





La prueba en el sistema penal de excepción



Rafael Santacruz Lima

La prueba en el sistema penal de excepción

Prólogo

Michael Gustavo Núñez Torres



Primera edición, 2015

La prueba en el sistema penal de excepción, 2015

© RAFAEL SANTACRUZ LIMA

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-515-196-0

Prohibida la reproducción parcial o total de la obra
sin previa autorización del autor

Todos los derechos reservados / *All rights reserved*

Impreso en México / *Printed in Mexico*

*A mi esposa e hija, Cris y mini Cris,
por su amor, apoyo y comprensión,
motivo de mi inspiración. Por ser mi todo.*

*A mis padres, Hilda Lima Flores
y
Rafael Santacruz Carro (†),
por su incondicional apoyo en cada una de las etapas
de mi vida, por sus enseñanzas y consejos.*



Prólogo

El honor que supone para mí escribir este prólogo, la enorme responsabilidad que entraña, no obsta para que constituya, al mismo tiempo, una gran alegría. Se trata, por un lado, de una obra excelente, bien pensada y bien escrita; por otra parte —y como explicación de lo primero—, el autor, el profesor Rafael Santacruz Lima, es un jurista de verdad, audaz y valiente, que tiene toda la base intelectual para poder abordar los temas con gran rigurosidad académica, la cual será confirmada por el lector, sin lugar a dudas, cuando lea este excelente libro, el cual constituye un documento completo en lo que se refiere a Derecho procesal penal, Derecho probatorio y, sobre todo, Derecho constitucional procesal. Además, el tema de los estados de excepción y su concatenación con el Derecho probatorio constituye una investigación jurídica novedosa y, como tal, un aporte a la ciencia del Derecho. Asimismo, es importante resaltar la actualidad inmensa que dicha investigación supone para México en estos tiempos que corren. En este prólogo quiero llamar la atención acerca de la importancia que tiene la problemática que está planteada en estas páginas, la cual habrá de convertirse en una referencia obligada para los procesalistas de México y del continente iberoamericano.

El primer punto al cual me quiero referir es la problemática que el doctor Santacruz Lima, profesor de la Universidad Autónoma del Estado de México, encuentra y el contexto en el cual la plantea. En efecto, el autor se refiere a una serie de incongruencias normativas e institucionales, concretamente entre las garantías que supone el modelo de justicia penal instaurado en forma definitiva dentro de la reforma constitucional de 2008 y las excepciones de naturaleza inquisitiva, que en razón de los problemas de inseguridad —en especial aquellos que resultan de la actuación del crimen

organizado— se utilizan dentro del enjuiciamiento de ciertos delitos. En consecuencia, el autor deja claro que en materia probatoria existe un problema para armonizar los artículos 16 (especialmente los párrafos referidos a la delincuencia organizada) y 20 (referido a las garantías del debido proceso) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM). En este sentido, el profesor Santacruz Lima plantea la problemática específica de la prueba como “resultado o conocimiento adquirido a través de actividad de verificación procesal, la cual, en un sistema de tendencia al acusatorio, tendrá como principal actores a las partes, y su objeto será, a través de un contexto dialéctico, verificar la acusación durante el juicio oral”;¹ y luego observa su contradicción con la prueba anticipada, la cual, según su acertada opinión, también debe ser considerada como una prueba desahogada en juicio a la luz de los principios que se desprenden del artículo 20 constitucional.² En otras palabras, para él no hay duda de que los principios del modelo acusatorio-adversarial se aplican a todo el proceso, y por ende, a toda la actividad probatoria, sin que se pueda hacer una excepción en lo que respecta al procedimiento de la prueba anticipada. Pienso que esto es consecuencia de la revaloración de la prueba como derecho fundamental, enmarcada dentro de las garantías del debido proceso y como consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva; de modo que el análisis de las instituciones procesales que giran en torno a la prueba no puede hacerse sino en relación con las demás garantías del debido proceso.³ Sin embargo, la antinomia que se presenta en el texto constitucional

¹ SANTACRUZ LIMA, Rafael, *La prueba en el sistema penal de excepción*, México, Porrúa, 2015, p. 101.

² *Ibidem*, p. 102.

³ Véase, NÚÑEZ TORRES, Michael, “El debido proceso como objeto del Derecho constitucional procesal” en NÚÑEZ TORRES, Michael (coord.), *El debido proceso en el Derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, México, Bosch, 2013, p. 17.

se tiene que resolver a través de una interpretación conforme de la Constitución, que analice los preceptos de forma sistemática, ya que la jurisprudencia en México no considera la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, como sí lo ha hecho parte de la doctrina alemana.⁴ Justamente, el profesor Santacruz realiza una interpretación con base en un diagnóstico con sentido crítico de las normas que regulan la prueba en el Derecho constitucional procesal mexicano; pero, al mismo tiempo, realiza una armonización en razón de los principios propios del sistema acusatorio, partiendo de su diferenciación con el sistema inquisitivo. De tal suerte que el libro que estamos prologando hace críticas pero proporciona soluciones, las cuales obedecen al pensamiento garantista del propio autor.

Ahora bien, el contexto en el cual el profesor Santacruz Lima desarrolla la problemática anterior es el referido a las situaciones de excepción, lo cual es de vital importancia para comprender su crítica en contra de las discordancias impuestas por el constituyente permanente en materia de justicia penal. En efecto, nuestro autor, a partir de una postura garantista —y con sentido crítico—, define el estado de excepción de la siguiente manera: “medida extrema para el derecho, porque supone declarar la suspensión de la regularidad constitucional en áreas estratégicas: la de ciertos principios fundamentales, como la separación de poderes; la de (algunos de) los derechos humanos de las personas y de sus garantías; la concentración del poder en manos del titular del poder Ejecutivo, potencializando su capacidad de decisión y acción sin contrapesos, y la utilización de algunas instituciones —típicamente, las Fuerzas Armadas— para la realización de tareas especiales”.⁵ La definición que propone la fundamenta con la mejor doctrina, partiendo de Ferrajoli, y siguiendo con reflexiones de teoría del Derecho

⁴ BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra, 2008.

⁵ SANTACRUZ LIMA, Rafael, *op. cit.*, pp. 7-8.

que constituyen un sólido apoyo doctrinal para explicar lo que significa un estado de excepción; al mismo tiempo, implica una oposición firme —como no podía ser de otra manera— de la llamada doctrina del Derecho penal del enemigo.

En este sentido, considero un verdadero mérito a resaltar el hecho de que el profesor Rafael Santacruz Lima no realice una contextualización formalista. No podría hacerlo en tanto que las normas constitucionales que regulan los principios del debido proceso también regulan los procedimientos —y hasta la definición— que se establecen en razón de las actividades delictivas llevadas a cabo por la delincuencia organizada. Además, porque no se podría hablar de estados de excepción sino en razón de los supuestos establecidos en el artículo 29 constitucional, el cual constituye una garantía del propio Estado constitucional, en situaciones de “invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto...”. Por esta razón, el trabajo de Santacruz Lima implica un gran aporte a la problemática, porque considera el contenido material de un estado de excepción, más allá de la declaratoria que, en todo caso —y a la luz del citado precepto constitucional— corresponde únicamente al presidente de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión. Asimismo, el artículo 29 constitucional ordena que la declaratoria de un estado de excepción active una serie de controles constitucionales que van a servir de límites a las tentativas de abuso de poder que las instituciones mencionadas por nuestro autor —en especial el Ejército y la Armada— pudieran intentar en el ejercicio de sus funciones de seguridad pública. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los Estados miembros utilicen a las Fuerzas Armadas cuando existen situaciones de emergencia o de “alteración del orden público”, pero exige que los mismos actúen con “extremo cuidado” al utilizar estas instituciones como “elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común” y deja claro que

“el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción”.⁶ No nos queda duda que entre estas garantías judiciales se encuentra la prueba.

No obstante, el caso mexicano supone un caso particular porque, en puridad de conceptos, no se podría hablar de estados de excepción, como sí lo podrían hacer en Colombia, donde al amparo de la Constitución de 1991, el gobierno ha apelado a la declaratoria de estado de conmoción interior para aplicar medidas en contra de la delincuencia organizada, lo que, según parte de la propia doctrina colombiana, ha evidenciado el conflicto sempiterno entre “eficiencia y garantismo”.⁷ México, al contrario, no ha realizado una declaratoria de estados de excepción a pesar de que existe una situación que, como bien nos explica nuestro autor, rebasa las formas jurídicas de legitimación de la actividad gubernamental y nos introduce por los vericuetos de la política. Precisamente, el ordenamiento jurídico mexicano permite que coexistan un Derecho penal del enemigo y un Derecho penal garantista con la consecuente simulación de

⁶ Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C. No. 166, párrafos 51 y 54. Esto se encuentra en total consonancia con el artículo 29 constitucional, en el cual se advierte que la suspensión o restricción del ejercicio de derechos no podrá hacerse en los casos “de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; *ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”. (el resaltado es nuestro)

⁷ Sobre este problema en Colombia véase OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, Universidad Nacional, 1999, pp. 159 y ss.

que dicha convivencia de modelos puede ser pacífica. El problema es precisamente que la Constitución material nos muestra una situación de excepción, la cual, al no estar declarada formalmente, no permite que se activen los controles que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el propio ordenamiento constitucional tendrían que poner en marcha en virtud de la situación que se vive en la realidad. Baste como ejemplo las situaciones extremas a las cuales hemos asistido en entidades federativas como Michoacán o Tamaulipas, en las cuales los estados de excepción son de facto, si atendemos a la definición propuesta por el autor.

En este sentido, el Derecho procesal penal requiere, más que nunca, que se interprete a partir de la teoría de los derechos humanos, en razón del mandato que nos impone el artículo 1o. de la CPEUM. Esto implica no ceder a la política del miedo, a las “razones de Estado”, pero tampoco entrar en un romanticismo que no vea la realidad que nos hostiga. De esto se trata este libro, de un aporte a la ciencia del Derecho, con el fin de mejorar la sociedad. En tal sentido, celebro la propuesta del profesor Santacruz Lima, que viene a dar elementos para el debate académico y la reflexión jurídica.

DR. MICHAEL GUSTAVO NÚÑEZ TORRES
Profesor Investigador de la Universidad Autónoma
de Nuevo León, y miembro del Sistema Nacional
de Investigadores nivel II.

Introducción

En México, a partir del 18 de junio de 2008, se adoptó un nuevo paradigma de proceso penal como marco de respuestas a un conflicto de interés jurídico-penal; y se establece todo un sistema procesal moderno, denominado acusatorio con tendencia adversarial, sin embargo, la reforma de 2008 obedece a una política criminal insertada en el discurso legitimador de seguridad procesal para legalizar la intervención del Estado en la solución del conflicto generado por el delito, esclareciendo subsistemas alternativos de justicia, siendo el enjuiciamiento acusatorio y oral el discurso legitimador de la reforma.

La intervención del Estado en la reforma penal de junio de 2008 crea alteración de las fuentes de legitimación que ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas en el Estado de derecho. Con dicha reforma, la prueba en materia penal enfrenta nuevos retos dentro del proceso penal, ya que las reglas del sistema de excepción establecidas en la Constitución de manera dispersa denotan una clara contraposición a los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio.

El proceso penal, o más ampliamente el enjuiciamiento en su conjunto, con actos que preceden y suceden al proceso, es, en definitiva, una organizada y sistemática oportunidad de prueba. La prueba y el proceso penal, en un Estado democrático, tiene que consistir en garantizar el desarrollo de los ciudadanos en un marco de derechos y libertades, es decir, otorgar un máximo de seguridad jurídica y un mínimo de violencia. Sin estas garantías, la legitimidad del Estado democrático se debilita y las tentaciones autoritarias y represivas se acentúan, a la par que la inminencia de la anarquía.

En la lógica de la prueba, en el sistema penal mexicano, las reglas punitivas destinadas a la solución del conflicto,

propiciado sobre todo por la delincuencia organizada, y en aquellos delitos graves que atentan en contra de la seguridad de la nación, se ven afectadas por la restricción de garantías, la restricción de derechos del imputado y el pacto con las personas involucradas con el delito, originando con ello una violación al debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales. Por ello, para que la prueba sea objetiva y transparente, en un sistema penal garantista se debe buscar evitar el paso de la violencia en la incorporación de la prueba al juicio.

En el sistema penal mexicano, cuando se trate de delincuencia organizada, y aquellos delitos graves que atenten contra la seguridad de la nación, al momento de ofrecerse, desahogarse y valorarse la prueba, no se siguen los principios rectores del sistema acusatorio adversarial, ya que se perciben, dentro del proceso penal, reglas de excepción que bien pueden identificarse con sistemas inquisitivos. En un sistema de justicia penal acusatorio-adversarial solamente valdría lo que se reproduzca en un juicio oral, público y con el juez y las partes presentes, sin embargo, nuestra Constitución, a partir del 18 de junio de 2008, autoriza que las actuaciones realizadas en la fase de investigación tengan valor probatorio, es decir, ya no podemos hablar entonces de un sistema penal garantista porque es evidente que no se cumplen con los parámetros mínimos para la verificabilidad y refutabilidad.

El proceso penal y la prueba se legitimarán en la medida en que sean capaces de lograr, precisar la verdad histórica sobre un determinado hecho que se considera delictivo. Dicha verdad histórica se podrá alcanzar en la medida en que se respeten una serie de principios que aseguran la mayor racionalidad y eficacia de las distintas etapas del proceso. No se trata en esa virtud de alcanzar cualquier verdad o de alcanzarla a toda costa, si así fuera, la prioridad sería la razón del Estado sobre la razón jurídica, originando con ello un sistema autoritario e inquisitivo.

DR. RAFAEL SANTACRUZ LIMA

Profesor-investigador de la Facultad de Derecho,
de la Universidad Autónoma del Estado de México.

La prueba en el sistema penal de excepción



Capítulo I

El sistema de excepción

La excepción como significado es sintomático: guerra, emergencia, urgencia, necesidad, poderes, restricciones, decisiones. Un vocabulario que alude y apela a circunstancias extremas en las que la realidad demanda una reacción especial por parte del poder. En el extremo, incluso se pide poner pausa a las reglas e instituciones jurídicas que han sido diseñadas para administrar y organizar la vida social en los tiempos de normalidad.¹

El derecho y los derechos se vuelven moneda de cambio de una dinámica en la que lo que importa es el poder y sus razones, el orden y las instituciones del Estado, así, con mayúsculas, se erigen como el bien mayor que debe salvaguardarse a cualquier precio y la lógica amigo-enemigo emerge peligrosamente. La lógica de la excepción acomoda los conceptos que aluden al derecho y aluden al poder; mientras que el discurso que construye al proyecto de Estado de derecho ensambla las nociones orientadas a domesticar a los poderes a través de las normas. La emergencia, o excepción, sólo es el momento que provocan las definiciones; es el punto de fractura antes de la bifurcación, porque, como sugiere el filósofo político Giorgio Agambel, se presenta “como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo”.²

La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia (antiterrorista, antimafia o anticamorra) como

¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Crítica de la mano dura*, Océano, México, 2012, p. 55.

² AGAMBEL, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2003, p. 26.

justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el Estado de derecho disciplinan la función penal.³ Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada.⁴

Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino *supraordenado* a ella. *Salus rei publicae, suprema lex*: la salvación o incluso el bien del Estado es la *Grundnorm* del «derecho emergencia», la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio.⁵

La excepción, por otra parte, hace referencia a cambio drástico producido por algún fenómeno que impide la realización de algo.⁶ Las prácticas, de hecho, cada vez que son obstaculizadas por impedimentos legales y garantistas, son contempladas siempre con sentimiento de excepción, es decir, con la idea de que el caso concreto, tanto más si es política o socialmente grave y alarmante, es excepcional respecto de la regla «*In atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi*», fue la máxima de Claro que

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 807.

⁴ El lenguaje de la excepción es equiparado a necesidad, poderes, restricciones, decisiones. En ciertas circunstancias extremas, por ejemplo delincuencia organizada, se pide poner pausa a las reglas e instituciones jurídicas que han sido diseñadas para administrar y organizar la vida social.

⁵ *Idem.*

⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, 1a. ed., Gedisa, Barcelona, 2004, p. 19.

todavía puede servir de epígrafe para toda la doctrina penal de la emergencia.

El Estado de excepción es una medida extrema para el derecho porque supone declarar la suspensión de la regularidad constitucional en áreas estratégicas: la de ciertos principios fundamentales, como la separación de poderes; la de (algunos de) los derechos humanos de las personas y de sus garantías; la concentración del poder en manos del titular del poder Ejecutivo, potencializando su capacidad de decisión y acción sin contrapesos, y la utilización de algunas instituciones —típicamente, las Fuerzas Armadas— para la realización de tareas especiales.⁷

El modelo conflictivo percibe la sociedad como algo en permanente cambio, ve cómo este cambio se da por los conflictos que se desarrollan en su interior; cómo todo el elemento de la sociedad contribuye al cambio; en fin, cómo ella se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros. Respecto de la ley y de la sociedad, este modo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás.⁸

La ley representa sólo los intereses de para quien no tiene este poder y para los intereses generales. El interés mayor de quienes tienen el poder es mantenerlo, acrecentarlo a través de la ley; la ley no sirve así sólo a los intereses de quien manda sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y se defienden los intereses de quien lo

⁷ La medida es extrema para la política: también es este ámbito gesta una mutación —aunque sea temporal— del régimen político porque supone abandonar el liberalismo democrático por un periodo de absolutismo autocrático. El primero significa poderes limitados y distribuidos; el segundo, poderes ilimitados y concentrados.

⁸ PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación*, Editorial Siglo XXI, México, 2013, p. 138.

posee calificando como criminales o desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses.

Resulta considerablemente evidente la confusión entre derecho, es decir, la asunción como un hecho del sometimiento a sanción de los poderes públicos, que, en cambio, sólo es un principio normativo y que, como tal, sirve para convertir en políticamente injustificada la resistencia solo si —y mientras— es efectivo. Es allí donde el sistema de excepción cobra importancia.⁹

1.1. Principios que regulan el sistema de excepción

En los países democráticos que tengan una Constitución escrita que reconoce (entre otras cosas) una serie de derechos y libertades, y que goza de protección jurisdiccional frente a las leyes aprobadas por el Parlamento, la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades frente al legislador puede organizarse de varias maneras.¹⁰

Lo anterior implica que los principios son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que se va a tener que cumplir con ese mandato de optimización lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente sea posible. De tal suerte que para lograr esa tarea la labor argumentativa ha aumentado, ahora adicional al silogismo, los operadores jurídicos tendrán que utilizar la ponderación y argumentos de razonabilidad para construir reglas a partir de principios. Por tanto, el operar con principios ha provocado un cambio en el método jurídico, en consecuencia tenemos que revalorar la racionalidad de las soluciones jurídicas.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2007, p. 203.

¹⁰ FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 247.

Para acercarnos a una definición de los principios, podemos entenderlos como aquellos conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio Derecho como totalidad. Los principios del proceso penal, al igual que la totalidad del amplio sistema de principios del derecho penal, son categorías históricas que surgen en un momento y evolucionan con el desarrollo de la sociedad.

Clarificar la excepción, dentro de los principios, nos lleva a desarrollar elementos y/o requisitos que los estados de excepción deben reunir para que su regulación se ajuste a las exigencias de las normas de todo marco jurídico.¹¹ Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo.¹²

1.1.1. Principio de legalidad

Consustancial a la naturaleza de institución del Estado de derecho que reviste el estado de excepción, este requisito indica la necesaria preexistencia de normas que lo regulan, y la existencia de mecanismos de control tanto internos como internacionales que verifican su conformidad a las mismas.¹³

El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado deben encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, esto es, que demanda la sujeción de todos los órganos estatales de derecho, en otros términos,

¹¹ DESPOOY, Leonardo, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999, p. 29.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 239.

¹³ *Idem*.

todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la cual a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.¹⁴

El principio de legalidad alude a la conformidad o regularidad entre toda norma o acto inferior respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, por lo que opera en todos los niveles o en grados de la estructura jerárquica del orden jurídico. De este modo, no es únicamente una relación entre los actos de aplicación y las normas legales y reglamentarias, en donde se puede postular la legalidad o regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre reglamento y ley, así como entre la ley y la Constitución.

En este sentido, la organización estatal, para ser considerada como un ente público, debe, en principio, adecuar y formular su normatividad bajo esquemas de libertad e igualdad a través de los cuales fomente la libre participación y responsabilidad de todos, es decir, de gobernantes y gobernados; de tal suerte, a través de la libertad se estará provocando la igualdad, entendida no en el sentido de igualdad de los ciudadanos ante la ley sino como igualdad de gobernantes y gobernados.¹⁵

De lo anterior se desprende que la legalidad se dirige a sus órganos del Estado y poderes, a sus representantes y gobernantes; por lo que sus actos sean acordes a la ley, es decir, debe haber un sometimiento estricto, de los órganos y funcionarios, a las instituciones y a la Constitución como máxima norma jurídica. Pero además, la legalidad incumbe a los gobernantes, también así a los ciudadanos que interactúan dentro de mecanismos adecuados para la libre participación.

¹⁴ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo V, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 774-776.

¹⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E., "Crisis económica y Estado de derecho", en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, 1995, p. 360.

En un sentido formal, Estado de Derecho implica la idea de que en una sociedad políticamente organizada existan normas que regulen el comportamiento de gobernantes y gobernados. En cambio, en un ámbito material podemos señalar que el Estado de Derecho es aquel en el cual los sujetos normativos cumplen con las normas existentes. El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento.¹⁶

El principio de legalidad incide en que la regulación normativa se fundamenta en la libre participación ciudadana, tanto en las decisiones jurídico-políticas como en los resultados (consecuencias económicas y reconocimiento de derechos y libertades) de las mismas, provocando indiscutiblemente el sometimiento a la ley (en un esquema democrático).¹⁷ El Estado está legitimado para una coacción pero con el mínimo de violencia, lo que quiere decir que no puede, de ninguna manera, responder a la violencia con la violencia, la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante, ya que, en este supuesto estaría actuando como un Estado delincuente.

Rige en el proceso penal e indica el deber de las autoridades competentes de intervenir, persecutoriamente, en todos los casos en que existe un hecho punible.¹⁸ Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone como norma tipo la siguiente: el estado de excepción sólo podrá declararse o prorrogarse de conformidad con las Constitución o la ley fundamental y las obligaciones que impone el derecho internacional en esta

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, 10a. ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 24.

¹⁷ DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho", en *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Trotta-Consejo Superior de Investigación Científica, España, 1996, p. 68.

¹⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México, p. 1760.

materia. Para ello, los Estados deberán adecuar su legislación interna a las normas y principios internacionales que regulan la legalidad del estado de excepción. Para evitar reformas legislativas circunstanciales, la regulación del estado de excepción deberá tener rango constitucional y regular todas aquellas situaciones excepcionales susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos.

1.1.2. Principio de amenaza temporal

Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales”.¹⁹ La amenaza es un delito contra la libertad psíquica que comete quien intimida con un mal a una persona, para que haga lo que no desea o se le impida hacer lo que tiene derecho hacer. Consiste en un ataque al sosiego y la tranquilidad personal en el normal desarrollo de la vida, bien jurídico protegido en estas conductas.²⁰

La definición legal de amenazas se formula sobre la base de dos grandes parámetros: *Primero*, los destinatarios del mal con el que se amenaza. Ahora, además del propio sujeto pasivo, se incluyen su «familia» y «otras personas con las que está íntimamente vinculado». *Segundo*, la definición legal de amenaza delimita los delitos susceptibles de constituir el mal típico de esta infracción. Ahora ya no se habla de causar un mal en «sus personas, honra o propiedad», sino que acude a bienes eminentemente personales: homicidio, lesiones, aborto, libertad sexual, intimidad, honor y patrimonio y orden socioeconómico.²¹

¹⁹ DESPOUY, Leonardo, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., p. 34.

²⁰ *Idem*.

²¹ Consultado en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>

Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, como norma tipo, la siguiente: la legislación preverá que la autoridad competente sólo podrá declarar el estado de excepción en caso de perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la Constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; o en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones; y sólo a fin de salvaguardar los derechos y la seguridad de la población, así como el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del Estado de derecho.

Cuando adoptamos la lógica de la excepción sabemos que no es lo mismo concentrar temporalmente algunas facultades en manos del gobierno y restringir algunos derechos —por ejemplo, la libre circulación de las personas— con la finalidad de enfrentar una emergencia determinada, que desplazar a las autoridades civiles por las autoridades militares y suspender otros derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, la privacidad de las comunicaciones, la libertad de expresión o, en el extremo, la libertad personal. Entre ambas posibilidades existen diferencias sustantivas.²²

²² Por eso la versión más extrema y más peligrosa del estado de excepción es el estado de sitio, una figura introducida por el derecho público francés que tiene sus orígenes en la Convención posrevolucionaria de 1791. Fue entonces cuando se utilizó por primera vez la expresión *état de siège* para referirse a la situación constitucional en la que las autoridades y la población civiles quedaban subordinadas a las autoridades y a la jurisdicción militar. Una situación que cimbra cualquier ordenamiento constitucional que no esté fundado en las premisas propias de los regímenes militares pero que, sobre todo, sacude y comprometa a las instituciones de los Estados que han adoptado el constitucionalismo democrático. Las jerarquías, estructuras y dinámicas militares —como sabemos— se ubican en el extremo opuesto de las premisas, principios y reglas de la democracia.

Por eso, cuando se impone el estado de sitio, en los hechos, se esfuma el paradigma de la democracia constitucional. Los principios e instituciones de ésta, dejan de regir la realidad política y social. La Constitución material —para usar un viejo término propuesto por la doctrina italiana—²³ muta radicalmente y, en consecuencia, los procedimientos jurídicos, los jueces comunes, los derechos de las personas dejan de ser las coordenadas que orientan la convivencia y las herramientas mediante las cuales se procesan las relaciones entre el poder público y las personas. Lo que queda es una suerte de *ley marcial* —como se le denomina en el derecho inglés— que materializa a la excepción formalizada. Las autoridades civiles son desplazadas por los mandos militares y, en consecuencia, los métodos y las dinámicas con las que se atiende la emergencia siguen las pautas de la guerra, que son contrarias a la normalidad constitucional.²⁴

En cambio, la pena, como medio específico de la prevención de peligros tras la ejecución del hecho, sólo puede proteger frente a daños aquellos bienes jurídicos que aún pueden ser salvaguardados específicamente de este modo.²⁵

²³ La figura es semejante a la ley marcial inglesa. Sobre estas clasificaciones, *cfr.* B. Manin, *Les usages de la separation des pouvoirs*, Miche Houdiard, París, 2008, pp. 135-171.

²⁴ *Cfr.* Constantino Mortati, *La costituzione materiale*, Milán, Giuffrè, 1998.

²⁵ En Alemania, para empezar, una agravación de la sanción se muestra en relación con las medidas y delitos de agresión que amenazan la integridad corporal. Se han elevado las penas en delitos agresivos contra la integridad corporal y la autodeterminación sexual. Esto se justifica porque el legislador alemán originariamente había atribuido a la protección del patrimonio y la propiedad de los dueños un significado mayor que a la protección ante agresiones corporales, por las que, principalmente, se veían amenazadas las capas inferiores de la población. Pero el legislador agravó también la medida de la custodia de seguridad, que puede imponerse contra delincuentes peligrosos, independientemente de su culpa, y permitió su prolongación retroactiva. Ésta fue juzgada en diciembre de 2009 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como infracción contra los artículos 5o. y 7o. de la Convención de Derechos

El peligro que, una vez cometido el hecho, puede aún prevenirse por medio de un castigo del autor es el de un daño a la vigencia de la norma, daño que resulta precisamente por la comisión del hecho y de cuya posible ocurrencia solamente el autor es responsable. Por ello, y con todo el derecho, puede pedírsele cuentas exclusivamente al autor también con el medio específico de la pena: al incumplir la norma de conducta pone en cuestión, en tanto persona responsable, la validez de la norma de conducta transgredida. Con ello, ciertamente, no tiene razón, pero su actuación indebida debe reprochársele en el ordenamiento jurídico mediante una respuesta mensurada de desaprobación por la vulneración de la norma de conducta (incluidas las consecuencias), si es que ha de preservarse incólume la vigencia de la norma.

