



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

**EL CARÁCTER EPISTEMOLÓGICO DEL PROCEDIMIENTO
PENAL ACUSATORIO Y ORAL**

T E S I S

PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MARIELA PONCE VILLA

SANTIAGO DE QUERÉTARO, QRO., DICIEMBRE DE 2014.



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho

El carácter epistemológico del procedimiento penal acusatorio y oral

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Doctor en Derecho

Presenta:

MARIELA PONCE VILLA

Dirigido por:

Dra. Gabriela Nieto Castillo

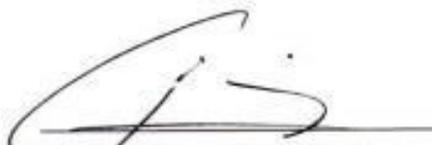
Dra. Gabriela Nieto Castillo
Presidente

Dr. Miguel Carbonell Sánchez
Secretario

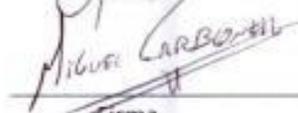
Dr. Juan Ricardo Jiménez Gómez
Vocal

Dr. Jaime Cárdenas Gracia
Suplente

Dr. Santiago Nieto Castillo
Suplente


M. en A.P. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad


Firma


Firma


Firma


Firma


Firma


Dr. Inneco Torres Pacheco
Director de Investigación y Posgrado

RESUMEN

La transición del procedimiento penal mixto al acusatorio y oral implica no únicamente una regulación legislativa diferente, sino, ante todo, la necesidad de contar con procesos y decisiones justas. Para que una decisión sea justa requiere de un diseño procedimental también justo, caracterizado por mantener la igualdad entre las partes que se cumplirá si la prueba de acusación encaminada al establecimiento de la verdad procesal, es legal, legítima y queda sujeta a la contradicción de la defensa, aspectos que abarcan, no sólo el desahogo de la prueba, sino, incluso, desde el momento de la obtención de los medios de prueba a cargo del órgano de acusación que es el Estado representado por un agente del ministerio público. El establecimiento de la verdad en un procedimiento judicial es un problema de tipo epistemológico, porque se refiere a cómo conoce el juez los hechos y cómo toma la decisión final. Mi tesis es que el diseño constitucional del procedimiento penal acusatorio y oral, es de tal rigurosidad metodológica que me permite afirmar el carácter epistemológico de este nuevo procedimiento, lo que conlleva a decisiones justas. Ferrajoli habla de este carácter epistémico a través del principio del falsacionismo, y genera una serie de conceptos teóricos que en mi investigación me ocupó de darles contenido para que su utilidad sea real en la práctica. Por otro lado, Taruffo, sostiene que el procedimiento acusatorio y oral no es de tipo epistémico y partiendo de cada argumento del procesalista italiano, demuestro lo contrario. Determino cuál es el punto clave del carácter epistemológico del procedimiento: principio de contradicción, tomando en cuenta que los principios procesales son interdependientes: inmediación, oralidad, continuidad, contradicción, publicidad, pero es en la contradicción en donde está puesto el acento, así como también establezco cómo debe ser la sentencia del juez para ser justa, pues no basta el proceso justo, sino, muy importante, cómo se produzca la decisión final. Mi punto de partida es la teoría de autores metodológicos, constitucionalistas y procesalistas, que complemento con el análisis legislativo, jurisprudencial y práctico derivado de mi experiencia en procedimiento acusatorio y oral de seis años.

(Palabras clave: Sistemas procesales, principios procesales, máximas del garantismo, proceso, decisión, verdad, fines del proceso, proceso justo, decisión justa, verdad controlable, verdad controlada, epistemología)

