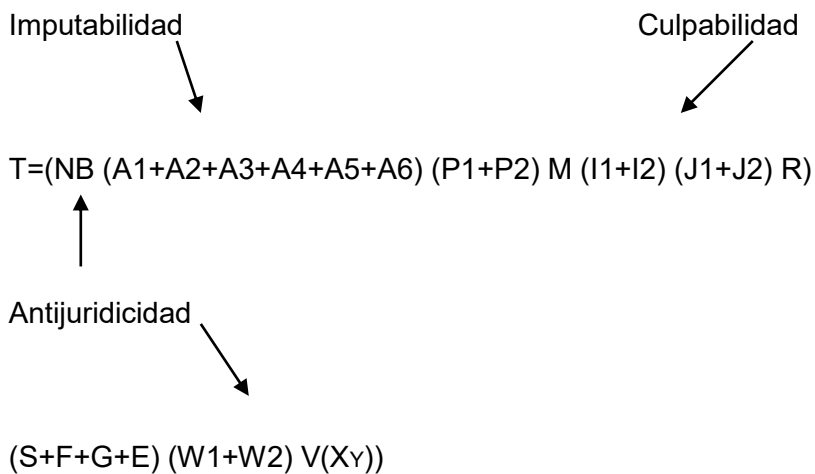
Puesta en peligro del bien jurídico.

Violación del deber jurídico penal.

Elemento:

Violación del deber jurídico penal.³⁰⁶

Dicho de otra forma, en la siguiente formula que describe el tipo:



Condiciones objetivas de punibilidad

La punibilidad queda excluida en virtud de que se le atribuye ser una consecuencia del delito y todos los demás aspectos quedan incluidos en la tipicidad (a excepción de la conducta que es considerado un elemento).

Por lo que concluimos, que el juzgador debe realizar una verdadera sustitución entre los elementos que integran un delito con respecto a los que se haya demostrado en el proceso, sólo si existe identidad entre ambos, se considerará la existencia de un delito. A esta sustitución y a la emisión de proposiciones del

³⁰⁶ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Modelo lógico del derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 9-10.

juzgador que predicen respecto del delito su calidad de elemento probado, se le ha denominado, declaraciones probatorias judiciales³⁰⁷. De entre las que son positivas al estar probadas o negativas al carecer de demostración material.

Estas proposiciones como parte del principio de identidad deben realizarse siguiendo las siguientes pautas:

- a) Deben ser concretas, señalar si un elemento del delito se encuentra demostrado o no.
- b) Específicamente con qué tipo de evidencia se acreditó.
- c) Los procesos de razonamiento que haga la necesidad de utilizar la presunción humana.

La utilización de esos supuestos permite que el juzgador valore el material de prueba que le fue puesto a su disposición y en su caso si existe suficiente convicción con respecto a cada uno de los elementos de la conducta delictiva concreta³⁰⁸, por lo que una vez acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado, el juzgador deberá condenar.

³⁰⁷ Cfr. Aguilera, Edgar R., Sobre la estructura del Razonamiento Probatorio en Sede Judicial, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM, enero- junio de 2009, Volumen 5, número 8, p. 256.

³⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 261.

FUENTES DE CONSULTA
PARTE PRIMERA.

Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica (manual)*, 12ª. ed., México, Porrúa, 1981.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Ricardo Levene, *Derecho procesal penal*, Argentina, G. Kraft, 1945, t. III.

Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales*, 3ª ed., trad. de Conrado A. Finzi, Argentina, Depalma, 1989.

Clariá Olmedo, Jorge A. *Derecho procesal, estructura del proceso*, t. II, Argentina, Depalma, 1983, p. 188.

Claría Olmedo, Jorge E., *Derecho procesal Penal*, T.I., Actualizado por Jorge Eduám Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª ed., México, Porrúa, 1977.

Delgado Gutiérrez, José Alfonso. *Análisis sistémico, su aplicación a las comunidades humanas*, España, Cie, invenciones editoriales Dussat, 2002.

Descartes, René, *Discurso del método*, 13ª ed., México, Porrúa, 1996, sepan cuantos..., n. 177.

Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, 3ª ed., México, Porrúa, 1991.