Una respuesta insuficiente no es, a este respecto, al igual que una respuesta desproporcionada, un medio adecuado para conseguir el fin específico de la pena. En el caso de una respuesta desproporcionada, fracasa la legitimidad del medio como pena, aunque no quizá, específicamente, desde la perspectiva del principio de culpabilidad (igualmente anclado en el derecho constitucional). Es, más bien, desde el prisma de la racionalidad instrumental como no puede justificarse una —más amplia— “pena”, que no se corresponde ya con la gravedad del comportamiento personal indebido (incluidas las consecuencias).

Se afirma, en primer lugar, que el proceso de criminalización —como poder de definición de los grupos que tiene poder— precede lógicamente al comportamiento desviado. El proceso de criminalización es así el proceso a través del cual los grupos poderosos consiguen influir sobre la legislación y sobre las instituciones penales; esto significa que en una

Humanos, esto es, como infracción contra el derecho de libertad y la provisión de retroactividad, y declarada nula. El legislador alemán está ahora ante la tarea de crear un derecho de la custodia de la seguridad completamente nuevo que satisfaga las exigencias del Estado de derecho.

sociedad moderna la acción de estos grupos se traduce en el poder de condicionar la acción del Estado. En otras palabras, el derecho como voluntad del Estado es interpretado como voluntad del más fuerte, o sea, el derecho penal como derecho de quien manda. Pero ésta, en verdad, es una noción algo burda del derecho y del derecho penal y ciertamente no está en condiciones de dar cuenta del carácter más bien complejo de la mediación estatal y por lo tanto de la forma jurídica en la sociedad industrial avanzada.²⁶

Únicamente la pena adecuada es una pena necesaria. Por consiguiente, no puede hacerse responsable conforme a la ley al autor acaso para evitar un daño a la vigencia de la norma, a la que, por ejemplo, amenaza al haber perdido las causas de legitimación de la norma de conducta su fuerza persuasiva plena y haberse vuelto dudosa. El medio específico de la pena sólo es adecuado para estabilizar la vigencia de la norma amenazada si la propia norma de conducta se fundamenta de forma absoluta y a todas luces convincentes. Resulta inadecuado querer proporcionar normas de conducta dudosas mediante la aplicación de un castigo a cuenta de un ciudadano. Dicho propósito, lejos de ello, no sólo no aportaría ningún beneficio, sino que, en definitiva, sería incluso disfuncional desde el punto de vista de la vigencia de la norma amenazada.

En efecto, hacer responsable injustamente a una persona por algo de lo que no es responsable en absoluto debe suscitar justificada indignación, de manera que, al menos indirectamente, se desvaloriza aún más la estima de la norma problemática, a cuya vigencia se intentaba en el fondo contribuir por medio de la bienintencionada sanción. Si, a este respecto, es preciso hacer valer determinadas normas de conducta en el justificado interés de la protección de un bien jurídico, cabe exigir como medio adecuado para ello primeramente un esfuerzo de persuasión social y político.

²⁶ PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, op. cit., p. 138.

Con el recurso específico de la pena sólo se garantiza, en cambio, un orden legítimo —previo al derecho penal— ya existente del comportamiento jurídicamente correcto.²⁷

Por último, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden o las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito.

1.1.3. Principio de no discriminación

Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone que la legislación nacional deberá estipular explícitamente que el principio de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social no acepta ningún tipo de limitación ni derogación.²⁸

Debemos hacer énfasis en que la discriminación es un, término que se ha aplicado para calificar aquel tratamiento diferencial por el cual se priva de ciertos derechos o prerrogativas a un determinado número de personas por motivos principalmente de raza, color, u origen étnico. La Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que la igualdad de derechos excluye toda discriminación, al contrario de la igualdad de hecho, la cual puede hacer necesario un tratamiento diferencial con objeto de alcanzar un resultado que establezca un equilibrio entre situaciones diferentes.²⁹

La no discriminación conlleva a la objetividad como una de las grandes exigencias del juez que se abstenga

²⁷ FREUND, Georg; SAUTNER, Lyane; SANZ MORÁN, Ángel José; BLAY GIL, Ester, *Delincuentes peligrosos*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 27-29.

²⁸ DESPOOY, Leonardo, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, op. cit., p. 35.

²⁹ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo V, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 553-554.

moralmente. El juez debe estar consciente que tiene valores que carecen de aceptación general, y que sus opiniones personales pueden ser excepcionales e inusuales.³⁰ A una persona que se le asigna como juez no se le pide que cambie, ni es capaz de cambiar su piel. El juez debe desarrollar una sensibilidad hacia la dignidad de su cargo y los límites que se le imponen. Como el antiguo texto judío les recuerda a los jueces, debe mostrar la autocrítica y humildad que impedirán que se identifique con todo lo bueno y digno de alabanza. Un juez debe mostrar el autocontrol que le permitirá distinguir entre los sentimientos personales y las aspiraciones naturales.

La objetividad requerida por el juez es difícil de obtener, incluso cuando nos observamos desde fuera lo hacemos con nuestros ojos, sin embargo, mi experiencia judicial me dice que la objetividad es posible, un juez no opera en un vacío, un juez es parte de la sociedad, y la sociedad influye en el juez, el juez es influido por los movimientos jurídicos que predominan. Un juez siempre es parte del pueblo, puede ser cierto que el juez a veces se sienta una torre de marfil, pero el juez es, sin embargo, una criatura contemporánea. Él progresa con la historia del pueblo.

El juez actúa dentro de los límites de una Corte, vive dentro de la tradición judicial. La misma llama de sabiduría pasa de una generación de jueces a la siguiente, esta sabiduría es por lo general no escrita, pero penetra poco a poco la conciencia del juez y hace que su pensamiento sea más objetivo, el juez es parte de un sistema jurídico que establece un marco para los factores que el juez puede y no puede considerar. Entre más grande sea el peso del sistema, mayor será la objetividad del proceso judicial.

Cuando los jueces expresan los valores fundamentales del sistema, expresan los valores que, ante sus ojos, parecen adecuados y básicos. Cierta subjetivación de este proceso es

³⁰ AHARON, Barak, *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional*, SCJN, México, 2009, p. 39.

inevitable. La completa objetividad es inalcanzable. El aspecto personal de un juez siempre está presente, y su experiencia de vida ni desaparece ni puede desaparecer. No querríamos que esto sucediera porque en esas situaciones la personalidad se sometería al proceso de designación judicial; sin embargo, no necesitamos ir de un extremo a otro. Rechazar la compleja objetividad no requiere que abracemos la compleja subjetividad.³¹

Hay un tercer camino, que refleja la importancia y centralidad de la objetividad judicial al tiempo que se reconoce, sin reservas, que nunca se puede alcanzar por completo. Es suficiente para un juez un esfuerzo honesto para que su ejercicio de discreción sea objetivo, reconociendo al mismo tiempo que no se puede hacer en toda circunstancia.³² Además, para algunos problemas, la estructura del sistema otorga discreción al juez basada finalmente en una decisión subjetiva, limitada por el rango de consideraciones a partir de las cuales elige. En efecto, la objetividad a veces es inalcanzable. Hay varios métodos para desarrollar el *common law*, la interpretación de un texto jurídico no siempre lleva a una solución única.

El juez puede encontrarse en una posición de ejercer discreción judicial. Naturalmente, esta discreción es limitada, pero existe de todas formas. En tales situaciones, un juez puede actuar de acuerdo a sus propios puntos de vista. Pero incluso en estos casos, ellos son una pequeña minoría. El juez no puede recurrirse a sus anómalas inclinaciones personales o sus principios personales. El juez no puede recurrir a sus valores individuales que contradicen los valores del

³¹ Al igual que en cualquier otra rama del derecho, en el derecho constitucional la problemática de la interpretación no se puede resolver recurriendo a un único método de interpretación. En la práctica de los tribunales constitucionales se suelen preguntar con frecuencia cuál es el objeto y la función de las diferentes instituciones de derecho constitucional.

³² AHARON, Barak, *op. cit.*, p. 40.

sistema, sino que deben tomar la mejor decisión dentro del marco de consideraciones objetivas.³³

El juez no puede regresar al punto de origen, si no marcha hacia adelante, debe tratar de dar la mejor solución de la que es capaz. En verdad, alguien que se ha enfrentado a sí mismo y que ha tenido éxito en superar sus inclinaciones particulares, no recurrirá a ellas. El juez debe encontrar la mejor solución de los confines de los datos objetivos disponibles; si el sistema no lo guiara, se vería enfrentado a varias posibilidades. El sistema jurídico limita el alcance de las consideraciones del juez.

Al juez nunca se le permite hacer simplemente lo que le place, incluso cuando está “consigo mismo” se encuentra dentro del marco de la sociedad, el sistema jurídico y la tradición judicial. Existen unos casos en los que el juez tiene una discreción que le permite escoger entre un número limitado de opciones, de acuerdo a sus puntos de vista. ¿Cómo debería escoger un juez? Lo único que puedo decir es que la elección es un producto de la experiencia de vida del juez y del equilibrio que debe encontrar entre la certidumbre y la experimentación entre la estabilidad y el cambio, entre la lógica y la emoción. La elección del juez está influenciada por su concepción del papel y las actitudes del judicial respecto de las otras ramas del gobierno. Se deriva de la filosofía judicial, es el producto de un equilibrio delicado entre

³³ Conforme a esta posición podemos mencionar la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Marsh vs Chamber* (463 U.U. 783, 1983). El diputado Ernst Chamber, miembro de la legislatura del estado de Nebraska y contribuyente de dicho estado, interpuso un recurso ante el máximo tribunal del país pues consideró que la práctica de iniciar las sesiones de la legislatura con una oración a cargo de un capellán quien recibía un honorario de \$319.75 por cada mes del periodo de la legislatura violaba la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La Suprema Corte resolvió que la práctica había llegado a ser una de las tradiciones y costumbres ininterrumpidas de más de doscientos años de historia y que no implicaba una violación al derecho de libertad religiosa.

lo específico y lo general, entre el individuo y la sociedad, entre el individuo y el Estado.

En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo anteriormente dicho, cuando se declara la excepción, se adquiere los poderes especiales necesarios para enfrentar las situaciones de emergencia.³⁴ Y con dichos elementos, se puede decretar la suspensión de algunos derechos humanos. Lo cual significa que de manera generalizada se aplica a todos los ciudadanos de dicho territorio, sin que exista un tratamiento diferencial.³⁵

Luego entonces, podemos establecer que, el principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos. Todas las personas tienen iguales derechos e igual dignidad y ninguna de ellas debe ser discriminada en relación con otra. La discriminación impide el desarrollo pleno del potencial de la persona, mina la confianza en las virtudes de las sociedades democráticas y provoca exclusión social.

El principio de igualdad de trato y no discriminación ha de ser real y efectivo en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios.

³⁴ En ese tenor de ideas, podemos establecer que cobra mucha importancia el principio de igualdad ante la ley, el cual hace referencia que todas las personas que intervengan en el proceso penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

³⁵ El propio Lafragua ofrecía como remate la siguiente perla impregnada por la lógica de la excepción: “Las garantías que la sociedad concede a los individuos no deben nunca convertirse en armas contra ella misma, porque ante el interés común desaparecen los intereses individuales”.

1.1.4. Principio de proporcionalidad

El derecho penal desde un punto de vista teleológico es señalado por un gran sector de la doctrina como un instrumento del Estado que permite la protección de bienes jurídicos tutelados relevantes en una sociedad. En este sentido, el tipo penal cumple una función político-criminológica relativa a la prevención de delitos en el plano general para la sociedad y en el caso de que exista la comisión de un hecho punible la prevención se dirige al sujeto al que se le deba imponer una pena; ésta precisamente es la que cumple con una función general y especial.³⁶

El principio de proporcionalidad en sentido amplio no sólo requiere que la intervención penal persiga la finalidad de protección de bienes jurídicos-penales, sino que resulte idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.³⁷ La idoneidad penal implica que ésta debe ser eficaz para lograr la protección del bien jurídico tutelado. El Estado como ente monopolizador legítimo de la violencia debe buscar como prioridad en la materia: aminorar o disminuir la incidencia del fenómeno delictivo utilizando las herramientas jurídicas y políticas eficientes para lograrlo.

Para hablar de proporcionalidad en materia penal principalmente debemos centrarnos en dos ámbitos de aplicación: el primero, en relación con la punibilidad que se establezca por el legislador en los tipos penales y un segundo ámbito durante el procedimiento penal en específico en las fases de investigación (desjudicialización o inicial y judicializada), intermedia, juicio oral, y en la de ejecución.

Este requisito apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Este principio, al igual que su fundamento —la legítima defensa—, supone la existencia de un peligro inminente y

³⁶ MORENO MELO, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ubijus, México, 2015, p. 83.

³⁷ MIR PUING, Santiago, *Bases constitucionales de derecho penal*, Editorial Iustel, España, 2011, p. 116.

exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro.

De manera muy general significa que las sanciones que se impongan serán resultado exclusivo de considerar las infracciones cometidas y las particularidades del caso; significa que habrá una correcta relación y dependencia entre la infracción para el caso de materia disciplinaria, o el delito y la sanción aplicada para el caso del Derecho penal. Este principio exige del funcionario que sancione imparcialmente y que las consideraciones dentro del proceso sean adecuadas a la conducta que se investigue y que se juzgue.³⁸

Dada su importancia en cuanto al resguardo de los derechos humanos, la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, al igual que de los demás, presupone una revisión periódica por parte de los órganos nacionales competentes, en particular el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Dicha aplicación permite tener una correcta ponderación de los derechos fundamentales.

Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el relator especial propone, como normas tipo, entre otras, las siguientes: durante el estado de excepción, las restricciones que se imponen al ejercicio de los derechos humanos deberán serlo en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, habida cuenta de las demás exigencias establecidas en el orden interno e internacional; y cuando un estado de excepción afecta el ejercicio de ciertos derechos humanos susceptibles de derogación, en la medida de lo posible, se adoptarán medidas administrativas o judiciales destinadas a atenuar o reparar las consecuencias adversas que esto entraña para el goce de dichos derechos.

A través el principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación

³⁸ MORALES NUÑO, Gissela, *Los principios de Derecho penal aplicados al derecho disciplinario*, p. 8. Consultado en: <http://www.tjffa.gob.mx/investigaciones/pdf/losprincipiosdederechopenal.pdf>

sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrar en el objeto de un derecho), sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere en su aplicación su contenido esencial.³⁹

La exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

Estos son los elementos del juicio de proporcionalidad:⁴⁰

1. Exigencia de idoneidad o adecuación de la medida limitativa concreta al fin perseguido con el límite impuesto al derecho fundamental. Que sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido a través de la medida, limitando el derecho fundamental como única forma de alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito.
2. La exigencia de necesidad o intervención mínima, que consiste en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de

³⁹ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 107.

⁴⁰ *Idem*.

su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.

3. La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquel límite. Este criterio suele traducirse en la necesidad de probar que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir que hubo un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético de lesión del bien o derecho que se desea proteger con el límite impuesto al derecho fundamental; y, una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre bienes están compensados respecto del objeto perseguido.

1.2. El sistema penal de excepción

La emergencia sólo es una crisis, y el estado de excepción es una de las formas para sortearla. Entre una y otra debe mediar una decisión política, y esa decisión pueda apuntar en cualquiera de las decisiones.⁴¹ La coyuntura exige definiciones, y éstas pueden acoger tanto el discurso de las minorías que apostarán por la democracia y los derechos como el de aquellas que claudicarán y harán filas en el contingente autoritario.⁴²

Uno de los aspectos cruciales que debe despejarse cuando se estudia el estado de excepción, además de la gravedad de la emergencia que lo justifica, tiene que ver con su

⁴¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Crítica de la mano dura*, op. cit., p. 57.

⁴² *Idem*.

duración. La teoría clásica en la materia advierte que sólo debe durar el periodo de tiempo necesario para enfrentar y superar las causas que lo provocaron. En ese tenor de ideas, dicha vigencia debe establecerse, de no ser así dicha excepción pasará a formar parte de una arbitrariedad.⁴³

El Estado de derecho se ha considerado por la teoría del garantismo penal como gobierno de leyes contrapuesto al gobierno de los hombres. Norberto Bobbio lo considera como gobierno sometido a las leyes. Desde otra perspectiva, Estado de derecho es sinónimo de garantismo, no simplemente un Estado legal, sino un modelo Estado que nace en las constituciones y que en el plano formal está sujeto al principio de legalidad, mientras en el plano sustancial, por el funcionamiento de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo tanto cualquier sistema de control social formal que los excluya denotará un Estado autoritario.⁴⁴

El Estado liberal de derecho o Estado guardián en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales se arroga el derecho a castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social”.⁴⁵ Es por eso que una sociedad se busca el orden y “se manifiesta en todo grupo social una cierta forma de control que, por lo demás, es también indispensable para mantener el orden social dentro del grupo en que se manifiesta.⁴⁶

⁴³ La tendencia político-criminal: el enemigo es aquel que ha defraudado de manera duradera la confianza de un comportamiento conforme a derecho, o lo que es lo mismo, aquel respecto del cual se percibe que ya no garantiza un comportamiento en lo fundamental, por eso es diferenciado del resto de los ciudadanos.

⁴⁴ MOLINA FLORES, Pedro, “El sistema penal de emergencia, en la reforma constitucional en México”, en *Memoria “Garantismo y derechos humanos de la política criminal en México”*, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2010, p. 41.

⁴⁵ ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, 1a. ed., Instituto de Capacitación PGR, México, 1993, p. 70.

⁴⁶ *Idem*.

Así, pues, los individuos que pertenecen a una sociedad manifiestan su conducta, la exteriorizan a los demás y les sirven para expresar actitudes hacia los demás, así como para establecer relaciones, como bien lo expone Edgar Bodenheimer:⁴⁷

La conducta exterior de los miembros de la sociedad en sus relaciones mutuas es regulada por la cortesía. Se espera de todo miembro de la sociedad la observancia de ciertas costumbres sociales. Se han establecido patrones convencionales de conducta para ciertas clases y profesiones. Más importantes aún son las reglas y preceptos de moralidad que establecen una cierta jerarquía de valores condicionantes de la actitud y las acciones de los hombres respecto de sus semejantes. Finalmente, tenemos las reglas del Derecho que, desde el punto de vista de su importancia social, no tienen necesariamente que ser de mayor jerarquía que cualesquiera otras normas, pero cuyo cumplimiento está garantizado por la sociedad con mayor fuerza que el de las reglas pertenecientes a cualquier otros sistema normativo.

Todos estos instrumentos de control social realizan la función de asegurar un progreso inteligente y ordenado de la vida social.⁴⁸ “La violación de cualquiera de estas varias reglas de conducta comporta ciertas consecuencias desagradables para el infractor. En el caso de inobservancia de las normas de cortesía, las consecuencias pueden consistir en la reprobación, la crítica hostil o la interrupción de relaciones sociales”.⁴⁹

⁴⁷ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 94.

⁴⁸ El sistema de control social institucionalizado puede aparecer con un discurso formalmente punitivo y en donde encontramos más visiblemente el sistema de la justicia penal. Específicamente a través de las instituciones establecidas al efecto y que básicamente aparece conformada con la policía, el ministerio público, los tribunales, las instituciones penitenciarias y otras de ejecución.

⁴⁹ LOZANO TOVAR, Eduardo, *Política criminológica integral*, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1a. ed., Tlaxcala, México, 2002, p. 39.

En ese tenor de ideas, el sistema de excepción en materia penal nos ha mostrado que el derecho penal a lo largo de la historia ha estado en crisis permanente. Es por ello que cuando el derecho penal no resuelve una realidad, cuando ha perdido eficacia y legitimidad, su destino es reorientar o robustecer con argumentos nuevos que refunden su existencia sobre todo con base en principios de su origen.⁵⁰ La doctrina alemana describe los rasgos de la estrategia político-criminal que suele emplearse frente a la delincuencia organizada y a otros sectores delictivos o delitos considerados de especial gravedad. En esta medida, estamos haciendo referencia a las ideas de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo que también puede abordarse bajo la óptica de lo que han denominado Derecho de excepción.

Una de las características del derecho penal de excepción, en palabras de Cancio Melia, es el endurecimiento jurídico del derecho penal, inducida por el paradigma del enemigo en los tres momentos de la técnica punitiva (investigación, enjuiciamiento y ejecución),⁵¹ dado que se expresa en la personalización en el derecho penal de la emergencia, en el que prima un derecho penal del reo ante un derecho penal de delito. Lo anterior origina la transformación de la verdad procesal, obtenida con métodos fuertes de tipo inquisitivo, alterando con ello el objeto procesal.⁵² El sistema penal de excepción origina la neutralización del principio de publicidad en el proceso y de la garantía de defensa, originando un terreno propicio para cualquier abuso, dado

⁵⁰ Para Jakobs la terminología Derecho penal del enemigo es: "Enemigos, son los sujetos que personalizándose parcialmente, se apartan de manera duradera del reconocimiento del Derecho, con lo que impiden que las personas de Derecho puedan tener razonable confianza en que el derecho mantenga su vigencia".

⁵¹ JAKOBS GÜNTHER, Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 30.

⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 807.

que genera macroinvestigaciones contra centenares de imputados y la multiplicación de delitos a cargo de cada imputado y la prolongación desmesurada de procesos.

El derecho penal de excepción, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada. Con ellos se da un cambio drástico a la cultura del respeto a los derechos humanos, y en un aspecto jurisdiccional la violación al debido proceso.⁵³

Evidentemente, las dos cosas están conectadas e indican, a distintos niveles, una misma crisis de legalidad del derecho penal, tal y como resulta de la creciente divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo. Pero una no justifica a la otra, aunque sin duda ha contribuido a alimentarla. Ciertamente, las leyes de la emergencia tienen enormemente desplegado el poder judicial de disposición, legitimando arbitrrios y atropellos.⁵⁴

Ciertamente, la represión del terrorismo y de la delincuencia organizada ha requerido en los años pasados

⁵³ El Estado de excepción es una medida extrema para el derecho porque supone declarar la suspensión de la regularidad constitucional en áreas estratégicas: la de ciertos principios fundamentales, como la separación de los poderes; la de (algunos de) los derechos humanos de las personas y de sus garantías, la concentración del poder en manos del titular de Poder Ejecutivo —del presidente en el caso de México— potencializando su capacidad de decisión y acción sin contrapesos, y la utilización de algunas instituciones —típicamente, las Fuerzas Armadas— para la realización de tareas especiales. Paralizando, entonces, al núcleo del constitucionalismo democrático.

⁵⁴ La versión más extrema del Estado de excepción es el estado de sitio, una figura introducida por el derecho público francés que tiene sus orígenes en la Convención posrevolucionaria de 1791. Fue entonces cuando se utilizó por primera vez la expresión *état de siège* para referirse a la situación constitucional en la que las autoridades y las poblaciones civiles quedaban subordinadas a las autoridades civiles y a la jurisdicción militar.

procesos difíciles y complejos, donde los márgenes de error eran mayores que en los ordinarios, así como también lo eran los espacios abiertos a las injusticias involuntarias. Igualmente cierto es que en muchos casos las injusticias han sido, sin más, queridas por leyes.⁵⁵

¿Cómo concluyen estas dos tradiciones políticas con el nacimiento del Estado moderno en la forma del Estado de derecho? Según Ferrajoli, la primera tradición, la del derecho de resistencia, a pesar de cierta elaboración decimonónica y de las declaraciones ya recordadas en algunas Constituciones de la última posguerra, desaparece de hecho al haber confluído en la versión conservadora del Estado de derecho y de la limitación y división de poderes.⁵⁶

Por otra parte, se ha considerado, que si en el Estado absoluto el derecho de resistencia se justifica conforme a una fundamentación *iusnaturalista* y *contractualista* de la obligación política, como garantía contra las violaciones por parte del soberano del contrato social estipulado con sus súbditos, aquel pierde gran parte de su razón teórica y de

⁵⁵ Pero la crítica de las leyes excepcionales no puede hacer callar la responsabilidad de muchos jueces que demasiado a menudo, de hecho, han sobrepasado esas mismas leyes. Y «cuando, al observar más atentamente los hechos» —son las severas palabras de Alessandro Manzoni— se descubre una injusticia que podía ser vista por los mismos que la cometían, una transgresión de las reglas admitidas también por ellos, acciones opuestas a las luces que no sólo se daban a su tiempo, sino que ellos mismos, en circunstancias semejantes, demostraron tener, es un consuelo pensar que, si no supieron lo que hacían, fue por no querer saberlo, fue por la ignorancia que el hombre asume y pierde a su gusto, y no es una excusa sino una culpa; y que de tales hechos se puede ser por fuerza víctima, pero no autores.

⁵⁶ “Contra el supremo legislador del Estado, proclamó Kant, “no puede haber ninguna oposición legítima por parte del pueblo, porque sólo gracias a la sumisión de todos a su voluntad universalmente legisladora es posible un Estado jurídico; por ello no puede ser admitido ningún derecho de insurrección (*seditio*), todavía menos de rebelión (*rebellio*) y aún menos que todo de atentados contra él como individuo (como monarca) bajo el pretexto de abuso de poder (*tyrannis*).

su significación axiológica en un ordenamiento caracterizado por la sujeción a la ley de todos los actos del Estado y por la previsión de remedios y sanciones jurídicas, incluso penales, por las violaciones por parte de los titulares de los poderes públicos de aquellos pactos sociales que son las leyes.⁵⁷

Existe un elemento estructural del derecho penal de excepción, el llamado gigantismo procesal, desarrollado a su vez en tres dimensiones: horizontalmente, con la apertura de macroinvestigaciones contra centenares de imputados, mediante redadas masivas basadas en frágiles indicios como actos de instrucción iniciales y prejudiciales. Lo anterior deja en evidencia que el estado de excepción busca una especial atención a la seguridad nacional, antes que el respeto de derechos humanos.

Verticalmente, con la multiplicación a cargo de cada imputado de los delitos adjudicados, circularmente deducidos unos de los otros —los delitos asociativos de los delitos específicos, y viceversa—, o bien inducidos a título de concurso moral de los adscritos a los coimputados; temporalmente, con la prolongación desmesurada de los procesos, que se arrastran, a menudo sin razón, a veces con intervalos de años entre la conclusión de la instrucción y la apertura del juicio, de modo que se cumpla el máximo de la prisión preventiva.⁵⁸

⁵⁷ Un interesante estudio comparado de las legislaciones latinoamericanas y de la evolución del estado de excepción en México se encuentra en Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 11, septiembre-diciembre de 2004, pp. 801-860.

⁵⁸ Esta expansión pluridimensional de los procesos es indudablemente un efecto de la mutación sustancialista de las figuras de delito y de los métodos de comprobación de la verdad de los que se ha hablado hace un momento. Está claro que cuando el proceso no tiene ya como objeto de investigación un hecho criminal determinado, sino que pretende investigar toda una fenomenología criminal en todas sus complejas dimensiones políticas y sociales, se transforma inevitablemente en investigación

Se experimenta un derecho penal simbólico que denomina el resurgimiento del *punitivismo* característico del linaje del derecho penal del enemigo,⁵⁹ por ello este derecho sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no derecho penal, y para ello, deben considerarse aspectos relevantes:

- El sistema penal adelanta la punibilidad sobre un hecho futuro.
- En segundo lugar, las penas son desproporcionalmente altas.
- En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.