SUMMARY

The change from the mixed criminal procedure to the accusatory and oral procedure not only implies a different legislative regulation, but, above all, the need to have fair trials and sentences. For a sentence to be fair, it requires a procedural design that is also fair, characterized by maintaining equality between the parties. This will be achieved if the accusatory evidence aimed at the establishment of procedural truth is legal, legitimate and subject to rebuttal by the defense. These aspects include not only the introduction of evidence but must cover this from the moment the evidence is obtained by the accusing party which is the State, represented by the public prosecutor. The establishment of truth in a judicial procedure is an epistemological-type problem since it refers to how the judge becomes aware of the facts and how he/she reaches the final decision. My position is that the constitutional design of the criminal accusatory and oral procedure is of such methodological rigorousness that I can affirm the epistemological character of this new procedure which leads to fair sentences. Ferrajoli speaks of this epistemological character through the principle of falsifiability; he generates a series of theoretical concepts which I give context to in my research so their usefulness will be real in practice. On the other hand, Taruffo maintains that the accusatory and oral procedure is not of the epistemological type; based on the arguments of the Italian prosecutor, I prove the contrary. I determine the key point of the procedure's epistemological character: the principle of rebuttal, bearing in mind that procedural principles are interdependent: immediacy, oral factor, continuity, rebuttal, publicity; however, the accent is on rebuttal. I also establish how the sentence of the judge should be in order to be fair since a fair trial is not enough. How the final sentence is reached is very important. My starting point is the theory of methodological, constitutional and prosecution authors which I complement with a legislative, jurisprudential and practical analysis derived from my experience of six years in accusatory and oral procedures.

(Key words: Criminal guarantees, trial, sentence, truth, fair trial, fair sentence, controllable truth, epistemology)



Para mis hombres: *Juan Martín y Sebastián.*

ÍNDICE

Resumen	I
Summary.....	II
Dedicatoria.....	III
Introducción - - - - -	1
Capítulo 1. Características del procedimiento acusatorio y oral - - - - -	9
1.1. Orígenes - - - - -	9
<i>Acusatorio</i>	
<i>Inquisitorial</i>	
<i>Mixto</i>	
<i>Resurgimiento del acusatorio y oral</i>	16
1.2. Principios procesales - - - - -	16
1.3. Los llamados juicios orales - - - - -	20
Capítulo 2. Garantismo penal - - - - -	30
2.1. Conceptualización - - - - -	30
2.2. Origen del garantismo penal - - - - -	36
2.3. Resurgimiento del garantismo: su sistematización - - - - -	39
Capítulo 3. Fines del proceso - - - - -	41
3.1. Formas de gobierno y teleología procesal - - - - -	41
3.2. Teleología procesal - - - - -	47
3.3. Teleología política - - - - -	60
Capítulo 4. Carácter epistemológico del proceso penal acusatorio y oral - - - - -	63
4.1. Las garantías procesales - - - - -	63
4.2. Dos modelos procesales: decisionista y garantista - - - - -	65
4.2.1. La verdad controlada y controlable - - - - -	66
4.2.2. Las pruebas en el procedimiento mixto y en el acusatorio - - - - -	82
4.3. El carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral - - - - -	87
Capítulo 5. El carácter epistemológico de la decisión judicial en el procedimiento acusatorio y oral - - - - -	110
Capítulo 6. Conclusión - - - - -	126
Bibliografía - - - - -	132

ÍNDICE DE CUADROS Y FIGURAS

Cuadro 1 (C.1): Características de los sistemas inquisitorial y acusatorio	-----	14
Figura 1 (F.1): Triada procesal	-----	25
Cuadro 2 (C.2): Principios procesales que se conservan del procedimiento inquisitivo y del acusatorio	-----	46
Cuadro 3 (C.3): Modelos procesales decisionista y garantista	-----	65
Cuadro 4 (C.4): Garantías procesales primarias y secundarias	-----	67
Cuadro 5 (C.5): Verdad contralada en cada etapa procesal	-----	81
Cuadro 6 (C.6): Verdad controlable en cada etapa procesal	-----	82
Cuadro 7 (C.7): Medios de prueba	-----	83
Figura 2 (F.2): Triada procesal con actores y funciones	-----	102

INTRODUCCIÓN.

Un procedimiento judicial está encaminado al conocimiento y establecimiento de una verdad: la que se plasma en la sentencia.

Si el propósito de cualquier tipo de conocimiento es llegar a establecer una verdad, entonces, debe existir un método riguroso que permita la aceptabilidad de esa verdad, tal como aquella verdad que deriva de un método científico para que se acepte como teoría, como saber científico, inderrotable hasta en tanto no aparezcan condiciones o circunstancias que la modifiquen, porque como sabemos, ni en la misma ciencia exacta o ciencia dura hay verdades absolutas.