Ellero, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, trad. de Adolfo Posada, Argentina, Librería "el foro", 1999.

Florián, Eugenio, De las pruebas penales, 3ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Colombia, Temis, 1990, t. I.

Framarino dei Malatesta, Nicolas, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, España, La España moderna, 1995, t. I, vol. 1.

García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 3ª ed., México, Porrúa, 1983.

García, Rolando, *Sistemas complejos, concepto, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Argentina, Gedisa, 2007, serie cla.de.ma filosofía de la ciencia.

Geoffrey, Samuel, *Epistemology and method in law*, Estados Unidos de América, Ashgate, 2003.

González Navarro, Antonio Luis, *Efectos jurídicos de la imputación en el proceso penal acusatorio*, Colombia, Leyer, 2010.

Gorphe, François, *Apreciación judicial de las pruebas, ensayo de un método técnico*, Colombia, Temis, 1985.

Hessen, Johan, Teoría del conocimiento, trad. de Roberto Mares, 3ª ed., México, Tomo, 2007.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 3ª ed., México, Colofón, 1997, t. II.

Ordoñez, Schill, *Lógica y derecho*, España, Fontamara, 1993, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., México, Harla, 1991, Colección de textos jurídicos universitarios.

Platón, *Diálogos*, 24ª ed., México, Porrúa, 1996, sepan cuantos..., n. 13.

Polanco Braga, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2014.

Polanco Braga, Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral*, México, Porrúa, 2014.

Popper, Karl R. *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Coedel, España, Surcos, 2006.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo penal en revisión 4667/45, s. n. de tesis, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Tomo LXXXVII, 14 de enero de 1946, n. ius 304386, p. 209.

Renee Licon (publ.), *Audiencia completa de debate de Juicio Oral Caso Rubi Chihuahua 1 de 12 y siguientes*, 06 de febrero de 2013, <https://www.youtube.com/watch?v=hNOYjr5vx-Y>

Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, México, Porrúa, 1991.

Shapino Martin and Aleck Atone Sweet, *on law politics and judicialization*, Estados Unidos de América, Oxford, s/a, p. 30.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, mesas redondas, abril-mayo 2008*, México, SCJN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, El Tribunal Pleno, Tesis: P. XVIII/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 13 de enero de 1998, n. ius 196720.

Tamayo y Tamayo, Mario, *El proceso de la investigación científica*, 4^a ed., México, Limusa Noriega Editores, 2003.

FUENTES DE CONSULTA
PARTE SEGUNDA.

Aguilera, Edgar R., Sobre la estructura del Razonamiento Probatorio en Sede Judicial, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM, enero-junio de 2009, Volumen 5, número 8.

Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica*, 12° ed., México, Porrúa, 1981, p.119.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Derecho Procesal Penal, t. III, Argentina, G. Kraft, 1945.

Aristóteles, Arte Retórica, México, Porrúa, 3ª ed., 2005, Colección Sepan Cuantos n. 715.

Aristóteles, *Física*, trad. de Guillermo R. de Echandía, España, Gredos, 1995, Biblioteca Clásica Gredos, n. 203.

Aristoteles, *op. cit*, nota 1, *Peri hermeneias*.

Aristóteles, *Tratados de Lógica, El Organón, Segundos Analíticos*, México, Porrúa, 8° ed., 1987, colección sepan cuantos, n. 124.

Bacon, Francis, *Novum Organum*, México, Porrúa, 9° ed., 2008, Colección Sepan Cuantos n. 293.

Balmes, Jaime, El Criterio, México, Porrúa, 8ª ed., 1987, Sepan cuantos..., num. 53.

Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Argentina, Valleta, 2002.

Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, *el Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y Teoría General*, Colombia, Universidad Externado, 6ª ed., 2013.

Blauberg, I., *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alejandro Méndez García, México, Ediciones Quinto Sol, 2014.

Carmignani, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, Colombia, Temis, 2ª ed., 1973.

Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, trad. de Ángel Ossorio, Colofón, 2008.

Carrasco Soulé, Hugo Carlos, *Derecho Procesal Civil*, México, Iure, 2004, Colección textos jurídicos.