Al sufrir lesión los derechos de los ciudadanos, se consideraría al poder, la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en las propias manos del Estado. De este modo, el Estado de Derecho habrá sido abolido, toda vez que el poder punitivo les deparó un trato que no corresponde a la condición de personas dado que sólo los considera como entes peligrosos.

Resulta sintomático que, por lo que se puede percibir, todos los Códigos penales actuales de los Estados democráticos del mundo consideran que los sujetos representan un peligro latente para la sociedad, y que, si bien aún no comenzaron a ejecutar los delitos de terrorismo planeados, la misma conformación de una asociación ilícita supone una conmoción de la seguridad estatal.⁶⁰

historiográfica o en encuesta sociológica de dimensiones exorbitantes en relación con los esquemas garantistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad.

⁵⁹ JAKOBS GÜNTER, Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 21.

⁶⁰ POLAINOS-ORTS, Miguel, *El derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática estatal*, México, Flores Editores y Distribuidor, 2008, p. 44.

Las normas de derecho penal del enemigo son excepcionales en los Estados de derecho, designan casos de especial peligrosidad en los que se erosiona la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma, esto es, en los que se imposibilita el ejercicio normal de la personalidad por parte de los ciudadanos, orillando a ver a los ciudadanos como objetos, pero no como sujetos de derechos.⁶¹

Habrá que describir al sistema de excepción como un sistema que castiga vulnerando derechos humanos, ya que se dirige contra seres humanos que alteran el orden legal; por ello se considera que aquellos actos que van en contra de las reglas establecidas por el Estado deben ser sancionados de manera enérgica, ya que lo que está en juego es la seguridad y el orden social.⁶²

En México, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, surgen dos modelos de proceso penal: por un lado, el sistema acusatorio-adversarial, modelo que busca tener un eje rector garantista; y por otro lado, un sistema penal de excepción, dirigido para aquellos casos de delincuencia organizada. En dicho sistema de excepción, la prueba será ofrecida, desahogada y valorada siguiendo reglas y principios diferentes al sistema acusatorio adversarial.

Lo anteriormente descrito hace referencia que una justicia penal debe buscar, por encima de la seguridad pública, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos, particularmente, aquellos que deben ser reconocidos a todas las personas sometidas a la acción de la justicia penal.⁶³ En definitiva,

⁶¹ *Idem.*

⁶² El término que se utiliza en el derecho internacional es el del “estado de emergencia” pero, por congruencia con el desarrollo de la presente obra, será utilizado el de “estado de excepción” o “sistema de excepción”.

⁶³ En este sentido, *vid.*, entre otros parámetros internacionales, los artículos 2, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 3, 6, 7, 9, 10, 11, 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 5, 7, 8, 9, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

con alcance universal, por una parte, se demanda el estricto respeto de los derechos humanos, en tanto que, por la otra, se promueve su vulneración cuando se trata de delincuencia organizada.

Podemos advertir que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 contiene claramente las características de un sistema de excepción, ya que prevé una notable reducción de garantías procesales que, paradójicamente, la propia reforma se encarga de ampliar en otros apartados; y que constituye una verdadera declaración de guerra o lucha en contra de un sector específico de la población mexicana (con posibilidades de ampliarla a la población en general) y también adelanta la barrera de punibilidad, tal como se advierte de la definición de lo que se entiende por delincuencia organizada.

Capítulo II

Los sistemas procesales penales surgidos en el Estado moderno

2.1. El sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo, cuyo nombre proviene de la palabra “*inquisitivus*”, investigación, se refiere tanto al investigador como a sus atribuciones, incorporándose al vocablo, en la actualidad, la fuerza emotiva proveniente de su relación con las cortes de la Inquisición y con las características de aquel proceso de enjuiciamiento.⁶⁴ El sistema inquisitivo es todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.⁶⁵

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 conducente 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.⁶⁶

Para De Sola de Pino, prueba libre o inquisitiva es:

Aquella que traduce no tanto la íntima convicción del juez acerca de los hechos del proceso, como voluntad en cuanto a

⁶⁴ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y ESPINO, Miguel Ángel, *Fundamento del sistema acusatorio y perspectivas de su implementación desde la perspectiva latinoamericana*, Serie de Estudios Jurisprudenciales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p. 29.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 807.

⁶⁶ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., McGraw Hill, Serie Jurídica México, México, 2006, p. 363.

la fijación de los mismos. La distinción tiene capital importancia, porque la convicción verdaderamente íntima sólo Dios y el propio juez la conocen, mientras lo que la sentencia recoge es únicamente una exteriorización, que puede o no coincidir realmente con aquella.⁶⁷

Al concretarse no ya en su razonamiento sino en un mandato, es facilísimo disimular y difícilísimo atacar el divorcio entre la convicción íntima y su expresión extrema o entre ésta y los resultados efectivos de la prueba. De ahí que en contra de la opinión corriente, la llamada prueba libre no sea exponente de liberalismo procesal, sino de la dictadura judicial, puesto que se preocupa tan sólo de vencer, sin cuidarse además de convencer, como hace en cambio la sana crítica.⁶⁸ Ese rasgo y ese inconveniente se acentúan en dos de las formas más típicas de libre convicción: las emanadas del jurado y las de los tribunales de honor.

Este sistema fue propio de los regímenes despóticos, encontrando sus orígenes en la Roma imperial, triunfando en la baja Edad Media. Se perfeccionó en el derecho canónico (*inquisitivo ex officio*) y es en Francia donde este procedimiento alcanza un mayor grado de desarrollo. La ordenanza francesa de 1539 consagraba ya el sistema inquisitivo más o menos con amplitud. Sin embargo no es sino hasta la ordenanza de Luis XIV, en 1670, donde llega a su verdadero perfeccionamiento. Esta ordenanza dividió a la instancia en dos fases: una ante el juez permanente o técnico, unipersonal para las fases de inquisición, y la otra, ante un tribunal colegiado a quien correspondía el juicio y el fallo.

⁶⁷ DE SOLA DE PINO, Mireya, *La confesión en el procedimiento penal venezolano*, 1a. ed., Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1985, p. 282.

⁶⁸ En el sistema inquisitivo, el procedimiento se configura regularmente en una investigación casi furtiva, que por lo regular trastoca el derecho de defensa del acusado. El sistema inquisitivo pertenece a regímenes autoritarios, tomando su nombre de los tribunales de la Santa Inquisición de la Iglesia católica, lo que a lo largo de varios siglos pasó a ser un modelo adoptado por múltiples naciones de América Latina.

Por lo general, el procedimiento se iniciaba de oficio, si bien, en ciertos casos, se podía introducir en él como acusador del rey o del señor a quien, conforme a normas de competencia, le correspondía el ejercicio de la acción.⁶⁹

Como máximo exponente del sistema inquisitivo, debe mencionarse, en Alemania, a la Constitución Criminales Carolina de 1532, que el Tribunal de la Santa Sede Vehme con el mayor rigor aplicó el trámite procedimental; con tal cuerpo legal se restringió la acusación, hasta el grado de eliminarla.⁷⁰

El sistema inquisitivo se funda en los siguientes principios:

a) La jurisdicción es ejercida invariablemente por órganos permanentes del Estado (magistrados).

b) Progresiva eliminación del acusador; en la misma persona coinciden el acusador y el magistrado (*precedat index ex officio*), pudiendo éste abrir el proceso de oficio, mediante la eventual presentación de una acusación anónima, produciéndose una disparidad de poderes entre juez-acusador y acusado; se desecha así el principio acusatorio.

c) Se otorga al magistrado una potestad permanente.

d) Por lo tanto, el juez tiene poderes absolutos sobre el impulso procesal y la investigación de la verdad independientemente de la actitud de las partes.

e) Se autoriza el uso de tormentos y torturas para extraer la verdad al acusado o a los testigos.

f) El acusado carece total o parcialmente del derecho a la defensa.

g) Se hace regla general la prisión preventiva y la incomunicación del acusado.

h) El procedimiento se desarrolla bajo los siguientes principios: escritos, es secreto y no es contradictorio.⁷¹

⁶⁹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 480.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ El juez de conocimiento del proceso penal en ningún momento debe inmiscuirse y menos dirigir la investigación y las bases del procedimiento

En un sistema penal inquisitivo el elemento característico es que las funciones de investigar, acusar y juzgar están concentradas en una misma autoridad. Esta concentración puede dar lugar a diversos problemas para la administración de justicia.⁷²

Dada la ausencia de contrapesos, en el sistema inquisitivo se reduce la posibilidad de que la autoridad, al desempeñar sus distintos roles, actúe de manera imparcial y objetiva.⁷³ Siendo la pregunta: ¿cuál es el marco que el Estado utilizará para una razonable aplicación de su función sancionadora? Al respecto, consideramos que el marco debe ser el de un proceso penal que presente a un juez dotado de las importantes funciones procesales, así como un esquema procedimental que le permita desarrollar adecuadamente sus funciones en detrimento de la actividad procesal que los demás sujetos puedan realizar.⁷⁴

El proceso inquisitivo tiene un carácter del todo diferente: su objeto primero y fundamental es sacar partido de todos los indicios que produzcan a la averiguación del crimen y

del imputado. La función de velar por la legalidad de las acciones de investigación del Ministerio Público debe corresponder a funcionario judicial distinto de aquel que le corresponda dilucidar la responsabilidad penal del imputado.

⁷² CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 29.

⁷³ DUCE Y PÉREZ PERDOMO apuntan que: “Tradicionalmente, el proceso penal de Latinoamérica se ha definido como un proceso *inquisitivo* en el cual el juez y el fiscal son una misma persona. El término se refiere al diseño general del sistema en particular el papel del juez, que no sólo se encarga de juzgar el caso sino también de dirigir la investigación que busca descubrir la verdad con relación a los actos lesivos”.

⁷⁴ Ferrajoli dice: “La oposición hasta ahora ilustrada entre *garantismo* y *autoritarismo* en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad”.

emplear todos los medios de investigación que la ley autoriza, por la mediación de un magistrado instituido por el Estado, circunscrito en sus atribuciones por los términos expresos de las instituciones legales en sus atribuciones por los términos expresos de las instituciones legales que del mismo emanan.⁷⁵

Su objeto final es el descubrimiento de la verdad material en su más completa expresión, a fin de que pueda definirse si se ha cometido tal crimen, si es su autor el acusado. Sigue, pues, este procedimiento una marcha enteramente analítica, y el magistrado aplica, por decirlo así, la duda y la observación filosófica a todos los pormenores que pueden dar materia para el descubrimiento.⁷⁶

En un sistema inquisitivo donde se concentran las funciones de investigar, acusar y juzgar es altamente probable que las conclusiones a las que llegue la autoridad cuando realiza funciones de investigación se ratifiquen cuando dicha autoridad haga las funciones de juzgador. Así, en la gran mayoría de los casos, el acusado será culpable o inocente a partir de la investigación y no como consecuencia de enfrentar un juicio imparcial y objetivo.⁷⁷

El principio de contradicción, esencial en todo proceso moderno, no existe en el sistema inquisitivo. Duce y Pérez Perdomo apuntan que en el sistema inquisitivo “más que un sujeto con derechos, el acusado es visto como un objeto del proceso. Así, la investigación (el sumario o los procedimientos anteriores al juicio) es secreta, aun para el acusado. El sospechoso puede ser detenido e interrogado, incluso sin ser notificado del crimen por el cual se le investiga.”⁷⁸

⁷⁵ ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *Tratado de la prueba criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 56.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸ DUCE, Mauricio J., “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”,

La presencia de los sistemas inquisitivos tenían dos manifestaciones. Por ejemplo, en Chile y en Colombia —antes de sus reformas penales— el juez concentraba la realización de tres funciones del proceso penal. De hecho, en distintos momentos del proceso, el juez era la autoridad responsable de investigar un supuesto acto delictivo, de acusar a un individuo como presunto responsable, y de juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado. Así, en los sistemas inquisitivos de Chile y Colombia el juez era de manera secuencial policial, fiscal y juez.⁷⁹

Otro ejemplo de los sistemas inquisitivos en Latinoamérica ha sido el sistema inquisitivo-mixto de México, el cual todavía sigue vigente en gran parte del territorio nacional. En el sistema inquisitivo-mixto de México, si bien hay una aparente separación de funciones entre el Ministerio Público (quien hace funciones de investigar y acusar) y el juez (quien determina la culpabilidad o inocencia de un individuo), hay una creciente participación del Ministerio Público en funciones que deben ser materia exclusiva del juez.⁸⁰

En efecto, el Estado, a través del Poder Judicial, impone la sanción al responsable de la infracción de la norma jurídico-penal. Pero la misma, que parecía una verdad de Perogrullo, conlleva un modelo explicativo y legítimamente el Estado, a través de los magistrados que conforman un poder estatal: el judicial, se convierte en el actor principal que dinamiza las instituciones vinculadas al monopolio de la violencia legítima.⁸¹

Reforma judicial. Revista mexicana de justicia, número 6, México, julio-diciembre de 2005.

⁷⁹ CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p. 117.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ PASTRANA BERDEJO Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El juicio oral penal (Técnicas y Estrategias de Legitimación oral)*, Editores y Distribuidores, México, 2010, p. 3.

El sistema inquisitivo constituye un ejemplo de un entorno profesional en donde un mayor perfeccionamiento profesional no es realmente “rentable”, o lo es muy marginalmente. En efecto, este sistema procesal penal no premia necesariamente una mayor preparación de los operadores —jueces y abogados— ni castigan su ausencia. El sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces.⁸²

El sistema inquisitivo es principalmente favorecido por la escrituración y el secreto, un abogado puede perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entiende, pero que puede responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega.⁸³ Los jueces, por su parte, gozan del refugio de su despacho y escasamente deben rendir cuentas por sus decisiones; así, pueden con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber jamás llegado a entenderlo.⁸⁴

En el sistema inquisitivo el juez en ningún momento debe inmiscuirse y menos dirigir la investigación y la base del procedimiento del imputado. La función velar por la legalidad de las acciones de investigación del Ministerio Público debe corresponder a un funcionario judicial distinto de aquel que le corresponda dilucidar la responsabilidad penal del imputado.⁸⁵

⁸² BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *Legitimación penal juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, p. 25.

⁸³ Ni hablar de la racionalidad de la conclusión de que probablemente la habilidad que más le otorgue competitividad sea desarrollar su habilidad para establecer buenas “redes” de funcionarios en los tribunales —y de policías fuera de ellos—, antes que privilegiar su capacidad de análisis jurídico o su conocimiento de la ley.

⁸⁴ BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y ESPINO, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 30.

2.1.1. La escrituralidad

El sistema inquisitivo moderno se divide en dos etapas, que en nuestro sistema legal corresponden a la averiguación y al proceso en sí.⁸⁶

La primera etapa es escrita y secreta, aunque en México esta última característica sea matizada como “de publicidad restringida”. Como todos sabemos, la averiguación previa y sus equivalentes en otros países son dirigidos por el Ministerio Público o fiscal, en el cual se confunden las funciones de sostener la acusación y conducir actuaciones materialmente jurisdiccionales; es decir, investiga y persigue, al mismo tiempo que juzga.⁸⁷

Como es obvio, la defensa en esta etapa se encuentra en sumo grado limitada por la elemental razón de que no hay verdadera defensa si no se está ante un verdadero juzgador imparcial que, además de esa imparcialidad subjetiva, cuente con una serie de garantías orgánicas, como la carrera judicial, la inamovilidad y la protección de un Consejo de la judicatura, que favorezcan y controlen tal independencia.⁸⁸

En este modelo, cuando se inicia el proceso, el acusado cuenta con todas las garantías al presentarse ante un juez en audiencia pública éstas ya no le sirven, ya es demasiado tarde. ¿Por qué? El valor probatorio atribuido a las evidencias obtenidas durante la etapa prejudicial resulta determinante en la mayoría de los casos; y casi todas las evidencias se documentan de manera escrita.⁸⁹

⁸⁶ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y prueba ilícita*, Editorial Porrúa, México, p. 26.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁹ En un sistema inquisitivo, ¿cómo conoce el tribunal esa prueba si no ha sido plasmada por escrito? El juicio no es una fase de investigación y acopio de datos y elementos de prueba sino de incorporación mediante su desahogo, valoración lógica y crítica de la prueba recogida, directamente analizada.

La mayoría de las pruebas en un sistema inquisitivo tiene como característica que se presentan por escrito, lo que indica que el juzgador no conoce el punto de vista del perito, del testigo, es decir, no está en la reconstrucción de hechos, sino que se limita a leer e interpretar lo establecido en el expediente. Todo ello nos lleva a establecer que dentro del sistema inquisitivo el juez tiene grandes poderes de la dirección material del proceso y puede incluso introducir pruebas.⁹⁰

En la obra patrocinada por el Instituto Max Planck para el Derecho penal extranjero e internacional (*Max Planck institut fir ausländisches und internationale Strafrecht*) y la fundación *Konrad Adenauer, Konrad Adenauer Stiftung*, titulada *Las reformas procesales penales en América Latina*, se denuncia cómo en algunos países de América Latina, incluido México, se enfrentan “a antiguos procedimientos por actas” (escritos), jueces inquisidores, con una organización judicial rígidamente verticalizada y escasa recepción de las garantías judiciales del Estado de Derecho.⁹¹

2.1.2. El secreto

El proceso se caracteriza por la vigencia del principio de escritura y es prácticamente secreto (averiguación previa) y los principios dialécticos y de contradicción son poco respetados; en la práctica, no se da igualdad de armas a la acusación y a la defensa.⁹²

El secreto es un elemento que permite el desenvolvimiento de toda la dinámica del Juez; es aquél dividido en dos fases: instrucción y juzgamiento. El primero, destinado a que el juez recabe la información que le permita establecer la presunta comisión de un delito y la responsabilidad del

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ MAIER, J. B., AMBOS, Kai., WOISCHINIK, J. (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Argentina, p. 18.

⁹² RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y prueba ilícita*, op. cit., p. 28.

imputado. El segundo, destinado a que el juez, luego de la actividad probatoria, emita un fallo o sentencia.⁹³

Para lograr la finalidad de la primera fase, el juez deberá limitar toda actividad, principalmente del imputado, que trate de obstaculizar la recolección de la información que le permita formular juicio sobre la naturaleza de los hechos y del juicio de responsabilidad, que a la postre será confirmada o, inusualmente, rechazada, durante la fase de juzgamiento. Asimismo, deberá asegurar toda la información que recolecte a través del principio de la escrituralidad (mencionado anteriormente). Y finalmente, para evitar todo peligro de obstaculización procesal, y so pretexto de una sospecha fundada de comisión delictiva, se prefiere que el imputado esté privado de su libertad hasta el dictado de la sentencia.⁹⁴

En este sentido las características, e incluso las justificaciones del sistema inquisitivo, vienen dadas por la finalidad del proceso penal como marco para que el Estado legítimamente imponga una sanción al responsable del delito. El sistema inquisitivo se puede sentenciar sobre la base de la información obtenida de la primera fase: instrucción, convirtiéndose la misma, como dice Bacigalupo, más de hecho que de derecho, en la fase del proceso penal y la que determina el resultado del mismo.⁹⁵

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 291 y 302, nos dice:

Cuando en la investigación el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas el Titular de la Procuraduría General de la República o los servidores

⁹³ PASTRANA BERDEJO, Juan Davis y BENAVENTE CORRES, Hesbert, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁴ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal: fundamentos*, Tomo I, 2a. ed., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 449.

⁹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor, *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, p. 147.

públicos facultados en términos de su ley orgánica, así como los Procuradores de las Entidades federativas, podrán solicitar al Juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma. Quienes participen en alguna intervención de comunicaciones privadas deberán observar el deber de secrecía sobre el contenido de las mismas.

Como dice Miguel Sarre: “cuando menos garantías tiene el acusado, mayor es el valor de las pruebas, mientras que en la medida cuenta con mayores garantías, se reduce el valor de las pruebas. Dicho de otra forma, cuando el acusado cuenta con todas las garantías, estás prácticamente ya no le sirven”.⁹⁶ Consideramos que todo enjuiciamiento debe contar con un máximo de seguridad y un mínimo de violencia. En ese tenor de ideas, el principio de secrecía constituye una forma de violencia por parte del Estado en contra de sus ciudadanos, ya que potencializa la intervención del mismo en la investigación y en el desarrollo del juicio.

En suma, el sistema inquisitivo no es un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal corresponde a los tribunales, pero éstos no utilizan el proceso, se trata entonces de un proceso; se trata de un Derecho penal “típicamente administrativo” y en su actividad no se respetan los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso.⁹⁷

2.1.3. Características de la prueba en el sistema inquisitivo

Ahora bien, realizadas las precisiones anteriores, es esencial señalar que las pruebas se encuentran con la imposibilidad de valorarlas dentro del juicio.⁹⁸ Demostrar la

⁹⁶ SARRE, Miguel, *Control del Ministerio Público, Los controles Constitucionales*. Anuario de Derecho Público, McGraw Hill Serie Jurídicas-ITAM, México, 1999, pp. 131-149.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, ESPINO, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 34.

hipótesis del delito desde el punto de vista inquisitivo es demostrar el delito, la responsabilidad penal y circunstancias que servirán para condena.

Este modelo de enjuiciamiento admite el principio jurisdiccional que propone que el juzgador debe tratar de alcanzar la verdad material, «lo sucedido en la realidad» y no conformarse con la realidad formal, la que se opone en el procedimiento. En atención a la búsqueda de la verdad material, el juzgador se reviste de instrumentos inquisitivos con los cuales puede solicitar la ampliación de la investigación en determinados aspectos, o en todos, que es llevada a cabo por el Ministerio Público.⁹⁹

El juez, en este procedimiento, es quien dirige la investigación y a quien le toca juzgar, importando una grave situación de desventaja procesal que se refleja en el derecho de defensa del imputado a quien, demás está decir, no se le reconoce su estado jurídico y fundamental de inocencia. De ahí que las pruebas recabadas durante la investigación en el procedimiento inquisitivo y que sirven para fundamentar la sentencia no han recibido el contradictorio por parte del imputado, ni concurrieron con inmediatez para el juzgador.¹⁰⁰

Se constata la hipótesis de la norma, la prueba tiene un método: la deducción. Se deduce la verdad a través de la ley, no se parte de una inducción, lo cual se opone con el principio de inocencia. El juez utiliza un sistema tasado para realizar la valoración de la prueba, es decir, la búsqueda de la verdad es con base a la descripción normativa, y no de los hechos.¹⁰¹

⁹⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Una investigación sin hipótesis, un proceso sin objetivos, una participación “sospechosa” del imputado. De ahí que, al analizar el “problema” del sistema inquisitivo, no resulta “honrado” seguir refiriendo los hechos del pasado, ni mucho menos alegar las “torturas” y “formas procesales” de la Inquisición, ya que constituye un procedimiento de investigación por un régimen de impunidad.

Las pruebas, en un sistema inquisitivo, se manifiestan en un Estado de leyes, el cual se encuentra obligado que todo medio de prueba se documente para que pueda justificar con la ciudadanía su actuar; es decir, se busca un principio de imputación objetiva, convirtiéndose el juez en anti-garantista y por ende en órgano de prueba.

En el lenguaje inquisitivo es más comprensible cuando se admite, desde la propia Constitución, la existencia de “los datos que —el defensor y el imputado— solicite para su defensa y que consten en el proceso”, la posibilidad de que el juez dicte la orden de aprehensión porque “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Todo lo anterior nos permite comprender que antes de la detención, se ha realizado una investigación sin previa participación del imputado y, consecuentemente, sin el nombramiento de un defensor, participando los órganos represivos; es decir, más propiamente, que se cuenta con “datos” o medios y elementos de prueba para darle fundamento a la acción represiva de los órganos de investigación por delito.¹⁰²

Por otra parte, si son típicamente característicos del sistema inquisitivo, la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa y el carácter escrito de la instrucción, no lo son, en cambio, de forma tan exclusiva, institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva, como la obligatoriedad y la irretroactividad de la acción penal, el carácter público de los órganos de la acusación, la pluralidad de grados de la jurisdicción y la obligación del juez de motivar sus decisiones.¹⁰³

¹⁰² HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 43.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 563.

2.2. El sistema acusatorio

Un sistema acusatorio tiene como objetivo principal el mantenimiento de las garantías fundamentales de los imputados durante la investigación penal y durante el proceso de juzgamiento.

La principal característica de un sistema acusatorio es que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y son cada una responsabilidad de instituciones distintas.¹⁰⁴ Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que comprende la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.¹⁰⁵

Una alternativa al sistema inquisitivo es el sistema acusatorio oral. La principal característica de un sistema acusatorio es que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y son cada una responsabilidad de instituciones distintas. A grandes rasgos podemos hablar de cuatro etapas en el proceso penal; en cada una de ellas las funciones de acusar y juzgar es responsabilidad de autoridades distintas.¹⁰⁶

En los sistemas acusatorios es común que la investigación sea un esfuerzo coordinado entre el Ministerio Público (o Fiscal de la Nación) y la Policía Judicial (o de investigación).

¹⁰⁴ Esta idea fue recogida con claridad en sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Mc Neil vs. Wisconsin*, resuelto en 1991 con ponencia del juez Scalia; en el mismo caso hay un importante voto particular de John Paul Stevens que también se refiere al punto de la separación orgánica como caracterización de los modelos de proceso penal.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 564.

¹⁰⁶ CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, op. cit., p. 33.

En una segunda etapa, el Ministerio Público decidirá, a partir de la evidencia científica recabada, si hay materia para acusar a una persona determinada sobre la realización de un delito (en este momento se produce el ejercicio de la acción penal) y en su caso pedir medidas cautelares.¹⁰⁷

Así, en un sistema acusatorio el juez no participa en los procesos de investigación ni el Ministerio Público juzga, directamente o indirectamente, la culpabilidad o inocencia de un acusado. Cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro de un sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen. Como bien lo resume Guillermo Zepeda Lecuona: “la distinción fundamental entre ambos modelos es que el órgano de acusación y el que juzga estén separados (acusatorios) o se concentren en una sola entidad (inquisitivo).¹⁰⁸

El juzgador en este sistema es imparcial, entre él, alguien acusa al imputado; la verdad formal, que es la que surge de las pruebas que presenta el acusador, es la única fuente de conocimiento para fundamentar la sentencia. La investigación se controla por un juez de garantías, lo que aplica la conducción de procedimientos que no afectan los derechos constitucionales de los investigadores.¹⁰⁹

Las partes, acusador y defensor, se encuentran en igual situación de derechos. El acusador debe presentar todos los medios confirmatorios de su acusación ante el juez y el imputado tendrá todos los medios a su alcance para su

¹⁰⁷ En algunos sistemas acusatorios el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En Chile, a partir de su reforma de justicia penal acusatoria y oral, la Constitución también otorga la facultad de ejercer la acción penal a la víctima de la conducta delictiva.