Gadamer sostiene que verdad y método van de la mano, es decir, que la verdad está íntimamente ligada al método y no puede considerarse una sin la otra. En este sentido, Popper habla del falsacionismo, entendiendo por tal, la necesidad de confrontar una verdad antes de considerarla teórica o científica, si se sostiene, podemos hablar de una verdad, de lo contrario, hay que volver a iniciar el método científico.

Estas posturas metodológicas no son exclusivas de las ciencias experimentales, duras, exactas o deshumanas, como quiera llamárseles, sino que son inherentes a toda empresa que tiene como fin, como propósito, llegar a una verdad. Considero como verdad, no la absoluta, sino la relativa en la materia del Derecho y en específico, la que se emite para dirimir controversias jurídicas, una verdad derivada de argumentaciones de los adversarios si logran demostrar su respectiva postura, demostración que está dada por las pruebas aportadas al proceso. Si bien, un conflicto jurídico está lejos de ser incluido dentro de las ciencias experimentales, como desde entonces distinguió Aristóteles al, por un lado, hablar de los primeros y segundos analíticos y, por el otro, de retórica y dialéctica, también lo es que no debemos soslayar que la finalidad es la misma: llegar al conocimiento verdadero y como tal, debemos tener una metodología propia y confrontar las verdades iniciales para que esa decisión final se sostenga, sobre todo, para que sea justa y equilibrada que es lo que busca un procedimiento judicial.

Lo anterior me sirve como preámbulo y lo llevo al terreno de los conflictos en materia penal, principalmente por el hecho de que en un procedimiento de este tipo, es el Estado quien actúa frente a un gobernado imputado de un delito: tanto para investigarlo y acusarlo como para sentenciarlo, las dos primeras actividades a cargo del poder ejecutivo por conducto del ministerio público y la última, a cargo del poder judicial. La reacción más drástica que tiene el Estado frente al gobernado es, precisamente, la materia penal porque desde el inicio del procedimiento se le afectan derechos fundamentales: a la privacidad, inviolabilidad del domicilio, libertad, etcétera, de ahí que el Estado debe actuar bajo estándares y a través de una metodología que lo legitime para que esa afectación en los derechos, ya provisional, ya definitiva, sea legal y no arbitraria.¹

Entonces, ¿cómo es un procedimiento penal?, ¿cómo se llega al conocimiento y establecimiento de la verdad dentro de ese procedimiento penal?, ¿hay rigurosidad metodológica en el establecimiento de esa verdad? Me refiero al procedimiento penal tradicional o mixto con el cual crecimos y nos formamos como licenciados en derecho, tanto en el aula como fuera de ella y que tiene más de dos siglos de existencia. En este procedimiento el juez toma las decisiones en torno a la verdad, basándose en pruebas que no tuvo a la vista, que no presenció y que, como acto de fe, confía y cree en todo lo que el Ministerio Público –por cierto, la parte acusadora–, le dice que dijeron los testigos, peritos y policías en la etapa de investigación. Es esta etapa la más importante del procedimiento penal, curiosamente, la primera, en donde el ministerio público, como autoridad, recaba y desahoga diligencias que tienen un estándar de prueba, suficiente, si se cumple con las formalidades para sostener una sentencia definitiva. Hay probanzas que se desahogan ante el juez, o ante su auxiliar, en la etapa del proceso, pero generalmente son medios de prueba que se denominan ampliación de declaración de los testigos, víctimas u ofendidos que declaran en la primera etapa, pero, esa *ampliación*, genera el que prevalezca la primera declaración y se agrega lo que se mencione en la segunda. Así, el órgano jurisdiccional se convence de una *verdad* que obtiene de la lectura de actas, no, de lo que escucha directamente de los testigos; el juez nunca vio al testigo, desconocemos si existe o no, si se llama como dice llamarse y si en realidad declaró en la forma en que está redactada su

¹ Arbitrario es aquello que es legal, que es permitido, pero la autoridad actúa con excesos frente al gobernado.

declaración en una hoja que se convierte en documental pública, además, y muy importante, esos testimonios o dictámenes periciales nunca son confrontados por la defensa del imputado, porque generalmente no hay defensa aún y cuando el imputado se encuentre detenido desde la primera etapa de investigación; se le permitirá al defensor estar acompañando al imputado cuando éste declare y si es que llegó antes de dicho acto, pero si hay detenido y éste tiene defensor, nunca se le permite presenciar el desahogo de las demás diligencias que recaba el ministerio público en contra del imputado. Me parece que esto no nos ofrece nada de rigurosidad metodológica porque la *verdad* del acusador nunca se verifica fehacientemente ante el juez que es a quien hay que convencer, además, esa *verdad* nunca se confronta realmente por la defensa. Dice Luigi Ferrajoli, se trata de una *verdad de Estado*.