Carrillo Velázquez, Jorge Eduardo, *La irracionalidad de las sanciones penales aplicadas a la producción y distribución de la cannabis*, Tesis de Maestría, Facultad de Estudios Superiores Aragón-UNAM, 2014, p. 130

Carroll, Lewis, *El juego de la lógica*, 4ª ed., México, Grupo Editorial Tomo, pp. 1-4.
Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 8va ed., Porrúa, México, 1974.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimiento Penales*, México, Porrúa, 4ª ed., 1977.

Gortari, Elí de, *Lógica General*, México, Grijalbo, 22ª ed., 1986, Tratados y manuales Grijalbo.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Porrúa, 21ª ed.

Hessen, Johan, *Teoría del Conocimiento*, Porrúa, 16° ed., México, 2013, Colección Sepan Cuantos n. 351.

http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=esop_delitosproc

http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=esop_delitossen

INEGI, Estadísticas Judiciales en materia Penal, visita el 10 de diciembre de 2015.

INEGI, Estadísticas Judiciales en Materia Penal, visita el 10 de diciembre de 2015.

Islas de González Mariscal, Olga, *Modelo lógico del derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

Jiménez de Asúa, Luís, *Principios de derecho penal*, la ley y el delito, 3ª ed., sudamericana, Argentina, 1989.

Maggiore, Guiseppe, *Derecho penal*, 5ta ed., trad. José Ortega Torres, Temis, Colombia, 1971, vol. 1.

Michelli, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Colombia, Temis, 2004.

Montero Aroca Juan y José Flors Matíes, *Tratado de Juicio Verbal*, España, Thomson Arazandi, 2ª ed., 2004, Biblioteca de Derecho Positivo.

Moreno González, Rafael L., *Manual de Introducción a la Criminalística*, México, Porrúa, 1977.

Ovalle Fabela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 9° ed., 2007, Colección de Textos Jurídicos Universitarios.

Padilla Sanabria, Lisbeth Xóchitl, *Los sistemas ideológicos, económicos, Políticos y Jurídicos en el sistema capitalista-neoliberal y la necesidad de su redeterminación*, Tesis de Doctorado, Facultad de Estudios Superiores Acatlán-UNAM, 2012.

Polanco Braga, Elías, *La Dinámica de las Pruebas en el Procedimiento Penal*, México, Porrúa.

Polanco Braga, Elías, *La Prueba Pericial en el Procedimiento Penal*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, UNAM, enero- junio de 2009, Volumen 5, número 8.

Polanco Braga, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio, Juicio Oral*, México, Porrúa, 2° ed., 2015.

Polanco Braga, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, México, Porrúa, 2015.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO, Décima Época, Registro: 2008130, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Administrativa, Tesis: XIX.1o.2 A (10a.).

Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática Penal Aplicada al Sistema Acusatorio y Oral*, México, 2015, Flores Editor y Distribuidor.

Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, México, Porrúa, 20ª ed., 1991.

Romero Guerra, Ana Pamela, *La Prueba Pericial en el Sistema Acusatorio*, Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, número 6, noviembre-diciembre 2008.

Romo, L. Jorge, *Prevención de lavado de dinero y delincuencia organizada en el sector casinos, La ley antilavado en México*, UBIJUS, 2ª ed., 2013, pp. 107 y 110.

Schopenhauer, Arturo, *El Mundo Como Voluntad y Representación*, México, Porrúa, 9ª ed., 2009, Colección sepan cuantos... n. 419.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, Décima Época, ius 2009953, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo III, Tesis: II.2o.P. J/2 (10a.).

Sentís Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, Argentina, EJE, 1978.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, México, Harla, 1990, Colección Textos Jurídicos Universitarios.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, Época: Octava Época, Registro: 208245, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-2, febrero de 1995, Materia(s): Laboral, Tesis: IV.3o.186 L.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Décima Época, Registro 2009165, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.220 C (10a.), p. 2400.

Villanueva Meza, Javier Antonio, *Instituciones de Derecho Procesal Penal, Sistema Penal Acusatorio*, Colombia, Leyer Editorial, 2008.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, 2ª ed., México, Cárdenas editor y distribuidor, 1988.