¹⁰⁸ Guillermo Zepeda Lecuona ha escrito uno de los libros más completos sobre el funcionamiento y la problemática del sistema de justicia penal en México, ver: *Crimen sin castigo; procuración de justicia penal y ministerio público en México*, Fondo de Cultura Económica/CIDAC, 2004, cita en la p. 93.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y ESPINO, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 30.

defensa. En Italia y Latinoamérica el sistema se presenta con esta estructura:

Comienza con una etapa preparatoria o de instrucción a cargo del Ministerio Público, que se inicia por denuncia, querrela o prevención. La finalidad es la investigación del hecho punible y se puede encontrar que la Policía Nacional participe o coadyuve con esta finalidad. Se presenta una etapa intermedia donde el juez tiene la facultad de decidir acerca de las conclusiones plateadas por el Ministerio Público una vez que finalice la investigación. En esta etapa el juez debe evaluar la existencia o no de fundamentos serios para someter a juicio al imputado.¹¹⁰

Muchas veces la falta de la eficiencia del sistema acusatorio de procedimiento penal tiene que ver específicamente con el tema, pues, es patente la imposibilidad de disposición de las pruebas surtidas en la investigación.¹¹¹ En la etapa principal del juicio oral, las partes presentan los medios probatorios en que se sustentan la acusación y la defensa ante un juzgado que no ha conocido antecedente alguno del caso.¹¹²

De todo lo anterior se infiere que en el proceso por acusación la investigación de la verdad se hace por vía de síntesis; allí ambas partes antagonistas establecen un conjunto de afirmaciones precisas y aducen sus pruebas justifi-

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Una de las características del sistema acusatorio es que cuanto más tiempo tiene ejecutándose, peor son sus resultados. Esta calificación puede moderarse inyectando al sistema el presupuesto necesario para atender la cada vez mayor delincuencia con muy bajos estándares de cumplimiento de la labor de persecución delictiva.

¹¹² El problema básico que caracteriza al sistema acusatorio en el momento de su implementación y posterior funcionamiento tiene que ver con el acceso a la prueba para fundamentar la acusación. Los argumentos de intermediación de la prueba y el derecho a la contradicción ya explicados conllevan que las pruebas deban surtirse ante el juez de conocimiento penal; pero resulta que ésta ya se surtieron al menos una vez en la instancia precedente, y que si lograron la viabilidad de la consecución del procedimiento penal, informan sobre su conducencia para la condena.

cativas.¹¹³ Así que desde el principio del proceso el acusador se presenta y articula sus agravios; pero esta ventaja no carece de inconveniente: como los procedimientos tienen una publicidad ilimitada, su efecto es más sensible para el acusado; por consiguiente, el legislador se ve obligado a dar a éste seguridades contra toda acriminación calumniosa, sea exigido del acusador una caución, sea amenazándole con pena de prisión, etcétera.¹¹⁴ Formalizada ya la acusación, no hay necesidad de pasar a una instrucción preliminar;¹¹⁵ ábrase *incontinenti* el proceso, y el acusador y el acusado entran en la liza a la vista del juez a quien procuran persuadir.

Teresa Armenta Deu señala que este elemento es esencialmente en el sistema que estamos analizando, ya que:

no hay proceso penal, que se exprese o proponga por un sujeto diferente al que ha de juzgar. De lo anterior se deriva la prohibición de que el Tribunal inicie el procedimiento penal, “*ex officio*”, asumiendo funciones acusadoras o que continúe el proceso si hay un desistimiento de la acción penal. En el sistema acusatorio, no puede haber condena sin acusación, es decir, la actividad del Juez debe ser provocada por el ejercicio de la acción penal y sostenida durante todo el proceso, por esta misma institución, que además establezca cuales son los límites dentro de los cuales el Tribunal Penal debe resolver.¹¹⁶

Si bien es cierto que al separar las funciones de investigar, acusar y juzgar se cumple una condición necesaria para dejar atrás un sistema inquisitivo escrito, esto por sí solo no es una condición suficiente para establecer un sistema

¹¹³ ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *Tratado de la prueba criminal*, op. cit., p. 55.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Esta instrucción tiene, cuando menos, por objeto una especie de examen previo; por ejemplo, si el acusador es persona de categoría, después del cual empiezan las medidas preparatorias para la instrucción principal.

¹¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 55.

penal acusatorio y oral. Los principios jurídicos bajo los cuales se organizan cada uno de los sistemas penales, así como los mecanismos que los hacen funcionar en la práctica, son distintos en ambos modelos.¹¹⁷

Las diferencias adicionales entre sistemas acusatorios e inquisitivos se pueden señalar a partir de una descripción básica de su funcionamiento. En términos generales, los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. En cambio, los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con elevados niveles de hermetismo.¹¹⁸

La tradición histórica del proceso acusatorio, en cambio, se caracteriza por la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; no puede decirse lo mismo de otros elementos que, aun perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son lógicamente esenciales de su modelo teórico, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al Poder Ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios del jurado, etcétera.¹¹⁹

Pero aun en los casos en los que se tiene identificados a los sospechosos, la investigación no logra ser lo suficientemente fuerte como para mantenerse en juicio. Los reportes de los periódicos indican que en el 2005 únicamente hubo 115 juicios por homicidio exitosos, de alrededor de 5338

¹¹⁷ En contraste al optimismo que ha caracterizado a los operadores del sistema judicial en cada uno de los países que han adoptado el sistema acusatorio, al menos en los primeros años encontramos un recién elaborado informe de las Naciones Unidas que suplica más fondos y ayuda a los sistemas de América Latina.

¹¹⁸ Para una distinción de las características de los sistemas inquisitivos y acusatorios ver el texto de Ana Montes Calderón, “Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio”, en *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*. Lecturas Complementarias. Comisión Internacional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, Bogotá, 2003, pp. 17-25.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 563.

casos reportados.¹²⁰ Si es correcto, los homicidios en Guatemala tenían una posibilidad de alrededor del 2% de enfrentarse a juicio. En tal clima, el efecto disuasivo de la ley es mínimo.¹²¹

Dentro de los principios que hacen del sistema acusatorio un sistema que busca hacer más humano al juicio penal, encontramos los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e imparcialidad.¹²²

2.2.1. Publicidad

La publicidad hace más transparente la actividad procesal. El público puede asistir a las audiencias. La sociedad tiene derecho para cesar a la justicia y ejercer control sobre las actuaciones de los sujetos procesales.¹²³

Se trata de una regla consustancial en las actuaciones judiciales. Lo que se ventila en un proceso debe ser público al menos en un doble sentido: a) cualquier interesado debe poder consultar las actuaciones realizadas dentro del juicio; b) todo lo actuado debe ser público.¹²⁴

¹²⁰ La violencia o la criminalidad se destacan como consecuencia principal de la ineficacia del sistema acusatorio en nuestras sociedades. Existe una violencia que aparece frente a la impunidad que se presenta en las sociedades.

¹²¹ LEGGETT, Theodore, *Crimen y desarrollo en Centroamérica, Atrapados en una encrucijada*, Naciones Unidas, Oficina Central de Drogas y el Delito, marzo de 2007. ISBN 978-92-1-030038-4.

¹²² En el proceso acusatorio, penetrado por el principio que se caracteriza por el redominio de las partes, como el desahogo de la prueba, está supeditado a la iniciativa e impulso de las partes y como en ésta se origina la facultad de disposición en cuanto se refiere a la prueba, resulta obvio que si el acusado confiesa cualquiera otra prueba posterior se hace superflua.

¹²³ GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, Ubi-jus, México, 2008, p. 35.

¹²⁴ CARBONELL, Miguel, "El acceso a la información del Poder judicial de la Federal", *Derecho comparado de la información*, núm. 4, México, julio-diciembre de 2004, p. 189.

El principio de publicidad es esencial en un sistema democrático de impartición de justicia, en cuanto abre la posibilidad de que los actos del tribunal sean fiscalizados ampliamente por las partes y por todos los interesados, evitando actuaciones procesales y legítimas, al margen del conocimiento de los contendientes, quienes de esta manera podrán hacer valer sus derechos de audiencia, de defensa y de contradicción, utilizando, en su caso, con toda oportunidad, los medios de impugnación previstos en la ley.¹²⁵

La publicidad del proceso penal conciente al control de justicia penal por la colectividad. Los asuntos penales son demasiado importantes como para que se les pueda tratar secretamente (como en el derecho procesal común). En la democracia, el pueblo es soberano. En su nombre se administra justicia y el juez es únicamente el representante de la comunidad jurídica. De esto debe darse siempre exactamente cuenta y también debe saberse que el público controla el procedimiento.¹²⁶

Conforme al criterio de Kisch, la publicidad es el principio según el cual debe ofrecerse al público la posibilidad, como regla, de presenciar la vista de los negocios; ofrece a todo el mundo la ocasión de seguir la marcha del proceso y de controlar la conducta y las declaraciones del juez, de las partes y de los testigos, así como de todas la demás personas que en él intervienen, influyendo favorablemente sobre el comportamiento de las mismas. El motivo justificativo de este principio es que la actuación pública anula la posibilidad de corruptelas mediante una inhibición producida por la presencia del público que se halla presente.¹²⁷

Uno de los aspectos más importantes que debe buscar el sistema acusatorio es, sin lugar a dudas, la necesidad de

¹²⁵ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., *Teoría general del proceso*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 132.

¹²⁶ BAUMANN, Jurgen, *Derecho procesal penal*, Depalma, 1989, Buenos Aires, pp. 107-108.

¹²⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 31-32.

que nuestros jueces asuman un mayor protagonismo social en relación con la solución del conflicto, que dejen de delegar tareas jurisdiccionales, que los perciban los ciudadanos ejerciendo sus funciones, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los habitantes de su circunscripción en lo que se refiere a la justicia penal y, en definitiva, que sean agentes del proceso político y social en una determinada sociedad.¹²⁸

El juicio es público, sin embargo, el tribunal tiene, la facultad de limitar la presencia de público en la sala para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiera tomar parte en el juicio. En este mismo sentido, puede prohibir a los intervinientes y a sus representantes entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.¹²⁹

Las audiencias serán públicas y abiertas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento, sino también el público en general, con las excepciones previstas en los propios códigos y demás leyes aplicables. Los medios de comunicación podrán acceder en los casos y condiciones que establezcan las leyes.¹³⁰

Será un elemento indispensable en todo sistema penal acusatorio la publicidad y transparencia de los procesos penales para instruir y juzgar a la vista de la sociedad y bajo su control. Esto habrá de generar un “sistema de energía eléctrica” que dé luz sobre las razones, los elementos y la justicia de las decisiones en el proceso y dotará gradualmente de legitimidad social a la justicia penal, tanto en los casos de menor importancia como en los que tenga un gran impacto social.¹³¹

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J. Mauricio, *Legitimación penal juicio oral y prueba*, op. cit., p. 25.

¹³⁰ RIOSECO, Raúl F., *Sistema acusatorio y prueba ilícita*, op. cit., p. 39.

¹³¹ Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios

2.2.2. Contradicción

La palabra contradicción proviene del vocablo latín *contradictiō, -ōnis*, del verbo *contradicere*, que es igual a contradecir. La segunda acepción del diccionario de la lengua de la Real Academia Española define contradictorio, en su segunda acepción, como afirmación y negación que se oponen una a otra y recíprocamente se destruyen.¹³²

Por lo que se puede afirmar que el principio de contradicción¹³³ se torna jurídico en el momento de ser inherente a otro postulado, como lo es el derecho a una defensa adecuada, dentro de un proceso jurídico dotado de garantías constitucionales; según este postulado, todo el trámite procesal está presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios. Por lo que se puede aducir que el proceso es la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan.¹³⁴

opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli: “asegurar el control, tanto interno como externo, de la actividad judicial”. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor.

¹³² <http://lema.rae.es/drae/?val=contradiccion+>, 10 de agosto de 2013.

¹³³ Se resume en el vocablo latino *auditar et altera pars* (óigase a la otra parte), es uno de los principios generales del derecho que tiene antecedentes más remotos. Aparece en textos de escritores griegos como Eurípides, quien en las Heráclidas se preguntaba: “¿Quién podría decidir una causa sin haber escuchado a las dos partes?”; o como Aristófanes, quien en *Las avispas* afirmaba: “Sabio es verdad quien dijo: no se debe juzgar antes de escuchar a las dos partes”. Se atribuye a Foclídes de Amileto la siguiente frase: “antes de haber oído a una y otra parte, no se debe dar sentencia sobre su litigio”.

¹³⁴ HERNÁNDEZ AGUIRRE, Christian Norberto, “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio”, en *Prospectiva Jurídica*, año 5, núm. 10, julio-diciembre 2014, UAEM-Centro de Investi-

Una garantía de singular importancia como es el derecho de defensa en cada parte del procedimiento y durante todo el proceso que se lleva a cabo, implica la necesidad de garantizar, el principio de contradicción. El proceso no puede entenderse como un monólogo del juez, sino como un diálogo abierto entre los diversos intervinientes en su calidad de partes, sujeto a acciones y reacciones, a ataques y contraataques. Por estos motivos se le ha denominado también como de bilateralidad, de controversia o de carácter dialéctico del proceso.¹³⁵

Lograr la contradicción no es objeto sencillo. El contradictorio como principio procesal sólo puede lograrse con claridad cuando la contradicción probatoria facilita la contradicción subjetiva. El contradictorio, entonces, de especial importancia en la fase de debate oral, ha de exigirse en la fase de acopio probatorio, en los anticipos de prueba.

Objetivos del principio de contradicción:

a) Asegurar la calidad de la información que deberá pasar el test de poder ser controvertida por la contraria; sólo así se intentará asegurar su verdadero valor “verdad”.¹³⁶

b) Dar oportunidad a la parte contraria de hacerse cargo de la prueba desahogada.

c) Dar confianza al Tribunal al momento de resolver.

Durante el proceso, las partes tendrán derecho a conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, a intervenir en su formación, así como a oponerse a los alegatos de la otra parte.

La contradicción procesal y la igualdad entre las partes permitirán articular un proceso dialéctico de valoración de la prueba para conocer la verdad de los hechos a partir

gaciones en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, Toluca, Estado de México, p. 67.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, op. cit., p. 35.

de la presentación de pruebas y argumentos de manera equilibrada y en igualdad de circunstancias entre la defensa y el Ministerio Público.¹³⁷

En un sentido estricto se puede aducir que la palabra contradicción con relación a la prueba significa que la parte contraria contra quien se opone una prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe de llevarse a la causa a la que la generó con conocimiento y audiencia de las partes.¹³⁸

Por constituir un derecho fundamental el derecho a la contradicción, se puede sostener que debe nacer a la vida jurídica desde el momento en que surja un cargo o una imputación por un delito determinado contra cualquier persona que por lógica pueda ser objeto de la acción penal, para la cual, en efecto, es necesaria para el ejercicio de una defensa que se garantice, en su más alta medida, su efectividad y una debida interpretación por el juzgador.

Lo anterior tiene su fundamento legal en el hecho de que tal y como se desprende del sentido lógico de su enunciado, este principio se caracteriza por las garantías que brinda, para oponerse y formular objeciones a los actos y decisiones que se tomen en detrimento de la situación

¹³⁷ La regla de contradicción, esto es, análisis, discusión, argumentación, confrontación: diálogo, en suma, bajo la mirada atenta del juzgador. La contradicción es el alma del proceso acusatorio; encarna el drama del proceso, que de otra suerte sería —como ocurrió bajo el concepto inquisitivo— un largo monólogo del tribunal: monólogo reflexivo en el sentido estricto de la expresión, discusión interna del órgano consigo mismo.

¹³⁸ En un sistema inquisitivo o forma procesal inquisitoria, a pesar de aparecer enfrentados el Estado y el individuo, éste último no tiene el carácter de parte, simplemente porque el individuo hasta ignoraba la ley que le sería aplicable. Así mismo, en concordancia con Marina Gascón, respecto al proceso inquisitorio, es donde la búsqueda de la verdad se confía sólo a la confirmación de la hipótesis por parte del juez, sin dar posibilidad a las partes (mediante un contradictorio) a defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, es un proceso afectado de una tarea epistemológica importante.

jurídica del procesado, y no sólo esto, sino que también reviste al defensor de la facultad para contradecir y oponerse a las peticiones y planteamientos de las personas que, siendo funcionarios públicos o no, intervienen en el proceso.

Por lo que se puede aducir que el derecho a la contradicción o controversia, como otros principios del derecho procesal penal, emanan del derecho fundamental, madre o generatriz del debido proceso como herramienta flexible para alcanzar la justicia. Por lo que el derecho constitucional y legal de contradicción obtiene su efectividad y aplicabilidad en un proceso de partes, que como tal lo constituye un sistema acusatorio y adversarial, lo que en contraposición no sucede en la mayoría de las actuaciones dentro de un sistema penal inquisitivo o mixto inquisitivo, ya que, en sentido estricto y jurídico, allí hay carencia de partes en la mayoría de actuaciones.

El principio de contradicción es otro principio esencial en la práctica de la prueba al permitir a la defensa contradecir los elementos de cargo. Por lo que se puede afirmar que el principio de contradicción constituye una exigencia vinculada al derecho en un proceso con garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales el posibilitarlo y promoverlo en pro de una paridad de las partes.

2.2.3. Concentración

Significa que todos los actos necesarios para concluir el juicio se realizan en la misma audiencia, cuando se habla de concentración también hacemos referencia no sólo al desahogo conjunto, sino a que éste se lleve a cabo de preferencia en una sola audiencia (o en varias a criterio del juzgador).¹³⁹

Comprende reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y evitar la dispersión, lo cual, por

¹³⁹ CASANUEVA REGUART, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 82.

otra parte, contribuye a lograr mayor celeridad y economía en el proceso.¹⁴⁰ Acerca de este principio asienta el maestro Rafael de Pina que se presenta característicamente en el proceso oral y que debe haber el menor número posible de audiencias, en atención a que cuanto más próximas a la decisión sean las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión recibida por quien ha de resolver se borre y de que la memoria lo engañe y “tanto más fácil resulta mantener la identidad del juez durante el proceso”. En concepto del maestro Pallares, este principio exige que las cuestiones incidentales que surjan dentro del proceso se reserven para la sentencia definitiva, a fin de evitar que el proceso se paralice o se dilate, lo que a su vez exige reducir al menor número posible los llamados artículos de previo y especial pronunciamiento, las excepciones dilatorias y los recursos con efectos suspensivos.¹⁴¹

La concentración es una exigencia procesal, cuya realización se verifica con más propiedad en la oralidad. No puede ignorarse, sin embargo, los actos de debate, entre ellos, los actos que incorporan prueba, cuando es posible que ambos principios se hayan exigido previamente en el acopio de prueba anticipada.¹⁴² El desahogo de las pruebas y debates deberán concentrarse en una sola audiencia en la que se desarrollará toda la actividad procesal que producirá decisiones jurisdiccionales.¹⁴³

¹⁴⁰ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 135.

¹⁴¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 33.

¹⁴² CLARA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, Ediar, Buenos Aires Argentina, 1996, p. 251.

¹⁴³ La oralidad exige la presencia física, continua e ininterrumpida en el juicio, realizando de esta forma el principio de inmediatez. Pero, además, la oralidad permite la realización de etapas procesales concentradas, puesto que la parte sustancial de la causa puede desahogarse en una sola audiencia, o en una audiencia de varios días, pero que tenga un carácter continuo.

La concentración y la economía procesal es importante para que las audiencias puedan llevarse a cabo con la interacción de todos los actores, lo que ayudará a desahogar los procesos con agilidad y eficacia. Recordemos que la palabra audiencia se refiere a oír, no leer o escribir.

2.2.4. Continuidad

La continuidad, hace referencia a la forma de establecer algo sin interrupción. Al respecto, en el Código de Procedimiento Penales de Chihuahua se establece por ejemplo, que: “Si la audiencia de juicio oral no se reanuda a más tardar diez días después de la suspensión se considerará *interrumpida* y deberá ser *reiniciada*, previa declaración de *nulidad* de lo actuado en ella”.¹⁴⁴

Cuando en una audiencia pública el juzgamiento se ha iniciado pero por un impedimento físico o causa de fuerza mayor no se puede continuar, se debe ordenar la suspensión de dicha audiencia para reanudarse al siguiente día hábil, continuando durante los días consecutivos necesarios para la conclusión de ésta en la brevedad posible. La continuidad consiste en: presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como los actos del debate, se desarrollarán éstas ante el juez, de tal forma que la audiencia será continua, sucesiva y secuencial, excepto los casos que prevea la ley.

Ricardo Laven menciona que el principio de continuidad:¹⁴⁵

Se refiere a la exigencia de que el debate no se interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle de forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, incluso la ley define lo que debe entenderse por sesiones sucesivas, que son aquellas que tienen lugar en el día siguiente o subsiguiente del funcionamiento ordinario del tribunal.

¹⁴⁴ Dicho ordenamiento legal, constituye uno de los primeros en describir al principio de continuidad, y por supuesto, es parte fundamental para dar sentido al artículo 7o. del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁴⁵ LEVEN, Ricardo, *Manual de derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, 1994, p. 124.

Este principio alude que el juicio oral no puede ser interrumpido, sin embargo, permite intervalos para aquellos actos jurídicos que por su propia naturaleza se desarrollen en el tiempo previsto, sin perder la necesaria inmediación. De tal suerte existen recesos por naturalezas fisiológicas momentáneas. Es decir, la continuidad alude a que el debate no sea interrumpido, la audiencia debe realizarse en forma continua y en el caso en que por causas de fuerza mayor se interrumpa; ésta se realizará lo más pronto posible, al día siguiente o al subsiguiente que sea hábil; lo cual determina una exigencia de un juicio ininterrumpido, se continuará en forma sucesiva trayendo consigo el principio de inmediación requerido en todo juicio oral, en conjunto con la concentración de éste.

Las audiencias se desarrollarán en forma continua, sucesiva y secuencial, preferentemente en un mismo día, o en días consecutivos hasta su conclusión; pero si ello no fuere posible, se verificará en los siguientes días en los términos previstos en los códigos.

Por último y sin que ello implique la suspensión del juicio oral, el Tribunal se encuentra facultado a decretar intervalos en el curso del debate en los cuales las partes intervinientes en el mismo puedan satisfacer necesidades de descanso y alimentación, lo cual se condice con la búsqueda de una mayor capacidad de atención y concentración de los actores en el proceso con el objeto de lograr el mejor desempeño de las funciones que le compete a cada uno de ellos.¹⁴⁶

2.2.5. Inmediación

Es la forma de que la información debe llegar sin intermediario alguno. Dicha información debe ser limpia y sin vicio.

¹⁴⁶ ZARAGOZA ORTIZ, Julián, CASTILLO ESPINOSA, María Cristina, *Las pruebas en el sistema acusatorio*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, p. 138.

- a) Jueces (presencia ininterrumpida)
- b) Acusado (se le autoriza salir sólo después de su declaración, actos particulares).
- c) Ministerio Público (no comparece o se aleja sin causa justificada, reemplazo inmediato, bajo mecanismos que determine la Procuraduría General de Justicia del Estado; sino se le reemplaza en el acto, se tendrá por retirada la acusación)
- d) Acusador coadyuvante (no comparece o se aleja, se le tendrá por desistido de su pretensión).

La intermediación nos hace referencia que sólo tenga valor probatorio la evidencia que se desahogó en presencia inmediata del juez (y no del Ministerio Público, del secretario o de la mecanógrafa), para que realmente se cumpla la garantía de ser juzgado por un juez imparcial.

La oralidad requiere de la intermediación, es decir, del mayor contacto personal del juzgador con los elementos subjetivos y objetivos del proceso. De ahí que una de sus consecuencias se oriente en el sentido de evitar cambios en las personas físicas titulares del órgano jurisdiccional durante la tramitación del proceso. Por otra parte, la intermediación supone la permanente participación del juez en el proceso, lo que lo convierte en un activo protagonista y director de la escena procesal.¹⁴⁷

El afán de dar al tribunal una impresión lo más fresca y directa posible acerca de las personas y los hechos (en contraposición con el proceso del derecho común) dio lugar al principio de la intermediación. Se trata de dos exigencias: la intermediación 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 media-

¹⁴⁷ ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., *op. cit.*, pp. 133-134.

ción personal la tarea de servir a la obtención de la verdad material.¹⁴⁸

La intermediación, escuchando a las partes, teniendo una relación visual inmediata, junto con la contradicción presupone el conocimiento por parte de los sujetos procesales de todas las pruebas practicadas y de la forma en que se aportaron al proceso, a fin de evitar medios de convicción secretos y mecanismos indebidos que no sean objeto de controversia y oposición por las partes y que pueden en forma activa desvirtuarlas o darles un viraje o alcance diferente de manera oral en el juicio.

2.2.6. Imparcialidad

El órgano jurisdiccional que interviene en el juicio oral es distinto del que interviene en las etapas anteriores del procedimiento. La imparcialidad significa que el juez trata a las partes de forma igualitaria, dándoles la misma oportunidad para plantear sus. La imparcialidad significa que el juez no tiene interés personal en el resultado del caso.¹⁴⁹ La falta de parcialidad es esencial para el proceso judicial; por ello la imagen de la justicia ciega. Con la imparcialidad viene la objetividad.

Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal del debate (artículo 317 del CPP).¹⁵⁰ No debe haber “contaminación” en los jueces del juicio; se supone que no deben conocer información anterior que los

¹⁴⁸ BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 87.

¹⁴⁹ AHARON, Barak, *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁰ CCPCH, “Artículo 317. Restricción judicial. Los jueces que en el mismo asunto haya intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el Tribunal del debate”.

pueda hacer prejuzar, pues se protege la intermediación en la recepción de la prueba.

2.2.7. Características de la prueba en el sistema acusatorio

Este sistema llamado “de las pruebas legales” se sustenta en la verdad formal, disponen sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración el juez está sujeto a las reglas prefijadas legalmente.¹⁵¹

Esta prueba puede ser objeto de violentos ataques, no todos merecidos ni certeros. Dentro del procedimiento inquisitivo del siglo XII al XIII, los poderes del juez eran tan fuertes que para conjurar el riesgo del despotismo judicial se establecieron tres frenos.¹⁵²

- La apelación que permite la revocación del fallo.
- La prueba legal que restringe la facultad de apreciación del juez.
- El carácter esencialmente escrito del procedimiento.

La prueba legal puede eliminarse de los códigos actuales como jurídica, pero en cambio, como norma de experiencia y en cuanto efectivamente lo sea, presenta muy útiles servicios al juez.

El método de las pruebas legales, también llamado teoría legal de las pruebas, estimación legal de las pruebas, certeza legal, etc., consiste esencialmente, en la intervención de la ley en el sentido de que ella aprecia y estima previamente las pruebas, y de este modo fija las reglas para la formación del convencimiento del juez: en este caso impera no la lógica común, sino la que ha sido definida como lógica oficial y prestada. Asimismo se dice que

¹⁵¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *op. cit.*, p. 364.

¹⁵² DE SOLA DE PINO, Mireya, *La confesión en el procedimiento penal venezolano*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1a. ed., Venezuela, 1985, pp. 21-22.

al método de la teoría legal corresponde la teoría formal de las pruebas.¹⁵³

La intervención de la ley se podía manifestar en dos formas fundamentales: positivamente (teoría de la prueba legal positiva) y negativamente (teoría de la prueba legal negativa). En primer caso, la ley prescribe que, una vez verificados ciertos presupuestos indicados en ella, determinados hechos deben, considerarse como ciertos por el juez, aunque no esté convencido de ello; en segundo caso, la ley prohíben al juez considerar verdadero un hecho si no tiene cierta prueba mínima.¹⁵⁴

En este método de apreciación de la prueba, la investigación de la certeza legal aparece sólo como una operación puramente científica, basada en reglas fijas y cuya marcha puede ser dirigida por el legislador. En él se requieren conocimientos jurídicos, y sólo puede conferirse prudentemente esta misión a aquel a quien una larga práctica, su educación científica y sus conocimientos en la jurisprudencia lo pongan a la altura de su deber.¹⁵⁵

Según Mittermair las objeciones de este método de apreciación de la prueba son, principalmente:¹⁵⁶

- Es una locura querer detener con reglas fijas la capacidad humana de investigar y descubrir lo cierto de las cosas, encadenar de este modo su libre desarrollo. Indudablemente, la ciencia puede formular ciertas reglas útiles para la investigación de la verdad; pero deben ser en calidad de consejo y no preceptos. La ley debe obtenerse de establecer reglas que la conviertan en absoluta.
- Es imposible contemplar en unos cuantos artículos de la ley la multiplicidad de casos en que debe juzgarse, con todos sus matices y combinaciones infinitas.

¹⁵³ FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Tomo I, 1a. ed., Editorial Temis, Colombia, 1969, pp. 302-303.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ MITTERMAIR, Karl Joseph, *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 92-95.

- La enumeración de las diversas pruebas, en forma limitativa, provoca que el juez no puede dar importancia a ciertas circunstancias olvidadas por el legislador.
- El legislador se engaña si mira la convicción como resultado directo de las pruebas organizadas con arreglo a su sistema.
- Al querer prescribir una forma de prueba obligatoria para el juez, el legislador subyuga la conciencia de aquél y se aventura a ocasionar muchas injusticias.
- De que siempre la convicción del juez se forme por efecto de circunstancias casi inapreciables, y de que es imposible expresarlas en motivos jurídicos rigurosamente deducidos; fuerza es también concluir la imposibilidad de la teoría legal de la prueba.

Este sistema, además de replantear de modo protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, el cual, asistido por la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación.¹⁵⁷ Asimismo, bajo la premisa que frente al delito el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, debía establecer el marco legal de sanción.

Por otro lado, el dotar de esa importancia a la fiscalía no significa minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía debe también ejercerlo la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentarán ante el órgano jurisdiccional.¹⁵⁸

¹⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan, "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Núm. 1, Lima, Palestra, 1997, p. 338.

¹⁵⁸ *Idem*.

En el sistema acusatorio, obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusado, los cuales son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarles de todo el marco probatorio y de la valoración normativa, a fin de que un tercero, el cual el juez decida cuál interés le funda razonabilidad para ser amparado, dando un pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico-penales.¹⁵⁹

En un sistema acusatorio, la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos de este modelo, ya que constituye un elemento estructural y lógico de todos los demás. La garantía de separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez según Ferrajoli; por otra, un presupuesto de la carga de *la imputación y de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.¹⁶⁰

Pues, en efecto, mientras al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto. De ahí que el proceso penal, debe ser visto en un sistema acusatorio, como un procedimiento probatorio y no potestativo, asumen mayor significación toda una serie de garantías; una de ellas es que las pruebas se admiten a instancia de parte, y no, salvo ciertas excepciones, a iniciativa del juez, de modo que, en caso de inactividad de la acusación en relación con la prueba o con la contraprueba condicionada a su iniciativa, la prueba no puede considerarse obtenida.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 567.

¹⁶¹ *Idem.*

En un sistema acusatorio, el objeto de estudio es el hecho, no se habla de pruebas, se habla de indicios y evidencias, debe haber coherencia entre los hechos sucedidos y las evidencias e indicios; las pruebas en el sistema acusatorio deben buscar la verificación empírica del hecho.

A estas audiencias en las que se evalúa: 1. La admisión de pruebas; 2. Los hechos que se tendrán por probados mediante acuerdo a las pruebas a desahogar, los cargos, la participación y niveles de responsabilidad que se demostrarán frente al órgano jurisdiccional que llevará la audiencia de debate de juicio oral.

La oralidad en el proceso penal acusatorio permitirá conocer las pruebas sin tener que remitirse a los cientos o miles de páginas llenas de formalidades de un expediente, que saturan el trabajo de los juzgados y tribunales y que en muchísimos casos no se leen y sólo representan un gasto de papel. La oralidad permitirá documentar la prueba en medios diversos como el video, la audiograbación o la estenografía, lo cual facilitará el trabajo de los tribunales de alzada.

No es lo mismo que una persona sea condenada o absuelta de un delito en un juicio abierto a la vista de la sociedad, en presencia de un juez, después de un proceso de depuración de la evidencia y en donde tanto la parte acusadora como la acusada tuvieron la oportunidad plena de presentar sus pruebas y testigos en igualdad de circunstancias, que en un proceso cuyos ejes fundamentales están perdidos entre cientos o miles de hojas de papel que nadie lee (porque humanamente es imposible hacerlo), donde el juez estuvo ausente y muchas de las pruebas fueron prevaloradas por la parte acusadora, y cuando el imputado ya lleve días, meses o incluso años privado de su libertad.

Las pruebas que se surtan en la investigación, ya sean testimoniales, de reconocimiento, y hasta las periciales, que son fundamento para la formulación de la acusación y el llamado a juicio, deben inexorablemente ser surtidas «nuevamente» ante el juez que conoce el proceso judicial penal.

Las pruebas serán valoradas libremente por el juez según la sana crítica, pero no podrán contradecir reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. El juez debe hacerse cargo en la sentencia de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Los argumentos de inmediación de la prueba y el derecho a la contradicción ya explicados conllevan que las pruebas deban surtirse ante el juez de conocimiento; sin embargo, resulta que éstas ya fueron ofrecidas, al menos una vez en una instancia precedente, logrando con ello cierta demostración y persuasión, de los hechos que se someten a controversia.¹⁶²

Siendo así, la estructura básica del sistema acusatorio conlleva un grave desmejoramiento de las motivaciones fundacionales de las sentencias en relación con las que se dan en los sistemas inquisitivos.¹⁶³ Los argumentos de los que disientirán en defensa del sistema acusatorio convocará el recurso de prueba anticipada, o de medidas de protección de testigos, o de algunos excepcionales mecanismos que contempla la normativa procesal garante. Ninguno de estos recursos tiene la trascendencia requerida para evitar que se disuada a los testigos de la participación en el procedimiento.

¹⁶² SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y ESPINO, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶³ Actualmente en Panamá, con base en una encuesta, pude determinar que no es menor al 65% la cantidad de expedientes en los que las pruebas testimoniales son procedentes para fundar la condena, en cotejo con las pruebas técnicas.

2.3. La prueba en el sistema penal mexicano en extinción

La justicia penal, con la reforma en materia penal, sufre un gran cambio, ya que tiene como objetivo incorporar el sistema de garantías necesario para salvaguardar los derechos de todas las personas involucradas: víctimas del delito, personas sujetas a proceso, sentenciados y funcionarios públicos (policías, agentes del Ministerio Público, jueces penales, peritos, intérpretes o traductores, abogados, encargados de los establecimientos penitenciarios, etcétera).

Dentro del conjunto de tales garantías se impone una primera distinción conceptual que consideramos primaria o básica para diseñar adecuadamente cualquier propuesta de reforma. Una cosa son las garantías orgánicas y otras las garantías procesales. Las primeras se refieren a la posición que deben tener y las características con que deben desempeñarse los sujetos involucrados en el proceso, sobre todo los sujetos públicos involucrados en el proceso. Las segundas son más bien las que definen las actuaciones procesales, sus etapas, la forma en que se desarrollan, etcétera; es decir, las garantías relativas a la formación propiamente del juicio, lo que incluye la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial.¹⁶⁴

Tiene razón Nicolás Guzmán cuando afirma que:

La prueba es el único instrumento que puede ser utilizado por el juez afirmar que un determinado evento pasado ocurrió en un determinado lugar, en un cierto momento y de una determinada manera, lo cual implica simplemente que, para la decisión del caso, no puede valerse de otros elementos que no sean las pruebas, como podrían ser sus conocimientos personales del caso que debe decidir y que sin embargo no han sido comprobados en el proceso.¹⁶⁵

¹⁶⁴ CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, op. cit., p. 97.

¹⁶⁵ Se refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal, y se vincula con los diversos sistemas procesales

Otra transición importante será, con el principio de exclusión de la prueba ilícita, dentro del proceso solamente se podrán admitir como pruebas aquellas que se hayan recabado conforme a las normas jurídicas aplicables en cada caso.¹⁶⁶ Para el caso mexicano este principio de exclusión de la prueba ilícita tiene mucha importancia dado el contexto institucional en que se suele llevar a cabo la prevención y persecución del delito, en el que son abundantes las actuaciones policíacas y ministeriales contrarias a derecho.¹⁶⁷

Las detenciones arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto se ubica fuera de cualquier supuesto normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia Carta Magna que prevé la libertad de tránsito. Es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de mediación de aliento etílico.

Cuando al hacer dichas revisiones se encuentran elementos de prueba que puedan servir en un juicio penal, las autoridades no toman en cuenta que tales pruebas han sido

y con las ideas de verdad, conocimiento y plausibilidad socialmente importantes, siendo el destinatario de tales componentes el juzgador, que a la luz de las constancias decidirá por la certeza de las respectivas posiciones.

¹⁶⁶ Si una prueba fue obtenida violando la Constitución o las leyes no puede ser aportada en juicio y, si lo es, la autoridad judicial no podrá tomarla en cuenta al momento de tomar su decisión: la prueba en cuestión sería judicialmente inexistente e irrelevante.

¹⁶⁷ Al respecto conviene tener presente que en México, por ejemplo, son frecuentes las detenciones arbitrarias y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas detenidas mientras a disposición policial.

obtenidas de forma ilícita en la mayoría de los casos, puesto que tienen origen en un acto que resulta violatorio de derechos fundamentales por constituir una detención arbitraria.¹⁶⁸

Las partes serán confrontadas y confirmadas por la actuación de las propias partes, a través de los actos de prueba que, durante la audiencia, realizarán, ya sea en las declaraciones de personas (acusado, testigos, víctima y peritos), o bien en la información documental y/o material, o por última extrayendo los datos de otras fuentes de prueba.¹⁶⁹

Aquí el juzgador cede a las partes el rol protagónico en el desahogo de las pruebas; siendo las partes quienes, a través de las estrategias de litigación oral, defenderán su caso y atacarán la de su contraparte. Pero esta actividad probatoria no consiste en una actividad de salir a pescar lo que se encuentre, por el contrario requiere de un ejercicio racional, razonable y prudente, para ello, para cada órgano de prueba, el litigante debe contar con una estrategia procesal, así como, con las herramientas de litigación oral que el sistema normativo le permite.¹⁷⁰

En efecto, para cada órgano de prueba se tiene que contar con un planteamiento de litigación oral, el cual siempre tendrá como brújula la teoría del caso que el litigante pretende, al final de la audiencia, demostrar como válida, la creíble. Por ende, en la dinámica del juicio oral (en el

¹⁶⁸ Una muy buena consideración sobre este tema y sus consecuencias jurídico-procesales puede verse en Cossio, José Ramón, “La eficacia de los medios de convicción: el caso de los retenes en México”, *Lex. Difusión y análisis*, número 145, México, julio de 2007, pp. 5-22.

¹⁶⁹ Los parámetros probatorios potencialmente podría implicar, en la práctica, una disminución significativa de las garantías individuales de los ciudadanos; por esta razón puede afirmarse que la regulación adecuada de la vinculación a proceso constituye una de las cuestiones más delicadas al trasladar los preceptos constitucionales a la legislación secundaria.

¹⁷⁰ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El juicio oral penal (Técnicas y estrategias de legitimación oral)*, Editores y Distribuidores, 1a. ed., México, 2009, p. 188.

contexto de un proceso penal de corte acusatorio), las partes ya no deben esperar lo que el juez hará para con los órganos de prueba; sino que son ellos, por ser los interesados en demostrar su caso, los llamados a presentar un rol activo.

En suma, la prueba y el proceso penal, en un Estado democrático, tiene que consistir en garantizar el desarrollo de los ciudadanos en un marco de seguridad y libertades. Sin estas garantías, la legitimidad del Estado democrático se debilita y las tentaciones autoritarias y represivas se acen-túan, a la par que la inminencia de la anarquía. Los Estados autoritarios no tienen que respetar los derechos humanos, ni el derecho a secas. Para mantener la paz, los criterios de derecho y justicia se subordinan a los de orden, seguridad pública y control.¹⁷¹

¹⁷¹ BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *op. cit.*, p. 16.

Capítulo III

La reconstrucción de la verdad en el hecho delictuoso

3.1. Hecho y reconstrucción material

Del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que “realmente ocurrió”: el imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio y lo mismo cada uno de los testigos.¹⁷² En ocasiones se trata de versiones completas, en otras de versiones parciales; mientras que a veces dichas versiones se construyen sobre la base de la información.¹⁷³

El hecho delictivo es el acontecimiento que se adecúa a la norma penal abstracta —delito— que se obtiene a través del proceso cognoscitivo que evidencie la necesaria vinculación entre polos sustantivos y dogmáticos con el proceso penal.¹⁷⁴ Cuando los jueces fallan, construyen una versión acerca de lo que “verdaderamente ocurrió” y aceptamos esa versión como la versión oficial; en ocasiones hacen esto adoptando completamente la versión de una de las partes, en otras lo hacen tomando porciones de las versiones de cada una de las partes. Pero desde luego, nadie pudiera comprender que cuando el juez dicta una sentencia ella ha

¹⁷² BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2009, p. 80.

¹⁷³ En ocasiones dicha información se construye con base en el prejuicio o el error. Ésta parece ser una realidad difícil de evitar cuando se trata del juicio penal: cuando se trata de averiguar qué fue lo que ocurrió en un caso penal, lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencias.

¹⁷⁴ Conclusiones del Congreso Nacional de juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre *La reforma constitucional en materia penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 16.

descubierto necesariamente la verdad; los no pocos casos en que hemos condenado a inocentes o liberado a culpables parecen hablar alto en contra de esa idea.¹⁷⁵

La prueba debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato, nuestra versión acerca de qué fue lo que realmente ocurrió. Nuestra cultura jurídica, desde siempre fuertemente influenciada por una idea más bien simplista de “la verdad” asociada al procedimiento inquisitivo, ha operado tradicionalmente como si la prueba “hablara por sí misma”. Eso, en el proceso inquisitivo, se refleja en todo el modo de presentar la prueba.¹⁷⁶

La carencia de prueba y la negligencia o impericia en obtenerla frustran el deber de perseguir e impiden la función de juzgar. Se habría enrarecido, merced a la impunidad —procurada o no—, una de las misiones nucleares del Estado. Y las partes deben probar lo que afirman: lo mismo cuando atribuyen que cuando rechazan, así el fiscal y el inculpado, y en su propia hipótesis el ofendido que reclama el resarcimiento. Empero, el fiscal enfrenta esa tarea también bajo el título del deber funcional, al paso que los otros sujetos lo hacen en concepto de carga: para alcanzar una resolución favorable y evitar una adversa.¹⁷⁷

La verdad ha sido, históricamente, una condición necesaria del proceso judicial. El objeto de disputa del proceso judicial es la propuesta de verdad que cada una de las partes de la tríada procesal propone. La sentencia, ese discurso que decreta la verdad desde la jerarquía otorgada por la ley, descubre la verdad en maraña de argumentos, encuentra la verdad cuando hay algo que encontrar y construye la verdad cuando no la hay.¹⁷⁸

¹⁷⁵ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal juicio oral y prueba*, op. cit., p. 80.

¹⁷⁶ El juicio es profundamente estratégico en un sentido específico: la prueba no habla por sí sola. Debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y argumentación*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 28.

La verdad históricamente ha tenido muchas formas de presentarse en el proceso judicial. Cada una de las formas de presentarse la verdad en el proceso judicial está condicionada por la cultura de su época. Esto quiere decir que dichas formas no han sido un concepto inmutable, así como la idea de verdad misma.

En palabras de José Cafferata:

La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria, el llamado *fin inmediato de proceso*, debe desarrollarse teniendo a la reconstrucción conceptual de aquéllos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rostros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentación o de inferencias racionales sobre tales rastros o huellas.¹⁷⁹

Todo juicio, de cualquier naturaleza que sea, plantea a los jueces dos tareas diferentes, consecutiva la una de la otra. La primera consiste en establecer hechos pasados, en averiguar cómo sucedieron, en determinar el caso *sub judice*. Estriba la segunda en encontrar cuál es la ley que rige el caso, cuáles las disposiciones legales que desatan el nudo gordiano de la cuestión, dando razón al nudo, quitándosela al otro.¹⁸⁰

Persiste el debate en torno a la actividad probatoria del juzgador. No hay duda sobre la obligación que tiene de apoyar a la partes cuando éstas ofrecen pruebas que no podrían

¹⁷⁹ CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, 6a. ed., Lexis-Nexis, Argentina, 2008, p. 5.

¹⁸⁰ Las distintas concepciones que existen acerca del problema de la determinación de la verdad en el proceso no puede dejar de incidir en la forma de entender la prueba. Por una parte, en efecto, algunas de ellas implican que se ponga en discusión la relación de medio a fin que usualmente se identifica en la conexión entre prueba y verdad judicial; por otra parte, incluso cuando no se rechaza esa relación, las redefiniciones del fi, es decir, de la verdad judicial, tienen inevitables efectos sobre la forma de entender el medio, esto es, la prueba.

aportar por sí mismas. Pero hay cuestión acerca de la iniciativa judicial en materia de pruebas. ¿Puede el juez, bajo el régimen acusatorio, indagar los hechos por su cuenta con el propósito de conocer la verdad, que de otra suerte —y así lo percibe el tribunal— quedaría en penumbra? ¿Podría, en tal virtud, recuperar la función de inquirir, a riesgo de empañar la misión de juzgar? ¿O sucedería, más bien, que para iluminar ésta se verá en la necesidad de asumir aquélla?¹⁸¹

Si partimos de ciertas afirmaciones dogmáticas, la solución se complica extraordinariamente. Conformando al paradigma, el juez del sistema acusatorio debiera conformarse con la prueba que las partes le suministran, aunque advierta —porque el tribunal no es ciego— que así se le lleva de la mano por el camino del error, y consecuentemente de la injusticia. En los términos del mismo paradigma, el tribunal devendría inquisidor si disipa por sí mismo la sombra que le impide caminar en procuración de la verdad y hacer, justicia.

Esta razón por la que, en contraste con otros poderes públicos, el Poder Judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo de tipo racional y legal. No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda a la voluntad o al interés de la plenamente alcanzable, sino sólo aproximable a causa de los límites intrínsecos de los criterios de comprobación de la verdad procesal.¹⁸²

La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo.¹⁸³

¹⁸¹ Ferrajoli establece: “En un Estado de derecho la actividad jurisdiccional, es una actividad cognoscitiva además de práctica y prescriptiva, requiere, como justificación de las decisiones en las que se expresa, una motivación de la aceptación de sus presupuestos como verdaderos, aunque sea en el sentido relativo y aproximativo”.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1a. ed., Fontamara, México, 2004, p. 237.

¹⁸³ Las formas procesales de presentar la verdad en el juicio se modifican. Este sistema estatizado de administración de justicia y acusación

En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distintas y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirven, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas.¹⁸⁴

La verdad o la búsqueda de la verdad en un proceso jurídico-penal es una finalidad que se persigue¹⁸⁵ y que se puede conjugar con diversos medios y fuentes para su obtención, como puede ser con el principio de contradicción y demás principios con el conocimiento e imparcialidad del juzgador, como motor en la búsqueda de una motivación racional,¹⁸⁶ y razonable, donde se persiga un equilibrio entre la búsqueda de la verdad tutelando la dignidad del acusado y la participación de la víctima, sin que se persiga una verdad

estatal requiere de un proceso formal para descubrir, encontrar o construir la verdad. El problema de la verdad, desde la filosofía de Descartes, se busca resolver con el contenido de las siguientes características, debe ser evidente, clara y distinta. Estos son algunos criterios de la presentación de la prueba y de su valoración.

¹⁸⁴ PRIGOGINE, Ilya, *El fin de la certidumbre*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996, p. 167. En dicho texto se establece lo siguiente: “Toda mediación, previa a la generación de conocimiento, presupone la posibilidad de ser afectada por el mundo, y los afectados podemos ser nosotros o nuestros instrumentos. Pero el conocimiento no sólo presupone un vínculo entre el que conoce y lo conocido; exige que este vínculo cree una diferencia entre pasado y futuro. La realidad del devenir es la condición *sine qua non* de nuestro diálogo con la naturaleza”.

¹⁸⁵ Se puede decir que la verdad es aquella que se pretende obtener del análisis de lo ofrecido al proceso como resultado de la actividad probatoria, pudiendo o no coincidir con la verdad histórica, pero sobresaliendo o gozando de autoridad y consecuencias jurídicas, ya que independientemente de su coincidencia se calificarán de verdad los hechos probados y valorados, como jurídicamente relevantes durante el mismo.

¹⁸⁶ HERNÁNDEZ AGUIRRE, Christian Norberto, “La búsqueda de la verdad en el proceso”, en VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel y PATRÓN SÁNCHEZ, Fernando (coords.) *Varia Jurídica. Temas, ideas y reflexiones*, México, Ubi-jus/Universidad de Guanajuato, 2012.

absoluta sino el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone ya hemos salido.¹⁸⁷

La intervención de las partes en este punto tiene particular importancia, puesto que, hace posible que defiendan sus propios intereses, que no necesariamente tienen que coincidir con el descubrimiento de la verdad. Esta defensa puede suponer perfectamente la manipulación del material probatorio... La posibilidad de que el juez ordene la práctica de pruebas no solicitadas por las partes en los procesos puede contribuir a paliar es problema, como también se aduce que con el uso de la contradicción se pueda contribuir a ello, al escuchar a las partes y detectar márgenes de error o de disfunción en las pruebas.

Por lo cual, en el proceso se precisa la tutela de los derechos fundamentales por las autoridades sean municipales, locales o federales, con lo que se permita un equilibrio entre los sujetos procesales, con lo que se permita llegar a una justicia más humana, basada en una argumentación racional y razonable que se refleje en una resolución judicial; por ello la trascendencia de posibilitar el contradictorio como método (el cual no es exclusivo del sistema procesal penal acusatorio), que se siga tutelando desde la acusación y hasta el posible juicio oral, donde se pudieran poner en discusión las diferentes tesis formadas y formuladas por la fiscalía y la defensa en la exposición de su teoría del caso, con lo que deberá discernir e interpretar el juzgador, basado en razones jurídicas, hechos y pruebas allegadas integralmente, para llegar con ello a la valoración del caso, en particular en la búsqueda de una verdad jurídica racional y razonable, lo más acercada a valores.

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3a. ed., Madrid, Hammurabi, 2007, p. 120.

Cualquier juicio en torno a la verdad procesal que se persiguen en el enjuiciamiento penal deben partir de la hipótesis de la comprobación-probatoria de la verdad real, para ello el razonamiento que se adopte debe partir de un método inductivo, es decir, del mundo de los hechos del realismo jurídico, del acontecer que denota la existencia misma del enjuiciamiento y su vinculación con la prueba misma, pues consideramos que el juicio es inderogable cuando exista la acusación, la prueba y la defensa; y en el caso de la confesión como contenido probatorio debe valorarse partiendo del principio de inocencia de quien la vierta y no ser valorada como prueba de imputación directa.

3.1.1. El hecho

La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada en distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el *objeto* de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que es *probado* en el proceso.¹⁸⁸

En el ámbito del proceso judicial, el contexto en función del cual se debe determinar cuál es la descripción apropiada del *hecho* y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la decisión. La hipótesis que se asume aquí es, en efecto, que la determinación del hecho se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho. De esta hipótesis se deriva que el objeto apropiado de la prueba es el hecho que debe ser determinado, es decir, el hecho que es objeto de decisión.¹⁸⁹

¹⁸⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2011, p. 89.

¹⁸⁹ http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10la_prueba_de_los_hechos_aproximacion_critica_a_las_bases_argumentales.pdf.

El tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos suele reflejar una consideración de los mismos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de la producción, que sólo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad Fenech, al referirse a ellos como “esos datos fríos de la realidad”.¹⁹⁰

Es decir, los datos como lo dado, o sea, esa realidad o cualidad que es dada, y también que está dada, cuando se halla presente a un sujeto cognoscente sin la mediación de ningún concepto. Tal modo de existencia de los hechos permitiría al juez, de manera espontánea, sin mediaciones, una relación con ellos de total exterioridad, con el mínimo de implicaciones subjetivas.¹⁹¹

Siendo así, se intuye fácilmente que no se puede hablar del *hecho* separándolo completamente del *derecho* u olvidando sus implicaciones jurídicas. Con esto no se pretende hacer referencia aquí a toda la problemática tradicional, en muchos aspectos agotada, de las *relaciones entre el hecho y el derecho*.¹⁹² Es necesario tener presente un factor importante: en el proceso judicial, los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye *el hecho*.¹⁹³

¹⁹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, p. 49.

¹⁹¹ FERRATER MORA, voz “Dado”, en *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, vol. I, p. 705.

¹⁹² TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹³ El hecho, por tanto, no está todo por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es *hecho* lo que se define como tal en fundación de la norma aplicable para decidir la controversia.

Esto no implica ni permite confusiones entre el *hecho* y *derecho*, ni mucho menos autoriza a quitarle autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia. Está claro, sin embargo, que en un contexto como el que aquí se toma en cuenta, la noción de *hecho* no es elemental e intuitiva en absoluto y que es problemática su conexión con la dimensión jurídica de la controversia y de la decisión.

Así pues, no es necesario discutir en términos generales la distinción hecho y derecho, sino que hay que tomar en consideración las distintas modalidades con las que el hecho, destinado a constituir el objeto y la finalidad de la prueba, es identificado a través de las normas aplicables al caso específico. Se trata, en fin, de entender correctamente en qué consiste la denominada *calificación jurídica del hecho* y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad.

Probar jurídicamente un hecho implica dos actividades: por un lado, comprobar la realidad de un hecho, que éste efectivamente tuvo lugar en la realidad y no sólo en la mente de quien lo narra, esto es, que la forma en que ocurrieron los hechos se asemeja bastante a la presentada en el relato, y, por otro lado, que esa narración, la cual tiene un correlato real más o menos cercano, puede ser subsumida en la que está descrita en el tipo penal que se invoca.¹⁹⁴

La individualización del contexto de la decisión como esquema de referencia en función del cual se define el hecho como objeto de la prueba permite determinar dos perspectivas de definición del hecho, distintas pero convergentes, precisamente hacia la individualización de lo que constituye el objeto de la prueba.¹⁹⁵

La primera perspectiva está referida directamente al contexto de la decisión, en el sentido de que se obtiene de

¹⁹⁴ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2011, p. 117.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 96.

él las coordenadas que definen *teóricamente* el objeto de la prueba. La segunda perspectiva está referida a las modalidades mediante las que el objeto de la prueba es *concretamente* individualizado y fijado en el proceso en referencia al concreto supuesto de hecho controvertido. Desde esta perspectiva, el contexto de referencia es *también* la decisión específica que deberá ser tomada por el juez, pero es *sobre todo* el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de pruebas.¹⁹⁶

Está claro que estas dos perspectivas, o estos dos contextos, son distintos pero complementarios, dado que el procedimiento está destinado a producir la decisión y que ésta se encuentra condicionada y es modelada de diversas maneras por el procedimiento de la que es resultado. Cada una de esas perspectivas, no obstante, plantea distintos y complejos problemas que resulta oportuno analizar por separado, aunque sea para asegurar un mínimo de claridad en el discurso.

Por el momento, pues, se puede tomar en consideración la primera perspectiva, referida al contexto de la decisión, en la medida que es significativa para el análisis teórico del hecho como objeto de prueba; mientras que la segunda, referida al contexto de proceso y de la determinación concreta del objeto de la prueba, será examinada más adelante al estudiar la dimensión procedimental del fenómeno probatorio.¹⁹⁷

3.1.2. La verdad

Si la construcción de la *verdad* se logra al alcanzar la promesa de un consenso racional, desde Rorty, se puede afirmar que la construcción de la verdad es siempre una construcción lingüística, porque hay verdades toda vez que la verdad es una propiedad de los enunciados, porque la

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ *Idem.*

existencia de los enunciados depende de los léxicos, y porque los léxicos son hechos por los seres humanos.¹⁹⁸

El único conocimiento posible del modo de ser de la realidad es el discurso argumentativo que cada época hace de ella en la medida en que a cada época le corresponde un léxico determinado que dé cuenta de esa realidad. Por eso la comprensión de un enunciado tiene como única forma suprema la comprensión de la pregunta a la que responde: “toda pregunta es a su vez respuesta”, tal es la dialéctica en que nos hallamos inmersos.¹⁹⁹

La verdad ha sido, históricamente, una condición necesaria del proceso judicial. El objeto de disputa del proceso judicial es la propuesta de verdad que cada una de las partes de la tríada procesal propone. La sentencia, ese discurso que decreta la verdad desde la jerarquía otorgada por la ley, descubre la verdad en maraña de argumentos, encuentra la verdad cuando hay algo que encontrar y construye la verdad cuando no la hay.²⁰⁰

Laudan considera, en efecto, que la búsqueda de la verdad debe ser el objetivo prioritario (porque ello abona a la justicia del fallo, a la legitimidad de la función jurisdiccional penal y a la justificación de la existencia misma del Estado), no olvida el hecho obvio de que ese objetivo tiene que convivir con otros intereses legítimos que un proceso penal normalmente pretende promover de manera simultánea, mediante su traducción (o materialización) en reglas procesales específicas.²⁰¹

¹⁹⁸ RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 41.

¹⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977, p. 58.

²⁰⁰ RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y argumentación*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 28.

²⁰¹ LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, traducción castellana de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, España, 2013, p. 22.

En el aspecto jurisdiccional, la verdad históricamente, ha tenido muchas formas de presentarse. Cada una de las formas en que se presenta en el proceso, está condicionada por la cultura de su época. En otra palabras, la verdad no ha sido un concepto inmutable así como la idea de verdad misma.²⁰²

Pero si la verdad es una construcción, entonces las formas de presentarse la verdad será la construcción de un discurso que se sustenta en la concatenación lógica, racional, razonable y lingüística de las diferentes narraciones.²⁰³ La concepción semántica de la verdad procesal como correspondencia, Luigi Ferrajoli considera, más fuerte a la jurisdicción penal, donde el nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la *validez* de la decisión y la *verdad* de la motivación, que en cualquier otro tipo de actividad jurisdiccional.²⁰⁴

La verdad del hecho en disputa se encuentra en el hecho mismo. La verdad de la sentencia se encuentra en el descubrimiento que el juez hace del orden natural que rige el cosmos. Este orden natural es la verdad por esencia. La construcción formal de la verdad sigue un modelo determinado para presentarse; este es:

- a) Análisis del caso.
- b) Búsqueda de caso guía o precedente.

²⁰² La verdad y sus formas cambian históricamente de acuerdo a las significaciones temporales. Así, si la verdad es una condición inherente a Dios, la forma de presentarse la verdad en el proceso judicial será la del reconocimiento de Dios una u otra verdad propuesta. Pero si la verdad se descubre desde la racionalidad científica, entonces la forma de presentarse esa verdad será desde las periciales, desde las pruebas científicas y tecnológicas.

²⁰³ Narraciones en primera persona del indiciado, narraciones en tercera personas desde las testimoniales, narraciones explicativas desde los informes médicos y las periciales, etcétera.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 47.

- c) Utilización de relaciones de identidad y analogía.
- d) Argumentos abiertos.

En el derecho germánico se puede encontrar la idea del pacto como sustitución de la verdad. El derecho germánico regula, preferentemente, la guerra: la guerra real y la guerra ritual. Esto es, la disputa por la verdad en la comunidad germánica se resuelve desde la concepción de que la verdad se descubre desde la ritualidad de la guerra. La verdad en el proceso judicial encuentra su modernidad con Descartes. El problema de la verdad por primera vez rebasa la idea de que la verdad se descubre o se encuentra por medio de Dios o por medio de los sentidos. Dos recursos formales por medio de los cuales se presentó históricamente la verdad. Frente al engaño de los sentidos, surge la duda como método de trabajo, como proceso formal por medio del cual se puede descubrir la verdad.²⁰⁵

El acto de pensar es la única verdad, lo demás puede ser un engaño. Por lo tanto, el criterio de verdad (o su contrario) no radica en las cosas, en la naturaleza (ni en su esencia) ni radica en Dios, sino en el pensamiento del sujeto. La verdad, entonces, encuentra su certeza (su paradigma). Estas son las características de la verdad o de la evidencia que sirvieron de base para la racionalidad de los siglos posteriores hasta la entronización de la ciencia como paradigma de la verdad desde estas características del saber o verdad. Toda verdad en el proceso judicial, desde la filosofía de Descartes, debe tener las siguientes características: ser evidente, clara y distinta.²⁰⁶

²⁰⁵ El principio que sostiene a este método, es decir, la frase apotegma “pienso, luego existo”. Y este principio del método es quien ocupa el lugar de la verdad. Por primera vez la verdad tiene una definición que va más allá de la esencia o el ser de las cosas en sí y se coloca en la descripción, en uno de los modos de presentarse la verdad.

²⁰⁶ Estos son los criterios de presentación de la prueba y los criterios de valoración de la misma.

La verdad como comprensión es, a un tiempo, una interpretación y un movimiento argumentativo entre la tradición y el intérprete, es decir, para nuestro caso, una interpretación entre la tradición del corpus jurídico y el movimiento del intérprete de la tríada procesal. En este diálogo creador, argumentativo de la verdad, se ponen en movimiento la tradición legislativa del corpus jurídico y la tradición teórica del intérprete.²⁰⁷

Hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el pleno de la definición del papel de la prueba en el proceso.²⁰⁸ El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad “judicial” o “procesal” especial y la idea o las ideas que se tienen de verdad fuera del proceso. Esencialmente, se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial.²⁰⁹

La verdad de proposiciones que describen sucesos empíricos no puede evitarse, ni siquiera en los casos científicos paradigmáticos. Pero el hecho de que nuestros esfuerzos

²⁰⁷ RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y argumentación*, op. cit., p. 39.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 24.

²⁰⁹ La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por *verdad judicial* y menos aún establecer qué se entiende por *verdad tout court*. Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una *verdad formal* que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una *verdad «material»* referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales.

cognitivos sufran de permanentes limitaciones no es una excusa aceptable para exentar a la prueba jurídica, y más técnicamente a la decisión sobre los hechos basada en las pruebas, de la aplicación de criterios y reglas de la racionalidad general. Aunque, en efecto, la decisión jurídica en torno a los hechos se produce en un ambiente de incertidumbre, de ello no se sigue que deba perfilarse una noción sectorial de “prueba” para el derecho “prueba” para el derecho, lo que es razonable sostener, habiendo tomado nota de la incertidumbre que circunda a la toma de decisiones jurídicas sobre los hechos, es que habremos de proceder con cautela, ya que las conclusiones judiciales acerca del valor de verdad de ciertos enunciados fácticos no pueden ser absolutamente correctas.

El juicio penal como saber-poder encuentra la oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal; corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad.²¹⁰ Si una justicia penal completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad.

Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal —como por lo demás toda actividad judicial— es un “saber-poder”, es decir, una combinación de conocimiento y de decisión. En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa.²¹¹ La verdad de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino continente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 45.

²¹¹ *Idem*.

que, siempre, cuando se afirma la *verdad* de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.

Para alcanzar esta relatividad de la verdad alcanzada, en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de aproximación o acercamiento a la verdad objetiva, entendida ésta como un modelo o una idea regulativa que somos incapaces de igualar pero a la que nos podemos acercar: a condición, no obstante, de que no se asocien a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo antológico o espacial, sino sólo el papel de un principio regulativo que nos permite aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otra por causas de su mayor *poder de explicación* y de los controles más numerosos favorablemente superados por ella.²¹²

El objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito,²¹³ donde se pondere la forma de obtención en cada caso, en cuanto a la admisión y relación de pruebas que junto con su nexo causal, hasta la necesidad y valoración de una prueba científica, en mayor o menor grado, la cual no es sinónimo de verdad,²¹⁴ analizando los estándares de prueba que operarán en un sistema acusatorio mexicano, que pudieran reper-

²¹² FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 50.

²¹³ LAUDAN, Larry, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005, p. 96.

²¹⁴ Por poner un ejemplo, dos pruebas periciales podrían tener diversos márgenes de error, dependiendo las técnicas empleadas, ya no se diga la valoración de las mismas, que podría variar hasta por el desconocimiento de las técnicas que se emplean en su obtención. Por lo que pueden ser consideradas ambas pruebas o todas las pruebas, hasta las ordinarias, parte de lo que se persigue con el motor en la búsqueda de la misma.

cutir en el acusado o víctima y hasta sociedad, se busque armonizar en pro de la veracidad y con fines epistemológicos respetando derechos fundamentales:²¹⁵

El que invoca a la verdad como una condición necesaria (no suficiente) de la justicia de las resoluciones judiciales (la cual, aunada entre otras, a la correcta interpretación de la norma asumida como criterio de decisión, conforma la serie de condiciones necesarias y conjuntamente suficiente);²¹⁶ el que sostiene que sin una determinación verdadera de los hechos se pone en peligro la función del derecho consistente en guiar o dirigir la conducta de los ciudadanos (debido a la pérdida progresiva del poder de motivar el comportamiento, paradigmáticamente representado por la procedencia de las consecuencias jurídicas respectivas entre ellas,

²¹⁵ Laudan establece mecanismos para la distribución de los errores, que se utilizan en sistemas penales, como el acusatorio anglosajón o actualmente el sistema penal mexicano. Por mencionar algunos mecanismos, encontramos, “el beneficio de la duda”, “presunción de inocencia” y “carga de la prueba” (que se observa se seguirá utilizando en México, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, tal y como lo establece el artículo 359, que expresa lo siguiente: “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”). Asimismo ayuda al estándar probatorio la metodología empleada por el juzgador y que puede influir en la valoración de las pruebas y su nexo causal, por lo que se requiere una armonización en los estándares de prueba, que no ha tenido el legislador al valorar las repercusiones que podría tener un estándar de prueba tan alto para alguna de las partes. Los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; el estándar de prueba presupone una decisión política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas, por lo que se hace énfasis en que la contradicción pueda servir de intersección para la aclaración de puntos o pretensiones en litigio o problemáticos, para contribuir a la obtención de la veracidad de los hechos que requieran probar.

²¹⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 114.

sanciones, penas, etc., ante los casos contemplados como hechos condicionantes en las normas generales;²¹⁷ y el que sostiene que una determinación verdadera de los hechos es una condición necesaria de la correcta aplicación de las normas jurídicas generales a casos particulares.

3.1.3. La persuasión

La persuasión es un discurso que se dirige a convencer y demostrar, y así el discurso persuasivo es influenciado por el sentimentalismo o la emotividad. En la persuasión se produce una sugestión a una persona por estrategias poco racionales como el chantaje sentimental, la orden superior, la efusividad del discurso político, un texto publicitario o un anuncio.²¹⁸

Se toma la decisión en función de aspectos subjetivos como el amor, el temor, la belleza, la indignación, la compasión o un estereotipo. En un juicio oral son más efectivos los argumentos emocionales que combinan imágenes visuales con experiencias lingüísticas, por ejemplo, para presentar la teoría del caso.²¹⁹ Se debe combinar lo racional (convencer) con lo emocional (persuadir) buscando convencer al juez que su teoría del caso es razonable y proporcionarle excusa legal para su petición. Tanto la acusación como la defensa deben considerar utilizar argumentos emociona-

²¹⁷ FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, España, 2007, p. 25.

²¹⁸ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, México, Flores Editores y Distribuidores, 2010, p. 7.

²¹⁹ La teoría del caso es el relato de cómo sucedieron los hechos, observados desde nuestro punto de vista, es decir, como cuando tenemos una botella y decidimos verla desde el ángulo de la base de la misma, y desde ese ángulo vemos todas y cada una de las pruebas que nos hacen entender que este objeto es una botella. La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, si no que vincula la evidencia tanto como es posible dentro de un todo coherente y creíble.

les, que persuadan, en sus alegatos de apertura y de clausura en la etapa de juicio oral, pues de lo contrario se perdería de la oportunidad para tratar de hacer que el juez se adhiera a su caso teoría del caso.²²⁰

El problema de la especificidad de la prueba jurídica se ha planteado también desde otro punto de vista: al afirmar que su función típica es persuadir y no demostrar.²²¹ Está también difundida la opinión de que la prueba no tiene una función en sentido lato *cognoscitiva* sino «argumentativa»: esto es, no se situaría en la dimensión *lógica* del fundamento racional de la hipótesis sobre el hecho.

La prueba no sería un instrumento para conocer racionalmente algo, sino un argumento persuasivo dirigido a hacer creer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión.²²² La idea de que la prueba sirve para persuadir al juez de que los hechos de la causa se han producido de una cierta forma es un lugar común que parece tener algún fundamento: el hecho de que la asunción de las pruebas se realice oralmente en audiencia, eventualmente con un método dialéctico como el del interrogatorio cruzado, y que los abogados funden sus argumentos también sobre las pruebas puede hacer pensar en una dimensión o en una valencia persuasiva del fenómeno probatorio.²²³

Por otra parte resulta innegable que factores persuasivos o retóricos existen en la asunción de las pruebas en juicio. Sin embargo, el problema no es establecer si esos factores existen sino decir si son tan importantes como para

²²⁰ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, op. cit., p. 7.

²²¹ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 349.

²²² En la doctrina italiana esta tesis ha tenido una cierta relevancia especialmente por obra de Alessandro Giuliani, que en numerosos trabajos recientes y no tan recientes ha elaborado una teoría de la prueba como argumento retórico, contraponiéndola a la teoría de la prueba como instrumento específico de conocimiento, y ha identificado su fundamento especialmente en clave histórica y comparada.

²²³ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 350.

justificar una teoría retórica de la prueba que pueda ser asumida como dominante o incluso como teoría exclusiva y única de la prueba. Es en este plano, y no en el de la constatación de la presencia de elementos retóricos en la asunción de las pruebas, donde la teoría de la prueba como argumento persuasivo encuentra dificultades insuperables.²²⁴

No es casualidad que la prueba se sitúe en el análisis del discurso retórico, además del análisis del discurso judicial, y no se distinga claramente de otros argumentos de los que se sirve el abogado-retórico pero que no son pruebas en sentido estricto.

3.1.4. El convencimiento

Cuando las partes tratan de convencer al juez se dirigen al intelecto, al juicio, al conocimiento o sentido común para aceptar la validez de ciertas aseveraciones.²²⁵ El discurso convincente requiere que los abogados apelen a la razón por medio de argumentos racionales fundados en derecho y en pruebas sobre hechos expuestos con claridad y precisión en sus alegatos.

Este efecto de la argumentación, más racional, se da con mayor exigencia en el discurso de los jueces que no pueden utilizar argumentos emotivos y sí en cambio se apoyan en la lógica, en el derecho y en los datos objetivos que den sustento a sus decisiones (pero ello no significa que su interior se encuentre persuadidos por medio de razones de tipo emocional y sentimental).²²⁶

Los argumentos racionales dirigidos al convencimiento pueden ser contraargumentados, produciendo así un debate

²²⁴ Algunas de estas dificultades se refiere a la confirmación histórica de la teoría en cuestión, que encuentra límites relevantes. Por un lado, en efecto, no hay duda que en Grecia y en Roma existía una concepción “retórica” de la prueba como argumentación dirigida a persuadir al juez.

²²⁵ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, op. cit., p. 8.

²²⁶ *Idem*.

o discusión, que es la esencia del sistema penal adversarial. El convencimiento busca una validez en los argumentos que se dicen ante otro individuo; en el caso del proceso penal, buscan la validez de argumentos vertidos ante los órganos jurisdiccionales.

Lo racional no siempre conduce a la verdad o al convencimiento, pues hay personas que puedan estar convencidas pero no persuadidas; es decir, aunque conocen la razón, se dejan llevar por la pasión o el deseo, por ejemplo, el fumador que aunque sabe que fumar le produce daño puede más su deseo y sigue fumando.

3.1.5. La demostración

Demostración es probar una posición o juicio prácticamente irrefutable, es el ideal regulativo al que se aspira cuando se dice que el juez debe llegar a la verdad en el caso concreto, sin embargo, esto difícilmente se logra y sólo se puede aspirar a verdades probables o relativas, o el esclarecimiento de los hechos.²²⁷

Requiere de una vasta cultura o dominio de alguna área disciplinaria, así como una gran capacidad para construir textos lógicos y coherentes, con manejo inteligente de recursos argumentativos.²²⁸ En el Derecho, y más específico en los juicios orales, es difícil que las partes por medio de sus abogados lleguen a demostrar con certeza irrefutable sus afirmaciones, más aún por que el Derecho por no ser una ciencia exacta se mueve en el terreno de lo razonable, de lo discutible, de lo opinable y por lo tanto lo refutable.²²⁹

Las condiciones de la verificabilidad y de la refutabilidad procesal, o conocidas también como de estricta legalidad

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ GRACIDA JUÁREZ, Ysabel; GALINDO HERNÁNDEZ, Austra Bertha (coordinadoras), *La argumentación, acto de persuasión, convencimiento o demostración*, 5a. reimp., Edere, México, 2008, p. 54.

²²⁹ *Idem.*

y estricta jurisdiccionalidad de las denotaciones penales, son lógicamente previas, como se ha dicho, a las de la verificación y la refutación: sólo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos —la acción, el resultado, la culpabilidad—, puede ser objeto de prueba en sentido estricto, así como de comprobación contradictoria e imparcial; en cambio no se puede probar, y todavía menos contradecir, una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones, tanto inverificables como no confutables.

Las mismas condiciones semánticas o garantías penales de la verificabilidad y de la refutabilidad —si son suficientes además de necesarias para asegurar la verificación o la confutación jurídica, que son el fruto de deducciones válidas conforme a los significados de las palabras empleadas —son sólo necesarias, pero no también suficientes para asegurar la verificación o la confutación fáctica, las cuales dependen de complejas garantías procesales que van más allá de las simples reglas hasta ahora analizadas sobre la formación del leguaje penal.²³⁰

La verificación fáctica en el proceso penal, al igual que en cualquier verificación histórica, es el resultado de una ilación entre hechos «probados» del pasado y hechos *probatorios* del presente y esta ilación, que forma el primero de los tres silogismos en los que he descompuesto el razonamiento judicial, tiene la forma de una inferencia inductiva, donde las premisas vienen constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión viene constituida por la enumeración del hecho que se considera probado por las premisas.²³¹

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 129.

²³¹ A diferencia de la deducción, que siempre es tautológica, la verdad de las premisas de la inducción no implica nunca la verdad de la conclusión, pues si las premisas son verdaderas no se da ninguna necesidad lógica si no sólo una relevante probabilidad de que la conclusión sea verdadera.

3.2. La cadena del indicio

Es el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo de que ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones.²³²

Por tanto, cuando un investigador, frente a la ocurrencia de un homicidio con arma de fuego, recoge proyectiles perdidos, toma muestras de sangre, embala presuntos cabellos del victimario, etc., está recogiendo evidencias. Si éstas son aportadas e incorporadas a un proceso penal, y allí tales elementos permiten demostrar la responsabilidad del presunto victimario, diremos entonces que con ellos se ha probado determinado hecho. Tal vez esta distinción nos permita entender por qué en ocasiones se afirma que determinada evidencia no probó un acto o una imputación; en tal eventualidad, tal elemento fue evidencia pero no prueba.²³³

En esa inteligencia, lo primero a recabar son las evidencias; es decir, el conjunto de datos o información que luego de ser cotejado con nuestra teoría del caso nos permitirá establecer si poseemos o no la actitud de probar nuestros presupuestos fácticos.²³⁴ Recordemos que lo que resuelve el fondo del asunto son las pruebas desahogadas en el juicio oral o a través de la figura del anticipo de la prueba u otro mecanismo establecido por la ley; en cambio, las evidencias obtenidas durante los actos de investigación, solamente tienen un valor informativo y para sustentar pronunciamientos

²³² GONZÁLEZ SALAS CAMPOS, Raúl, *La presunción en la valoración de las pruebas*, Inacipe, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 349.

²³³ *Ibidem*, p. 350.

²³⁴ Una vez concluida la etapa de investigación, las partes tienen que realizar un proceso de análisis e interpretación de las evidencias recogidas a fin de que la información obtenida sea incorporada al proceso penal a través de los medios probatorios establecidos en la ley.

como la vinculación a proceso, el dictado de medidas cautelares, o bien cuando se ha iniciado el denominado procedimiento abreviado.

En ese sentido, la recolección de las evidencias es una actividad a realizar durante la etapa de investigación preparatoria, la cual está a cargo del Ministerio Público, pero que cuenta con la participación activa de las demás partes, quienes pueden solicitarle la realización de determinadas diligencias de investigación, o bien, por su parte realizar sus propias averiguaciones —de cuyos resultados, por ejemplo, puede entregarlos al Ministerio Público para orientarlo en la toma de decisión.

3.2.1. El indicio

La palabra indicio quiere decir “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido, y proviene del latín *indicium*, que significa de *allí digo*”.²³⁵ El procedimiento de control que se emplea para los indicios materiales afines al delito, desde su ubicación, hasta que son valorados por los diferentes funcionarios encargados de administrar justicia, y que tiene como finalidad no viciar el manejo que de ellos se haga, y así evitar la contaminación, alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción.²³⁶

Luigi Ferrajoli propone llamar *prueba* al hecho probatorio experimentando en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio.²³⁷ ¿Qué es lo

²³⁵ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2009, p. 129.

²³⁶ Desde la ubicación, fijación, recolección, embalaje y traslado de la evidencia en la escena del siniestro, hasta la presentación al debate, la cadena de custodia debe garantizar que el procedimiento empleado ha sido exitoso y que la evidencia que se recolectó en la escena, es la misma que se está presentando ante el tribunal, o el respectivo dictamen pericial.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 130.

que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado con la cuchillada en el corazón? Es prueba, más o menos probable según la sinceridad que acreditamos a Ticio, del hecho de que éste ha visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una herida en el corazón.

Este segundo hecho, sin embargo, es sólo un indicio, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la vista de Ticio, del hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un indicio, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sampronio.

Ninguna de esas conclusiones o argumentos inductivos es indudablemente verdadera. Sólo se puede decir que cada una de ellas es más o menos razonable, plausible o probablemente verdadera.²³⁸ La distinción entre pruebas e indicios, que en la imprecisa terminología corriente podríamos expresar a grandes rasgos con la distinción entre medios de prueba y contenidos probatorios, es esencial para plantear correctamente la cuestión del tipo de probabilidad que permite, a propósito de una serie más o menos compleja de premisas probatorias e indiciarias, hablar de prueba de la conclusión de una inducción judicial. En primer lugar, sirve para aclarar que, respecto del delito, las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca pruebas directas sino casi siempre indirectas, es decir, pruebas de indicios o indirectos: «probabilidades de probabilidades», como escribió Francesco María Pagano o, peor, como en el caso aquí ejemplificado del acta testifical, probabilidades de probabilidades.²³⁹

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 131.

²³⁹ Ferrajoli establece la distinta naturaleza de la probabilidad de las pruebas y de la probabilidad de los indicios. La probabilidad de los indicios.

3.2.2. Documentación de la *notitia criminis*

Cuando se informa respecto a la presunta comisión de un hecho delictuoso, tiene como esencial efecto movilizar al órgano competente para que inicie las investigaciones preliminares para constatar, en primer lugar, la realización de un hecho ilícito, y en segundo lugar, su presunto autor.²⁴⁰

Es un derecho de petición el denunciante no forma parte del procedimiento penal desde el momento en que interpone la denuncia da comienzo a un procedimiento que los órganos competentes llevarán a cabo de oficio. La denuncia no obliga a las autoridades a comenzar un proceso judicial, aunque pueden incurrir en infracciones administrativas o penales si no lo investigan con la debida diligencia sin un motivo fundado.²⁴¹

En lo que respecta a la etapa de investigación preparatoria, la misma se inicia con la interposición de una denuncia o querrela ante el Ministerio Público; en ausencia de tales autoridades, el denunciante o querellante podrá presentarse ante cualquier otra, teniendo ésta la obligación de informar y remitir los actuados al Ministerio Público más cercano.

La probabilidad o fuerza inductiva de las pruebas afecta a la fiabilidad o crédito subjetivo de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testigos, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas; el carácter no apócrifo de los documentos. La probabilidad o fuerza inductiva de los indicios afecta en cambio a su relevancia o gravedad objetiva, es decir, a su idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto.

²⁴⁰ En muchos países el órgano competente para conocer en primer lugar la comisión de un fenómeno antijurídico lo constituye la policía; sin embargo, cuando se trata de denuncias de oficio, le corresponde al representante del Ministerio Público en su calidad de defensor de la sociedad, asumir la responsabilidad de la investigación de los hechos materia de una denuncia.

²⁴¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., McGraw Hill, Serie Jurídica, México, 2006, p. 88.

Todo ello, sin perjuicio que antes que se interponga la denuncia o querrela se realicen los respectivos actos urgentes tendientes a impedir la continuación del hecho o aquellos que buscan asegurar los elementos de convicción. Posterior a la recepción de la denuncia o querrela, el Ministerio Público, como el director de la etapa de investigación preparatoria, podrá realizar los actos o diligencias de investigación que estime pertinentes. Esto es lo que se le conoce como las iniciales o preliminares diligencias de investigación que por su naturaleza y finalidad deben ser las más urgentes y necesaria para un primer análisis de los hechos materias de la denuncia o querrela.

Estas diligencias, en el sistema procesal anterior, pertenecían a la denominada averiguación previa; sin embargo, una gran omisión en la actual reforma es la ausencia de plazo alguno (salvo el caso del detenido), pudiendo esa denuncia o querrela dormir el sueño de los justos y el denunciado o querrellado estar en una indeterminada situación jurídica, por la falta de un término procesal a exigir al Ministerio Público.²⁴²

Asimismo, estas primeras diligencias de investigación el Ministerio Público debe de realizar las de acuerdo a su teoría del caso que ya debió de haberla construido. Asimismo, la defensa tiene el derecho de participar en tales diligencias,

²⁴² En el Derecho comparado, y en concreto, en el Código Procesal Penal Peruano del 2004, las diligencias iniciales de investigación, sin detenido, están sujetos al plazo procesal de 20 días, salvo que, por su complejidad, el Ministerio Público establezca una prórroga al citado plazo, bajo control del Juez de Investigación Preparatoria (que para nosotros sería el Juez de Control). La razón de tan corto plazo se debe a que tales diligencias son las más urgentes y necesarios para el primer análisis de delictuosita de los hechos, así como para identificar a los presuntos responsables y víctimas. Si se requieren de otras diligencias de investigación, entonces, en el Perú, el Ministerio Público deberá expedir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, teniendo cuatro meses, con una prórroga de dos meses, para realizar aquellos actos de investigación complementarios a los inicialmente celebrados.

solicitar al Ministerio Público aquellas que estime pertinente, y realizar sus propias averiguaciones; igualmente, todo ello en armonía a su teoría del caso, y bajo el control del superior jerárquico del Ministerio Público, así como del juez de control o de garantía, cuando su solicitud de realización de diligencias de investigación ha sido rechazada.

La *noticia criminis* puede ser de muchas clases:²⁴³

a) *Denuncia*. Una persona le informa al funcionario competente que ha tenido conocimiento de que se ha cometido un hecho punible; es un deber que tiene toda persona en Colombia. El funcionario procede, entonces, a abrir el proceso.

b) *Informe de otra autoridad*. Otro funcionario avisa de la comisión de un delito.

c) *Querrela*. Va el ofendido y le dice al funcionario que ha sido víctima de un delito.

Bajo la supervisión del Ministerio Público, es el ente encargado del procesamiento material y técnico-científico del sitio donde se verificó el hecho delictivo, su labor consiste específicamente en la búsqueda y la conservación de los elementos de interés probatorio.

La correcta técnica de rastreo en la localización de los indicios probatorios disminuirá las posibilidades de que se malogren los mismos; a lo anterior hay que agregar que es muy importante que dicha búsqueda deba realizarse con suficiente iluminación que permita la fácil localización de

²⁴³ Esta etapa tiene por finalidad determinar varias cosas, averiguar si se ha infringido o no la ley penal, quién o quiénes son los autores de esa infracción, qué motivos tuvo o tuvieron el autor o autores para realizar esa infracción, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta punible, establecer las condiciones sociales, educativas, familiares, individuales, etc., del autor o autores porque todas tienen importancia para determinar la personalidad del autor o de los autores de la infracción (mayor o menor peligrosidad), determinar los perjuicios económicos o morales que esa conducta punible haya podido ocasionarle al ofendido.

los indicios y que impida su destrucción o contaminación culposa por causa de la limitación visual.

3.2.3. La cadena de custodia

Es el procedimiento de control que se emplea para los indicios materiales afines al delito, desde su ubicación, hasta que son valorados por los diferentes funcionarios encargados de administrar justicia, y que tiene como finalidad no viciar el manejo que de ellos se haga, y así evitar la contaminación, alteración, daños, reemplazos, contaminación o destrucción.²⁴⁴

La cadena de custodia es la aplicación de una serie de normas tendientes a asegurar, embalar y proteger cada elemento material probatorio para evitar su destrucción, suplantación, alteración o contaminación, lo que podría implicar serios problemas en la investigación de una conducta punible. Es un sistema de aseguramiento que tiene como fin garantizar la autenticidad de la evidencia que se utilizará como “prueba” dentro del proceso.²⁴⁵

El funcionario que recoja, embale y rotule el elemento material probatorio o evidencia física la trasladará al laboratorio correspondiente, donde la entregará bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.²⁴⁶ Ahora bien, como se sabe, el concepto de cadena de custodia ha

²⁴⁴ SARRE, Miguel, *Control del Ministerio Público, Los controles constitucionales*. Anuario de Derecho Público, McGraw Hill Serie Jurídicas-ITAM, México, 1999, p. 78.

²⁴⁵ La cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, que permite demostrar que el intercambio de evidencia ocurrió realmente en el momento del hecho. Ésta debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos materiales probatorios pueden finalmente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser controvertidas en Juicio y favorecer que el pronunciamiento de la autoridad competente, sea en la forma más precisa y justa posible.

²⁴⁶ SARRE, Miguel, *Control del Ministerio Público, op. cit.*, p. 79.

sido tradicionalmente utilizado en el ámbito penal con mayor profundidad, aunque no exclusivamente, en el proceso penal acusatorio. En el contexto mexicano, si bien la preocupación por la noción de cadena de custodia es relativamente reciente y no abundan los análisis acerca de su importancia, en ciertos antecedentes, principalmente en el ámbito jurisdiccional federal, pueden encontrarse aportaciones relevantes para la aproximación a este tema.²⁴⁷

La cadena de custodia es un procedimiento de control que se emplea a fin de garantizar la autenticidad de las pruebas frente a afectaciones como alteración, daño, reemplazo, contaminación, vicio o destrucción del material probatorio. La autenticidad de las pruebas, por su parte, es uno de los aspectos que permiten examinar su credibilidad. Por consiguiente, para averiguar cómo encaja el concepto de cadena de custodia dentro del ámbito de la autenticidad de las pruebas es conveniente reparar en la importancia de la noción de credibilidad.²⁴⁸

El Código Nacional de Procedimientos Penales ha establecido que la cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión. Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.²⁴⁹

²⁴⁷ GAMA LEYVA, Raymundo, *Aplicación de la cadena de custodia en materia electoral*, Tribunal Electoral de la Federación, México, 2014, p. 51.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo. Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.²⁵⁰

3.3. Valoración de las pruebas

La valoración de la prueba es la operación mental mediante la cual el juzgador evalúa el poder de convencimiento del contenido de los elementos probatorios que han sido admitidos en el proceso y que le son necesarios para elaborar la decisión que adjudicará la controversia, ejercicio que realiza con cada pieza probatoria y luego sobre todas ellas; es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.²⁵¹ Podemos darle un significado a la prueba y un medio de prueba que produce convicción en el juez a fin de establecer por qué se le concede cierto peso a esa prueba.²⁵²

²⁵⁰ Artículo 228 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁵¹ BASSAT TORRES, Nelson, *La duda razonable en la prueba penal con especial referencia a Puerto Rico*, Servicio Editorial del País Vasco, Bilbao, 2007, p. 66.

²⁵² Debemos tener presente que la valoración de la prueba es efectuada por el juez, quien debe tener presente tres aspectos, en primer lugar tendrá que percibir los hechos a través de los medios probatorios.

Es el acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado en la investigación (relacionado unos medios de prueba con otros), para así obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho, certeza o duda, y a la personalidad del delincuente, certeza.²⁵³ Hernández Acero,²⁵⁴ citado por Barragán Salvatierra, define el valor de la prueba como: “la cantidad de verdad que posee o se le concede a determinado medio de prueba”.

En el sistema penal acusatorio en México, incluye la facultad de los jueces para su libre apreciación, sin embargo, tal atribución de la autoridad judicial no es absoluta, sino que se limita a observar directrices que respeten la sana crítica y las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico. Lo anterior debe ser observado por el juez para la valoración de las pruebas.

Para llevar a cabo el procedimiento valorativo, el juez empleará:

a) Su preparación intelectual: conocimientos jurídicos, psicológicos, experiencia en la materia, cultural, etcétera.

b) Las denominadas “máximas de la experiencia”, enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, según cita Leone, debemos entender, como: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomos respecto de los casos singula-

En segundo lugar, el juez deberá efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales sólo proporcionan datos, a partir de los cuales el juez elabora un argumento para deducir la existencia de un hecho, como ocurre con los indicios. En tercer lugar, él desarrollará una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos.

²⁵³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 3a. ed., México, McGraw Hill, Serie Jurídica México, 2006, p. 365.

res de cuya observación han sido deducidos y, además de los cuales deben valer para nuevos casos.

c) El conocimiento de los hechos notorios que por su propia naturaleza no están necesariamente sujetos a prueba, porque son acontecimientos del hombre o de la naturaleza, que por su fuerte impacto quedarán grabados en la conciencia general.

La prueba tiene por objeto alcanzar la certeza del juez, es decir, la aceptación de la verdad de los conocimientos que los hechos le producen. Dos son las cuestiones más importantes de la valoración de la prueba; el camino que sigue el juez para alcanzar la certeza y el concepto de la certeza en el juez.²⁵⁵ El Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones de manera indirecta y sin ser función fundamental, ya que dicha actividad le corresponde al órgano jurisdiccional, también valorará las pruebas; de otra manera carecería de bases de sustentación para el ejercicio de la acción penal o para su desistimiento y para otros de sus pedimentos.²⁵⁶

La valoración de la prueba es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso; además distingue la valoración de la motivación, pues señala que ésta es la puesta de manifiesto de esa percepción, esto es, la motivación va más allá de la valoración.²⁵⁷

²⁵⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *op. cit.*, p. 355.

²⁵⁶ Para esos fines, atenderá al criterio que anima todo el sistema legal vigente, en especial el Código Nacional de Procedimientos Penales, aunque el valor que se les otorgue no produzca los efectos y las trascendencias jurídicas de la valoración realizadas por los jueces. El acusado y su defensor a su manera valoran las probanzas en diversos momentos procesales: conclusiones, agravios, etc. Algunos terceros, como los peritos, valoran los medios de prueba relacionados con la materia sobre la cual dictaminan.

²⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34.

3.3.1. Enfoques sobre la valoración de la prueba

A) *Enfoque jurídico*

De acuerdo con este enfoque los juristas han ido creando sistemas para valorar la prueba, por ejemplo, el sistema de libre valoración o el sistema de tarifa legal o prueba tazada es un enfoque jurídico porque es la ley la que establece la manera de cómo se habrán de valorar las pruebas.²⁵⁸

Lo que hace este enfoque es brindar pautas que le permitan al juez entrar al estudio de las pruebas y establecer criterios conforme a los cuales les confiera un determinado valor probatorio.

B) *Enfoque epistemológico o gnoseológico*

Con base en este enfoque la prueba tiene como finalidad que el juez conozca los hechos por medio de los instrumentos probatorios que le aportan las partes, para que así pueda razonar mejor y justificar la decisión jurídica.²⁵⁹

La herramienta de la lógica que fue utilizada para fines de racionalizar y controlar la motivación de la valoración de la prueba fue el silogismo, el cual fue superado por otras formas de razonamiento como la inducción probabilística y la abducción que utilizadas con máximas de la experiencia permiten al juez hacer inferencias a fin de que la decisión y justificación de la valoración de las pruebas no sea arbitraria sino que esté sujeta a controles de logicidad que hagan posible su posterior revisión por un tribunal superior u otro órgano de control.

Estas formas de razonamiento explicitadas por el juez en la sentencia permiten que la motivación de los hechos sea más clara y más controlable por dos aspectos: por un lado le permite al juez que él mismo critique sus pasos inferenciales y si ve alguna irregularidad en su razonamiento

²⁵⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, p. 96.

²⁵⁹ GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, *op. cit.*, p. 25.

pueda corregirlo por medio de premisas que den soporte a los argumentos expresados en la sentencia, y por otro lado ofrece a las partes la posibilidad de verificar la corrección de la argumentación del juez al momento de valorar las pruebas, esto es, este modelo le facilita al juez que por medio de razonamientos explique por qué le concede valor a cada medio de prueba.

C) *Enfoque psicológico*

La psicología siempre ha jugado un papel determinante en la valoración de las pruebas, a tal grado que incluso hay quien considera que se relaciona directamente con las máximas de la experiencia, las cuales dependen del criterio psicológico del juez.²⁶⁰ Quienes han desarrollado trabajos sobre la forma de aplicar la psicología en la toma de decisiones son los heurísticos, cuyos principios enseguida vamos a analizar.

La prueba como tal implica que los intervinientes sean expertos en las distintas fases del procedimiento penal, sin embargo, su especialidad se limita a la aplicación de la ley. Así, se tiene que en los diversos conflictos de relevancia penal que se suscitan y que dan vida a una investigación convergen necesidades de conocimiento que los licenciados en derecho no dominamos, lo que hace necesario consultar a verdaderos especialistas para que emitan opinión sobre un caso determinado y aclarar el evento delictivo.²⁶¹

El uso de los conocimientos científicos para motivar una resolución judicial reviste ciertas reglas que deben ser acatadas por el juez a efecto de evitar su desnaturalización. Así, tenemos que si el juez concede valor jurídico a una prueba que se sustente en el conocimiento científico, debe tomar en cuenta los criterios siguientes:²⁶²

a) Que en ella se hubiere utilizado el método científico de manera adecuada;

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 113.

²⁶¹ SOTELO SALGADO, Cipriano, *La prueba en el juicio oral*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2014, p. 133.

²⁶² *Idem*.

- b) Que el resultado científico sea verificable;
- c) Que se rija bajo el principio de universalidad, es decir, que el resultado sea admitido en las esferas científicas internacionales.
- d) Que se establezca si el resultado aún verificable o de confirmación; y
- e) Que se establezca el grado de certeza y de error en las técnicas empleadas en la prueba científica.²⁶³

En suma, la reconstrucción de la verdad en el hecho delictuoso debe realizarse dentro de las condiciones esenciales de la prueba penal, pero sobre todo dentro de los principios rectores del sistema penal acusatorio y oral. De lo contrario, la prueba como elemento rector de todo proceso penal, y por ende como elemento central de un sistema garantista, carecerá de criterios de coherencia y justificación, y será un factor para la vulneración de derechos fundamentales.

²⁶³ A este respecto, es necesario resaltar que el conocimiento científico es una aproximación crítica a la realidad apoyándose en el método científico que fundamentalmente trata de percibir y explicar desde lo esencial hasta lo más complejo el porqué de las cosas y su devenir, o al menos entiende a este fin. Lo anterior no permite establecer que la prueba como tal debe ser un instrumento esencial dentro del proceso penal, sin que exista la intervención del Estado dentro del enjuiciamiento, o previo al mismo.

Capítulo IV

La prueba penal en el sistema de excepción en México

4.1. La prueba en la reforma del 18 de junio de 2008

La reforma penal del 18 de junio de 2008 pareciera tener como característica que las partes serán confrontadas y confirmadas por la actuación de las propias partes, a través de los actos de prueba que, durante la audiencia, realizarán, ya sea en las declaraciones de personas (acusado, testigos, víctima y peritos), o bien en la información documental y/o material, o por última extrayendo los datos de otras fuentes de prueba.²⁶⁴

Aquí el juzgador cede a las partes el rol protagónico en el desahogo de las pruebas; siendo las partes quienes, a través de las estrategias de litigación oral, defenderán su caso y atacarán la de su contraparte. Pero esta actividad probatoria no consiste en una actividad de salir a pescar lo que se encuentre, por el contrario requiere de un ejercicio racional, razonable y prudente; para ello, para cada órgano de prueba, el litigante debe contar con una estrategia procesal, así como con las herramientas de litigación oral que el sistema normativo le permite.²⁶⁵

En efecto, para cada órgano de prueba se debe contar con un planteamiento de litigación oral, el cual siempre

²⁶⁴ Los parámetros probatorios potencialmente podría implicar, en la práctica, una disminución significativa de las garantías individuales de los ciudadanos; por esta razón, puede afirmarse que la regulación adecuada de la vinculación a proceso constituye una de las cuestiones más delicadas al trasladar los preceptos constitucionales a la legislación secundaria.

²⁶⁵ PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El juicio oral penal* (Técnicas y Estrategias de Legitimación oral), Editores y Distribuidores, 1a. ed., México, 2009, p. 188.

tendrá como brújula la teoría del caso que el litigante pretende, al final de la audiencia, demostrar como válida la creíble. Por ende, en la dinámica del juicio oral (en el contexto de un proceso penal de corte acusatorio), las partes ya no deben esperar lo que el juez hará para con los órganos de prueba; sino que son ellos, por ser los interesados en demostrar su caso, los llamados a presentar un rol activo.

En ese orden de ideas, toda la lógica de la prueba en nuestro tradicional sistema de justicia penal cambia dramáticamente, al adoptar, por un lado, el nuevo paradigma del proceso penal como marco de respuestas a un conflicto de interés jurídico-penal; y por otro lado, al partir del paradigma antes mencionado, adoptar todo un sistema procesal moderno, denominado acusatorio con tendencia adversarial.²⁶⁶

Con la reforma, los elementos que fuera de la simple aseveración de las partes proporcionen el mismo resultado, de modo que los hechos en el balance final de la actividad procesal se presenten como ciertos (o al menos, con suficiente grado de certeza que despeje toda duda razonable), para alcanzar una verdad no absoluta, real e histórica, sino relativa, dentro del contexto dialecto del proceso, con sus propios y exclusivos medios.²⁶⁷

Por lo tanto, la prueba es el resultado o conocimiento adquirido a través de actividad de verificación procesal, la cual, en un sistema de tendencia al acusatorio, tendrá como principal actores a las partes, y su objeto será, a través de

²⁶⁶ En ese sentido, como la dinámica de la prueba cambia, al convertirse en el corazón de la etapa central del proceso penal, esto es, el juicio oral, busca a través de la prueba verificar la acusación durante el juicio, y como principio que guía la investigación y el procedimiento en busca de una eventual verdad material histórica. En efecto, en un momento inicial del proceso sólo puede hablarse de afirmaciones que sostiene una parte, que por sí solas resultan insuficientes para llegar a sustentar la sentencia, requiriéndose, por tanto, la actividad de verificación en el proceso.

²⁶⁷ MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Valencia-España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, p. 371.

un contexto dialéctico, verificar la acusación durante el juicio oral. De tal suerte que la prueba emana de una información. Así las fuentes pueden ser: personas (víctima, testigos o peritos), lugares, objetos y documentos. Sobre la fuente de prueba cabe la tacha, que consiste en la imposibilidad jurídica de la fuente para manifestar su información al proceso; usualmente, la tacha se aplica contra personas, ya sea testigos o bien peritos.²⁶⁸

El constituyente permanente, en el artículo 16 de la Constitución Política,²⁶⁹ hace referencia a que no puede haber un juicio sin una investigación previa. Por eso los principios constitucionales se enfocan en admitir ambos supuestos de hecho: la prueba anticipada y la prueba que debe ser desahogada en la audiencia de juicio que sirva como fundamento de la sentencia. El constituyente, entonces, confronta al artículo 16 con el artículo 20 que entiende el proceso penal “acusatorio y oral” y, consecuente bajo los “principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”.²⁷⁰

Ahora bien, desde la visión global del constituyente, el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. La Constitución Política no define

²⁶⁸ Sin embargo, en un modelo acusatorio con tendencia adversarial, toda persona que tenga información, sensorial o bien de oídas, de lo sucedido y que es marco de análisis en el proceso penal, es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento; estando sujeto a las reglas del examen y del contra-examen, así sea, si dicha persona presenta vínculo familiar, afectivo, amical, laboral, etc., con el acusado.

²⁶⁹ “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

²⁷⁰ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 214.

el concepto de “desahogo” de la prueba y con ese concepto confunde “desahogo previo” al referirse a la prueba anticipada del desahogo en audiencia para aquella prueba que no resulte anticipada al juicio sin “comprender” que tanto la prueba que se desahoga en juicio como la que se desahoga fuera de juicio es, en definitiva, desahogada en audiencia.²⁷¹ Para comprender, entonces, el concepto de prueba desde la Constitución Política, no podemos olvidar, como se expuso, la inclinación hacia la escritura y, a la vez, el romance hacia el sistema acusatorio, que promiscue las distintas ideologías procedimentales en la visión del sistema acusatorio penal mexicano.

Un presupuesto constitucional es la diferencia entre investigación que conlleva al hallazgo, acopio, identificación, traslado y procesamiento de las evidencias; indicios que conforman los datos de prueba; con los medios de prueba que se producen, en virtud de esos datos de prueba, y que han de ser desahogados, en tutela de los principios de intermediación y contradicción.²⁷²

Así se entiende cuando el mismo constituyente exige, para la prueba anticipada la existencia de un acta o registro, en razón de su desahogo previo. De hecho, en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas y, en protección del derecho de defensa técnica del imputado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.²⁷³

²⁷¹ Es decir, aun cuando la prueba anticipada ingrese al juicio como acta, como registro o como video, se incorpora bajo los principios de intermediación y contradicción, en la audiencia aunque, por ejemplo, no se encuentre presente el testigo. Por ende, es igualmente prueba desahogada en juicio.

²⁷² HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, op. cit., p. 213.

²⁷³ Garantizando con las exigencias y facultades de los cuerpos de policía y el Ministerio Público, el derecho del imputado de participar en

4.2. El uso del lenguaje de la excepción en el texto constitucional

Las cuestiones que merecen especial atención dentro de las notas distintivas que gobiernan esta producción de legislación penal en épocas en las que el riesgo y la emergencia son los protagonistas no se agotan en las problemáticas *ut supra* analizadas.²⁷⁴ Ciertamente, el abuso en la utilización del Derecho penal, o si se prefiere al exclusivo que ha caracterizado a la política criminal mexicana en los últimos años, solamente ha llevado al exceso en el uso de la violencia estatal, sin que la renuncia a los principios capitales que consagra nuestra Constitución general haya dado resultados en términos de eficacia y efectividad.

En efecto, entre aquellas otras que merecen especial consideración se encuentra el hecho de que muchas veces en ese afán de lograr la punición de todos los segmentos de las conductas tenidas por peligrosas y que de tal forma se consideran merecedoras de reproche penal se recurre al empleo de términos vagos o ambiguos, incomprensibles o directamente inexistentes en la redacción de los tipos punitivos que se sancionan, a través de los cuales el legislador guarda silencio acerca de sus verdaderas intenciones, frecuentemente las encubre y generalmente ni siquiera a éste le resultan excesivamente claras.²⁷⁵

los actos que producen prueba, con la asistencia técnica y letrada de un abogado defensor, la Constitución Política reconoce la existencia de datos de prueba que, a partir del momento en que el imputado se “apersona” al proceso, no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

²⁷⁴ GABRIEL TORRES, Sergio, *Derecho penal de emergencia*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 149.

²⁷⁵ *Idem.*

La utilización de un nuevo lenguaje se percibe en la falta de una adecuada técnica legislativa, pues la Carta Magna no es un documento en el cual se puedan definir cuestiones propias de los códigos penales. Ya que dicho lenguaje implica darle rango constitucional a una definición delictiva que es claramente invasiva de derechos fundamentales y propios de la doctrina penal del enemigo, pues señala: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.²⁷⁶

La Constitución contiene una clara orientación de menoscabo a los derechos fundamentales de todas aquellas personas que sean acusadas de pertenecer a la delincuencia organizada y, en ese sentido, la definición que de ésta otorga la Carta Magna, si bien es prácticamente la misma que se encuentra en normas secundarias como Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, lo cierto es que no deja de ser una definición “abierta” en la que podría caer cualquier persona; por ende creemos que tal definición genera inseguridad jurídica, pues cualquiera puede ser acusado de pertenecer a la delincuencia organizada.²⁷⁷

Este precepto constitucional recoge los dos esquemas de regulación que han servido a la doctrina alemana para hacer la descripción de los rasgos de la estrategia político-criminal que suele emplearse frente a la delincuencia organizada y a otros sectores delictivos o delitos considerados de especial gravedad. En esta medida estamos haciendo referencia a las ideas de Jokobs sobre el derecho penal del enemigo, que también puede abordarse bajo la óptica de lo que han denominado Derecho de excepción.²⁷⁸

²⁷⁶ COAÑA BE, Luis, *México: ¿Garantismo o Derecho penal del enemigo?*, Ubijus, México, 2014, p. 90.

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ En la tendencia político-criminal, el enemigo es aquel que ha defraudado de manera duradera la confianza de un comportamiento

El régimen de excepción, que se encuentra en la Constitución, establece para quienes sean acusados de pertenecer a la delincuencia organizada, una carta abierta al legislador secundario para incluir en la ley de la materia, el delito que se le antoje, para imputar a cualquier persona, reflejando con ello una cara sumamente arbitraria.

Parte sustancial del nuevo lenguaje de la excepción tiene que ver con lo establecido en el artículo 20 constitucional. Es fundamental señalar que este artículo constituye el “corazón” garantista de la reforma, sin embargo, también en éste encontramos un par de cuestiones propias del Derecho penal del enemigo. Una contradicción más en la paradójica política criminal prevista en la reforma constitucional.

Se establece en la fracción III del artículo 20 como derecho del imputado el ser informado de los derechos que le asisten. Sin embargo, quienes sean acusados por delincuencia organizada no podrán conocer el nombre y datos de quien acusa. La fracción quinta en su párrafo segundo señala que tratándose de delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Se destaca la existencia de una combinación que forma parte de una realidad legislativa que viene marcada desde el escenario internacional, que tiende a la expansión y que se proyecta con especial contundencia en las legislaciones nacionales.²⁷⁹ En efecto, la preocupación para el carácter transnacional de la delincuencia organizada, por la complejidad de sus estructuras, por la flexibilidad de su marco

conforme a Derecho, o lo que es lo mismo, aquel respecto del cual se percibe que ya no garantiza un comportamiento en lo fundamental, por eso es diferenciado del resto de los ciudadanos.

²⁷⁹ MERINO HERRERA, Joaquín, *La protección de testigos en el Marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Bosch-INACIEP, México, 2013, p. 33.

operativo,²⁸⁰ ha llevado a la comunidad internacional a establecer algunas bases jurídicas que por lo menos fomenten el cumplimiento de la obligación de reprimir dicho fenómeno delictivo.

Lo anterior no tendría sentido si no fuera porque esa estrategia global ha venido integrando una serie de medidas que, si bien materializan esa voluntad internacional de cooperación coordinada, no menos cierto es que ha debilitado el sustento legal de extralimitación estatal a través de la persecución penal.²⁸¹ Así, por ejemplo, desde el punto de vista del Derecho penal, no resulta novedosa la ampliación de las modalidades de los delitos o sectores delictivos que quedan clasificados en el marco de la delincuencia organizada, o bien la incorporación en éste de otras formas de criminalidad, como tampoco el incremento considerable del rigor penal y la proliferación de bienes jurídicos de interés colectivo de muy difusa concreción que se pretenden proteger con la fórmula legal de los tipos penales de peligro abstracto.

En este orden de ideas se refleja un nuevo lenguaje en las legislaciones nacionales, y de ello por supuesto no escapa el ordenamiento jurídico mexicano. Dicha proyección se acentuó a raíz de la profunda reforma que sufrió nuestra Constitución general en materia de justicia penal, pues mientras que el artículo 20 de esta norma fundamental consagró,

²⁸⁰ En este sentido, la flexibilidad no se circunscribe a la capacidad de hacer frente a las dificultades que plantea la represión policial, pues, más allá de ello, debe considerarse la existencia de organizaciones que cuentan con los medios y estrategias indispensables para adaptarse a las circunstancias y a las características de las sociedades en las que operan.

²⁸¹ En el párrafo 9o. de la resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de noviembre de 2000, mediante la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo), queda plasmada la firma decisión de impedir que las personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional hallen refugio, para que sean juzgadas dondequiera que operen.

aunque con reservas, gran parte de los derechos que deben ser reconocidos a la persona imputada, la redacción del artículo 16 del mismo texto constitucional implica el colapso de esos derechos en materia de persecución penal de la delincuencia organizada.²⁸²

4.3. Nacimiento de la prueba de excepción en México

En México, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, surgen dos modelos de proceso penal: por un lado, el sistema acusatorio-adversarial, modelo que busca tener un eje rector garantista; y por otro lado, un sistema penal de excepción, sistema dirigido para aquellos casos de delincuencia organizada. En dicho sistema de excepción, la prueba será ofrecida, desahogada y valorada, siguiendo reglas y principios diferentes al sistema acusatorio adversarial.

La reforma del sistema penal mexicano ha requerido de un proceso de reingeniería que se mueve en varios niveles y planos:²⁸³ abarca desde la reforma constitucional, la emisión de nuevos códigos, la capacitación del personal que va a operar la reforma en la práctica (lo que incluye, desde luego, la capacitación de los futuros abogados), la generación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo las audiencias de juicio oral, la creación de un cuerpo de peritos que permita contar con una investigación científica de los hechos delictivos, el diseño de un sistema de medidas alternativas al juicio y de los correspondientes o de jueces de garantía que lo hagan funcionar, etcétera.²⁸⁴

²⁸² MERINO HERRERA, Joaquín, *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, op. cit., p. 37.

²⁸³ No cabe duda que desde la aprobación de las reformas y adiciones constitucionales publicadas en el *DOF* el 18 de junio del año 2008 se ha desatado a lo largo y ancho de nuestro país un sinnúmero de acciones y políticas públicas encaminadas a dar cauce al dominado nuevo sistema de justicia penal.

²⁸⁴ CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, op. cit., p. 83.

Realizar aunque sea una somera descripción de todos esos asuntos rebasa con mucho el objetivo del presente libro, por lo que nos limitaremos a aportar algunas ideas de cómo se va desarrollando la prueba en el nuevo modelo de sistema penal, y siendo más específicos, encontraremos algunos puntos del sistema de excepción al momento de incorporar la prueba al proceso en el plano más general: el que corresponde a las reformas de nuestra Carta Magna.

En la reforma constitucional podemos observar el establecimiento de nuevas reglas punitivas, destinadas a la solución del conflicto propiciado por aquellos delitos graves, y los que atentan en contra de la seguridad de la nación. Para ello en el proceso penal se minimizan garantías del debido proceso, se restringen derechos al imputado y se posibilita el pacto con las personas involucradas con el delito.²⁸⁵

La lógica de la prueba en nuestro tradicional sistema de justicia penal cambia dramáticamente. El principal cambio que surge es la oposición entre prueba anticipada y la prueba que debe ser desahogada en la audiencia de juicio que sirva como fundamento de la sentencia. El constituyente confronta los principios del proceso penal *acusatorio y oral* establecidos en el artículo 20 de nuestra Constitución, con un sistema inquisitivo o de excepción, imponiendo de esta forma la razón del Estado sobre la razón jurídica.

Así se entiende, cuando el mismo constituyente exige, para la prueba anticipada, la existencia de un acta o registro, en razón de su desahogo previo. Para ello, cuando se trate de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas y, en protección del derecho de defensa

²⁸⁵ Detrás del llamado sistema penal acusatorio se encuentra bipolarmente delineado un sistema penal excepcional que reduce garantías y potencializa la intervención del Estado en el combate a la delincuencia organizada, sistema, contradictorio a un Estado constitucional de Derecho. Dicho discurso tiene como justificación la seguridad de la nación.

técnica del imputado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.²⁸⁶

Un presupuesto constitucional es la diferencia entre investigación que conlleva al hallazgo, acopio, identificación, traslado y procesamiento de los indicios y evidencias que conforman los datos de prueba; y por otro lado, los medios de prueba que se producen, en virtud de esos datos de prueba, y que han de ser desahogados en tutela de los principios de inmediación y contradicción.²⁸⁷

Algunas de los puntos sobre la prueba en el sistema de excepción en la reforma constitucional de 2008 se presentan en los siguientes rubros:

a) La publicidad, como lo establece el apartado B, del artículo 20 constitucional, 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 de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

b) En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o existan riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

c) Se establece, en el apartado B, fracción III, del artículo 20 constitucional, beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada, es decir, se da un pacto con el delincuente.

²⁸⁶ La prueba anticipada consiste en el adelanto del interrogatorio de aquel testigo perito que no pueda concurrir a la audiencia de juicio oral, con el argumento de que no se pierda la información para el esclarecimiento de los hechos presuntamente estimados como delito.

²⁸⁷ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, p. 213.

Los anteriores supuestos son el ejemplo claro de cómo la excepción ha sido institucionalizada dentro de texto constitucional. La intervención del Estado, dentro del proceso penal, con la justificación de la seguridad y orden social, genera un claro ejemplo de la violación de derechos humanos. Podemos advertir que la reforma constitucional de 2008 prevé una notable reducción de garantías procesales.

La prueba, al momento de ofrecerse, desahogarse y valorarse, no se sigue los principios rectores del sistema acusatorio adversarial; identificando dentro del enjuiciamiento —o proceso penal— reglas de excepción, que bien pueden identificarse con sistemas inquisitivos. Peor aún, una de las críticas más contundentes que se hacen a la reforma es precisamente que la averiguación previa que realiza el Ministerio Público cuenta con un valor probatorio preponderante al momento de dictar sentencia.

Se suponía que con el nuevo sistema de justicia penal solamente valdría lo que se reproduzca en un juicio oral, público y con el juez y las partes presentes, sin embargo, la reforma constitucional autoriza que las actuaciones realizadas en la fase de investigación tengan valor probatorio, lo que es criticable aun y cuando se trate de delincuencia organizada, pues ya no podemos hablar entonces de un sistema penal garantista, ya que es evidente que no cumple con los parámetros mínimos que se han establecido para ello.

4.4. La prueba anticipada

La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral. Si es solicitada a la presentación del escrito de acusación, debe quien la solicita informar al juez de su conocimiento. Puede ser solicitada por la Fiscalía o la Defensa, según corresponda. Nuestro texto constitucional establece, en el artículo 20, fracción V, apartado A, que en el caso de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio cuando no puedan ser repro-

ducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.²⁸⁸

Quien solicite la práctica de una prueba anticipada debe acreditar ante el juez de control los requisitos generales de toda prueba:

a) *Pertinencia.* La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del acusado.

Quien solicita la prueba anticipada debe presentar al juez de garantías su teoría del caso, que relaciona la prueba solicitada con los hechos relevantes y los efectos jurídicos que pretende demostrar.

Sólo así el juez puede evaluar de manera íntegra la pertinencia de la prueba.

b) *Admisibilidad.* El juez de control debe realizar un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo;

El positivo:

1. El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y necesarios para la práctica de la prueba antes del juicio oral; y

2. Que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

Los motivos fundados van más allá de la simple afirmación del peticionario. La necesidad debe respaldarse en actos de investigación o en evidencia que se lleve ante el juez de control que demuestren la ostensible urgencia que obliga a practicar la prueba antes del juicio oral, por ejemplo las

²⁸⁸ En efecto, la reforma constitucional contiene una clara orientación de menoscabo a los derechos fundamentales de todas aquellas personas que sean acusadas de pertenecer a la delincuencia organizada y, en ese sentido, la definición que de ésta otorga la Carta Magna, no deja de ser una definición “abierto” en la que podría caber cualquier persona, por ende, creemos que tal definición, genera inseguridad jurídica, pues cualquiera puede ser acusado de pertenecer a la delincuencia organizada.

condiciones especiales del testigo en relación con su vida amenazada por enfermedad o peligro evidente, el deterioro de la evidencia física o de la escena del delito por factores ambientales o de seguridad pública.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que son:

1. No debe causar grave perjuicio indebido;
2. Ni generar confusión,
3. Ni exhibir escaso valor probatorio,
4. Ni ser dilatoria del procedimiento.

Si quien solicita la prueba anticipada es la fiscalía, nace una oportunidad para la defensa de conocer la teoría del caso que orienta el proceso de acusación, y de observar la fuerza probatoria de las evidencias de la misma, las cuales justificarían adelantar un proceso de negociación o continuar hacia el juicio oral. También es una oportunidad para conocer otras evidencias que saldrían a la luz al sustentarse la teoría del caso del fiscal ante el juez.

Es también una oportunidad para oponerse a la práctica de la prueba por irrelevante, si no se reúnen los requisitos explicados o inadmisibles, si su urgencia o necesidad no compensan ni por su materialidad o por su eficacia la intervención excepcional y temprana del juez de garantías antes del juez de conocimiento. Esto obviamente con el fin de debilitar la acusación y fortalecer la teoría del caso de la defensa. Si la prueba anticipada es una prueba necesaria para la defensa, debe medirse su peso frente a su teoría del caso, su pertenencia y las condiciones de admisibilidad. El descubrimiento anticipado de la estrategia de defensa puede fortalecer a la fiscalía y llevarla a completar su teoría del caso, o a corregirla con miras a aumentar su poder de negociación o a prever una mejor organización del juicio oral.²⁸⁹

²⁸⁹ SOTELO SALGADO, Cipriano, *La prueba en el juicio oral*, Ed. Flores, México, 2013, p. 24.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 304, establece que hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que sea practicada ante el Juez de control;

II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;

III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y

IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

4.4.1. Características y análisis de la prueba anticipada

Si seguimos los pasos y lineamientos que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 305, la solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querrela o equivalente y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral.

Este precepto nos dice que cuando se solicite el desahogo de una prueba en forma anticipada el órgano jurisdiccional citará a audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la misma, sin grave riesgo de pérdida por la demora y, en su caso, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para que se imponga en forma personal, por teleconferencia o cualquier otro medio de comunicación de la práctica de la diligencia. En caso de que todavía no exista imputado identificado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia.

En un sentido estricto se puede aducir que la palabra contradicción con relación a la prueba anticipada significa que la parte contraria contra quien se opone una prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir que debe de llevarse a la causa a la que la generó, con conocimiento y audiencia de las partes.

En relación con lo anterior, podemos establecer que la prueba anticipada no forma parte de la contradicción como elemento central del sistema acusatorio adversarial, por el contrario, es un claro ejemplo de cómo en nuestro derecho se comienza establecer un ejemplo de prueba de excepción, y con ello una vulneración a los derechos fundamentales. Para clarificar esta aseveración, analizamos el siguiente caso práctico:

En la audiencia para el desahogo de prueba anticipada, del expediente 708/2013, por el delito de secuestro en agravio de persona del sexo femenino de identidad reservada, celebrada el 08 de junio de 2013, en la sala 2 del Juzgado de control del Distrito Judicial de Toluca, residente en Almoloya. La petición por parte del Ministerio Público, para la celebración de la audiencia para el desahogo de la prueba anticipada, se basaron en los siguientes elementos: *a)* La víctima cuenta con nacionalidad de los Estados Unidos de Norte América; *b)* Un certificado médico donde se describe el estado gravedad de la víctima; *c)* Un boleto de avión, donde señala el nombre de la víctima, y fecha de vuelo con destino a los Estados Unidos de Norte América, *d)* Y la petición del consulado de los Estados Unidos, para que la víctima pueda dar a luz en dicho país. Con tales elementos el Juez de control aceptó el desahogo de la prueba anticipada.

Los anteriores hechos descritos nos invitan a realizar un análisis del caso práctico:

El artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que la prueba anticipada podrá ser solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciera temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar.

Si analizamos la solicitud por parte del Ministerio Público, la prueba anticipada debe ser solicitada por alguna de las partes, en este caso fue solicitada por el Ministerio Público, sin embargo, cuando establece que deben expresarse las razones, el Ministerio Público no dio las razones justificadas para el desahogo de dicha prueba, es más, consideramos que el juez de control no debió haber aceptado el desahogo de dicha prueba, toda vez que el estado de gravedad no imposibilita a la víctima a concurrir a la audiencia de juicio, y tampoco cuenta con su domicilio en el extranjero, ni su salud impide que se presente en la audiencia a juicio a declarar.

Recordemos algo, la prueba en materia penal implica, en cierto modo, una confrontación o verificación: la verificación o confrontación de las afirmaciones de cada parte con los elementos de juicio suministrados por ella y su adversario o recogidos por el juez para acreditar o invalidar dichas afirmaciones.²⁹⁰ Por lo tanto, del ejemplo que hemos analizado, no se cumple con dicha confrontación. Probar jurídicamente un hecho implica dos actividades: por un lado, comprobar la realidad de un hecho, que éste efectivamente

²⁹⁰ SANTACRUZ LIMA, Rafael, “La prueba como elemento en un sistema penal garantista”, *Revista Ciencia Jurídica*, núm. 3, México, Universidad de Guanajuato, 2013, p. 166.

tuvo lugar en la realidad y no sólo en la mente de quien lo narra, esto es, que la forma en que ocurrieron los hechos se asemeja bastante a la presentada en el relato, y, por otro lado, que esa narración, la cual tiene un correlato real más o menos cercano, puede ser subsumida en la que está descrita en el tipo penal que se invoca.²⁹¹

4.4.2. Medios de prueba vinculados al sistema de excepción

El artículo 20, apartado B, fracción III, de nuestro texto constitucional, establece que los derechos de toda persona imputada son: que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.²⁹²

Desde nuestro texto constitucional, el derecho y los derechos se vuelven moneda de cambio de una dinámica en la que lo que importa es el poder y sus razones; el orden y las instituciones del Estado, así, con mayúsculas, se erigen como el bien mayor que debe salvaguardarse a cualquier precio y la lógica amigo-enemigo emerge peligrosamente. Establecer beneficios a favor del inculpado equivale a un

²⁹¹ Ferrajoli establece que el sistema garantista es un conjunto de técnicas que, en el plano legal, aseguran la verificabilidad y la refutabilidad empírica de las hipótesis de delito (por ejemplo "A" ha cometido tal homicidio) y, en el plano procesal, exigen su verificación por parte de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa. En otras palabras, puede decirse que un sistema penal carece de garantías si no incorpora controles de verdad y de falsedad.

²⁹² La interpretación que se hace a dicho artículo de la Constitución, es que el Estado realiza de manera tácita un pacto con el delincuente, algo grave desde el punto de vista del Estado de Derecho.

principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino *supraordenado* a ella.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 291, establece que, cuando en la investigación el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, el Titular de la Procuraduría General de la República o los servidores públicos facultados en términos de su ley orgánica, así como los procuradores de las entidades federativas, podrán solicitar al juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma. La intervención de comunicaciones privadas abarca todo un sistema de comunicación, o programas que sean fruto de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, las cuales se pueden presentar en tiempo real o con posterioridad al momento en que se produce el proceso comunicativo.²⁹³

La solicitud deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que la haya recibido. Si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la autorización deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público. Los servidores públicos autorizados para la ejecución de la medida serán responsables de que se realice en los términos de la resolución judicial.

²⁹³ En cuanto a los recursos probatorios fundamental en el procedimiento penal, y clasificado dentro de las llamadas pruebas personales, implica la declaración de terceros ajenos al proceso sobre datos que puedan ayudar al órgano jurisdiccional a formar su convicción sobre los hechos y responsabilidades que se deducen de ellos.

Recordemos que dentro de los elementos de todo sistema inquisitivo encontramos el principio de secrecía. El mismo Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 292 establece: quienes participen en alguna intervención de comunicaciones privadas deberán observar el deber de secrecía sobre el contenido de las mismas. Lo anterior constituye factores de un sistema totalmente ajeno a un sistema garantista, ya que se potencializa la intervención del Estado en el proceso penal.

La prueba debe ser obtenida respetando los derechos fundamentales de las partes, es decir, y para clarificar lo anterior, en el sistema jurídico mexicano se acepta la teoría estadounidense denominada doctrina del árbol envenenado, que determina que la licitud de la prueba no sólo afecta a ella, sino que se refleja también la afectación a las pruebas obtenidas o derivadas de ellas.

Siguiendo en ello, y tomando como referencia la jurisprudencia norteamericana y española, las intervenciones telefónicas no pueden llevarse a juicio ni ser tomadas como evidencias, toda vez que se realizan violando derechos fundamentales.

4.5. La prueba de excepción y su contraposición a los principios del sistema acusatorio adversarial

El sistema de excepción equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva, no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino *supraordenado* a ella. *Salus rei publicae, suprema lex*: la salvación o incluso el bien del Estado es la *Grundnorm* del *derecho emergencia*, la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio.²⁹⁴ Se experimenta un derecho penal

²⁹⁴ En ese orden de ideas, por parte del Estado se otorga un máximo de violencia y un mínimo de seguridad jurídica. Con ello se le da la oportunidad de potencializar la intervención del Estado en el proceso penal.

simbólico que denomina el resurgimiento del *punitivismo* característico del linaje del derecho penal del enemigo,²⁹⁵ por ello este derecho sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no derecho penal y para ello deben considerarse aspectos relevantes:

- El sistema penal adelanta la punibilidad sobre un hecho futuro.
- En segundo lugar, las penas son desproporcionalmente altas.
- En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.

Al sufrir lesión los derechos de los ciudadanos, se consideraría al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar los derechos para ejercer un poder que está en las propias manos del Estado. De este modo, el Estado de Derecho habrá sido abolido, toda vez que el poder punitivo les deparó un trato que no corresponde a la condición de personas, dado que sólo los considera como entes peligrosos.

El derecho penal de excepción, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada. Con ellos se da un cambio drástico a la cultura del respeto a los derechos humanos, y en un aspecto jurisdiccional la violación al debido proceso.²⁹⁶

²⁹⁵ JAKOBS GÜNTER, Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 21.

²⁹⁶ El Estado de excepción es una medida extrema para el derecho porque supone declarar la suspensión de la regularidad constitucional en áreas estratégicas: la de ciertos principios fundamentales, como la separación de los poderes; la de (algunos de) los derechos humanos de las personas y de sus garantías, la concentración del poder en manos del titular de Poder Ejecutivo —del presidente en el caso de México— potencializando su capacidad de decisión y acción sin contrapesos, y la

Desde esta perspectiva, no es posible asumir sin objeciones la idea de que en México tenga un modelo del todo garantista, siendo por el contrario más exacto destacar una contradicción que dismantela todo discurso político, que pretenda transmitir el mensaje de la existencia de un genuino avance en materia de democracia y libertades públicas. Con la misma precisión cabría identificar un modelo de lucha contra la delincuencia organizada carente de las más elementales garantías y no tan circunscrito a determinados delitos, por cuanto ha venido abarcando más ámbito de incriminación.

Uno de los ejes sustanciales del nuevo lenguaje de la excepción tiene que ver con lo establecido en el artículo 20 constitucional. Este artículo constituye el núcleo central garantista de la reforma, sin embargo, también en éste encontramos un par de cuestiones propias del Derecho penal del enemigo. Una contradicción más en la paradójica política criminal prevista en la reforma constitucional. La fracción III del artículo 20 estableció como derecho del imputado el ser informado de los derechos que le asisten. Sin embargo, quienes sean acusados por delincuencia organizada no podrán conocer el nombre y datos de quien acusa. Por otra parte, la fracción quinta, en su párrafo segundo, señala que tratándose de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Nuevamente regresemos a lo mismo: ¿no acaso la reforma constitucional había establecido la contradicción como un principio elemental del nuevo sistema de justicia penal? ¿Cómo defenderse de un acusador anónimo? Resulta paradójico que la Constitución, en el discurso, pretenda asegurar los derechos de defensa. Ello es imposible si se desconoce la

utilización de algunas instituciones —típicamente, las Fuerzas Armadas— para la realización de tareas especiales. Paralizando, entonces, al núcleo del constitucionalismo democrático.

identidad del titular del bien jurídico tutelado o quien imputa los cargos.

Peor aún, una de las críticas más contundentes que se hacen a la reforma es precisamente que la investigación que realiza el Ministerio Público cuenta con un valor probatorio preponderante al momento de dictar sentencia. Se suponía que con el nuevo sistema de justicia penal solamente valdría lo que se reproduzca en un juicio oral, público y con el juez y las partes presentes, sin embargo la reforma constitucional autoriza que las actuaciones realizadas en la fase de investigación tengan valor probatorio, lo es que es criticable aun cuando se trate de delincuencia organizada, pues ya no podemos hablar entonces de un sistema penal garantista, ya que es evidente que no cumple con los parámetros mínimos que se han establecido para ello.

En un sentido estricto, se puede aducir que la palabra contradicción con relación a la prueba significa que la parte contraria contra quien se opone una prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla. Por lo tanto, la prueba de excepción es contraria al sistema acusatorio adversarial, ya que no se respeta el principio de contradicción.

En relación con lo anterior, podemos establecer que la prueba de excepción no forma parte de la contradicción cómo elemento central del sistema acusatorio adversarial, por el contrario, es un claro ejemplo de como en nuestro derecho se establece una contraposición, y con ello una vulneración a los derechos fundamentales. La prueba en el sistema penal de excepción, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada. Con ellos se da un cambio drástico a la cultura del respeto a los derechos humanos, y en un aspecto jurisdiccional la violación al debido proceso.

Las pruebas de excepción, contempladas en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, contienen una clara orientación que atenta contra los derechos fundamentales de todas aquellas personas que sean acusadas de pertenecer a la delincuencia organizada. En ese sentido, y tomando las inconsistencias operativas del sistema penal mexicano, deja abierta la posibilidad en la que podría haber cualquier persona.²⁹⁷

²⁹⁷ La prueba en el sistema de excepción implica la idea de la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica, lo que constituye una contraposición a los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio y oral.

Fuentes de información

A) Bibliográficas

- AGAMBEL, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2003.
- AGUILERA GARCÍA, Edgar R., *Jurisdicción penal y disfunciones epistémicas: Variaciones mexicanas sobre un tema de ordalías y caería de brujas*, Reforma Judicial; Revista Mexicana de Justicia, núm. 20, 2012.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005.
- AHARON, Barak, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional*, SCJN, México, 2009.
- ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, *Tratado de la prueba criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *Legitimación penal juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 3a. ed., McGraw Hill, Serie Jurídica México, México, 2006.
- BARRAGÁN BENÍTEZ, Víctor, *Bases constitucionales del nuevo sistema de justicia penal*, Popocatépetl, México, 2008.
- BRAVO PERALTA, M. Virgilio e ISLAS COLÍN, Alfredo (coords.), *Argumentación e interpretación jurídica para juicios orales y la protección de los derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor. *La posición del fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2010.
- CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

- CAMARGO, Pedro Pablo, *La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos*, Fondo Rotario de la Universidad la Gran Colombia, textos, núm. 5, Bogotá, 1975.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, 5a. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, 6a. ed., Lexis-Nexis, Argentina, 2008.
- DE SOLA DE PINO, Mireya. *La confesión en el procedimiento penal venezolano*, 1a. ed., Publicaciones de la Facultad de Derecho, Venezuela, 1985.
- CASANUEVA REGUART, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
- CEBALLOS MAGAÑA, Rodrigo y Nicolás Baltazar, Arturo, *Los principios rectores del sistema acusatorio. Análisis sistémico*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1998.
- COAÑA BE, Luis, *México: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo?*, Ubijus, México, 2014.
- CRUZ PARCERO, Juan A. y Larry Laudan (Comps.) *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, Colección Filosofía Contemporánea. Serie Antologías, México, 2010.
- DEHESA, Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 5a. ed., Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2009.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Editorial Temis, 9a. ed., Colombia, 1997.
- DE SOLA DE PINO, Mireya, *La confesión en el procedimiento penal venezolano*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Venezuela, 1985.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, Tomo II, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997.
- DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho", en *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Trotta-Consejo Superior de Investigación Científica, España, 1996.
- DESPOOY, Leonardo, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal de hoy*, 1a. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

- FERRERES, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, Ensayos escogidos*, 4a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Trotta, Madrid, 2001.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 1a. ed., Trotta, Madrid, 1999.
- FREUND, Georg; SAUTNER, Lyane; SANZ MORÁN, Ángel José; BLAY GIL, Ester, *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, 1a. ed., Gedisa, Barcelona, 2004.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, 1a. ed., Flores Editores y Distribuidores, México, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- , *Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal*, Grupo Graficentro, México, 1997 (Ensayos de derecho procesal. Principios rectores del derecho penal).
- GASCÓN A., Bellán Marina, *Los hechos del derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, Ubijus, México, 2008.
- HERNÁNDEZ AGUIRRE, Christian Norberto, “El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio”, *Revista ciencia jurídica*, núm. 4, Universidad de Guanajuato, México, 2013.
- , “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio”, en *Prospectiva Jurídica*, año 5, núm. 10, julio-diciembre 2014, Toluca, Estado de México, UAEM-Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México.
- JAKOBS GÜNTHER, CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

- JAKOBS GÜNTHER, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, AA.VV., en Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999, trad. Manso Porto, CGPJ, 2000.
- , *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Estudios de Derecho Penal, Traducción por Peñaranda Ramos, E. Suárez Gonzalez, Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2011.
- MERINO HERRERA, Joaquín, *La protección de testigos en el Marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Bosch-INACIEP, México, 2013.
- MIR PUING, Santiago, *Bases constitucionales de derecho penal*, Editorial Iustel, España, 2011.
- MOLINA FLORES, Pedro, “El sistema penal de emergencia, en la reforma constitucional en México”, en *Memoria “Garantismo y Derechos Humanos de la Política Criminal en México”*, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MORENO MELO, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ubijus, México, 2015.
- MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Valencia-Editorial Tirant lo Blanch, España, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3a. ed., Hammurabi, Madrid, 2007.
- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, traducción castellana de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons, España, 2013.
- , *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005.
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El juicio oral penal (Técnicas y estrategias de legitimación oral)*, Editores y Distribuidores, 1a. ed., México, 2009.
- POLAINOS-ORTS, Miguel, *El derecho penal del enemigo como garantía de la juridicidad democrática Estatal*, Flores Editores y Distribuidor, México, 2008.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI, México, 2013.
- POLAINOS-ORTS, Miguel, POLAINOS NAVARRETE, Miguel y JAKOBS GÜNTHER, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editores y Distribuidor, México, 2008.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2009.
- PRIGOGINE, Ilya, *El Fin de la certidumbre*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y argumentación*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E., “Crisis económica y estado de derecho”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2a. ed. alemana de Diego Manuel Luzón Peña, Civitas, Madrid, 1997.
- , *De la dictadura a la democracia: Tendencias de desarrollo en el derecho penal y procesal penal alemán*, Ubijus, México, 2004.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Crítica de la mano dura*, Océano, México, 2012.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y ESPINO, Miguel Ángel, *Fundamento del sistema acusatorio y perspectivas de su implementación desde la perspectiva latinoamericana*, Serie de Estudios Jurisprudenciales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.
- SANTACRUZ LIMA, Rafael. “El sistema penal de excepción en el nuevo paradigma penal mexicano”, *Revista prospectiva jurídica*, número 9, Universidad del Estado de México, 2014.
- , “La prueba como elemento en un sistema penal garantista”, *Revista Ciencia Jurídica*, núm. 3, Universidad de Guanajuato, México, 2013.
- SARRE, Miguel, *Control del Ministerio Público, Los controles constitucionales*, Anuario de Derecho Público, McGraw Hill, Serie Jurídicas-ITAM, México, 1999.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal, hacia una nueva propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*, 2a. ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011.
- VALADEZ DÍAZ, Manuel, *La defensa adecuada en juicio oral*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Temis, Bogotá, 2003.

- VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi, *El sistema oral de audiencias y celeridad procesal en las etapas de investigación preparatoria e intermedia*, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. V, noviembre, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2007.
- , *El humanismo en el derecho Penal*, Ubijus Editorial, México, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., Trotta, Madrid, 2007.

B) Legislación y tratados internaciones

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Declaración Universal de Derechos Humanos.
Convención Americana de Derechos Humanos.
Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro.

C) Otras

- Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.
Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002.
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006.
Diccionario de la lengua española, 20a. ed., Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 1984.

Índice

Prólogo	IX
Introducción	XV

Capítulo I

El sistema de excepción

1.1. Principios que regulan el sistema de excepción	4
1.1.1. Principio de legalidad.	5
1.1.2. Principio de amenaza temporal	8
1.1.3. Principio de no discriminación.	13
1.1.4. Principio de proporcionalidad	18
1.2. El sistema penal de excepción	21

Capítulo II

Los sistemas procesales penales surgidos en el Estado moderno

2.1. El sistema inquisitivo	31
2.1.1. La escrituralidad.	38
2.1.2. El secreto	39
2.1.3. Características de la prueba en el sistema inquisitivo.	41
2.2. El sistema acusatorio.	44
2.2.1. Publicidad.	49
2.2.2. Contradicción	52
2.2.3. Concentración.	55
2.2.4. Continuidad	57
2.2.5. Inmediación	58
2.2.6. Imparcialidad	60
2.2.7. Características de la prueba en el sistema acusatorio.	61
2.3. La prueba en el sistema penal mexicano en extinción . .	67

Capítulo III
La reconstrucción de la verdad
en el hecho delictuoso

3.1. Hecho y reconstrucción material.	71
3.1.1. El hecho	77
3.1.2. La verdad	80
3.1.3. La persuasión	88
3.1.4. El convencimiento	90
3.1.5. La demostración	91
3.2. La cadena del indicio	93
3.2.1. El indicio	94
3.2.2. Documentación de la <i>notitia criminis</i>	96
3.2.3. La cadena de custodia	99
3.3. Valoración de las pruebas	101
3.3.1. Enfoques sobre la valoración de la prueba	104

Capítulo IV
La prueba penal en el sistema de excepción
en México

4.1. La prueba en la reforma del 18 de junio de 2008	107
4.2. El uso del lenguaje de la excepción en el texto constitucional	111
4.3. Nacimiento de la prueba de excepción en México	115
4.4. La prueba anticipada.	118
4.4.1. Características y análisis de la prueba anticipada	121
4.4.2. Medios de prueba vinculados al sistema de excepción	124
4.5. La prueba de excepción y su contraposición a los principios del sistema acusatorio adversarial	126
Fuentes de información	131

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 20 de octubre de 2015 en

PorrúaPrint®

Av. República de Argentina 17, col. Centro,
06020, Del. Cuauhtémoc, México, DF