Actuando así, ¿el Estado se legitima al ejercer el derecho de castigar?, ¿Las decisiones judiciales generan confianza en cuanto a su sentido, ya sea de absolución o de condena?, ¿Qué tipo de Estado es el que juzga a una persona bajo tales estándares?, ¿Existe correspondencia entre la ideología actual del Estado con esta forma de proceder? ¿Cómo debe ser un procedimiento penal?, ¿Es factible un procedimiento penal con rigurosidad metodológica?, si es así, ¿el proceso penal es de carácter epistemológico?

Estas interrogantes son el objeto de estudio del presente trabajo. En el ámbito procesal penal, como nación y como entidad federativa, estamos transitando de un modelo mixto (inquisitorial-acusatorio, más cargado hacia lo inquisitorial), a uno acusatorio y oral. Del sistema o del principio acusatorio ya éramos, esto no es nuevo, lo nuevo será cómo concebimos y aplicamos el principio acusatorio, esto es, la relación, distancia e independencia entre el órgano acusador y el órgano jurisdiccional, las facultades otorgadas a un ministerio público y a un juez en el desarrollo del proceso. Lo nuevo, al menos para nuestro país, también es el carácter oral y adversarial en el proceso. Es un lugar común confundir los términos y pensar que con denominar al nuevo procedimiento como “acusatorio” ya vienen dados en automático el carácter oral y adversarial. Esto no es así.

En esta transición de la que hablo, resulta importante para el teórico y práctico del Derecho reconocer el carácter distintivo de cada sistema procesal, sin quedarnos reducidos al campo de distinguirlos a partir de que en uno se escribe y en otro se habla, o que en uno hay expedientes voluminosos y en el otro, sistema de audiencias. ¡No! La distinción tiene que ser a partir del modelo teórico que subyace detrás de cada sistema procesal, principalmente, el modelo teórico del nuevo procedimiento penal diseñado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del 18 de junio de 2008.

Este modelo teórico es el garantismo penal, del que mucho se habla y se cita pero poco se conoce, pues lo reducimos a la existencia de *garantías* en la constitución o en las leyes o incluso, se lo atribuyen a Luigi Ferrajoli desconociendo la base de la que este filósofo del Derecho parte para sistematizar y hacer resurgir el garantismo penal de los siglos XVII-XVIII.

Además de analizar el nuevo procedimiento penal a partir del modelo teórico, es necesario estudiarlo, describirlo e interpretarlo a partir del modelo o forma de gobierno que subyace detrás de cada sistema procesal tomando en cuenta los momentos históricos en los que aparecen, y aquí me refiero a los sistemas procesales acusatorio, inquisitorial y mixto. Esto ayuda a entender, pero sobre todo a comprender las finalidades de cada sistema procesal en correspondencia con el poder del Estado.

El último enfoque de análisis es ontológico, es decir, desde el proceso mismo, atendiendo a su diseño constitucional tanto en las garantías sustantivas (necesidad, lesividad, proporcionalidad, etcétera), procesales (inmediación, contradicción, continuidad, igualdad, etcétera) y orgánicas de la jurisdicción (independencia, imparcialidad), hasta la solución del caso que es la decisión judicial (demostración, justificación).

Estos tres caracteres: teórico, político y procesal, permitirán tener un análisis completo del nuevo procedimiento penal y así estar en posibilidades de delinear sus rasgos distintivos a efecto de demostrar el carácter epistémico que tiene esta nueva manera de proceder en la impartición de justicia en materia penal. El enfoque teórico porque nos

describe qué es el garantismo y qué se requiere para que un procedimiento penal sea calificado como garantista. El enfoque político nos ayuda a entender las finalidades de ese procedimiento y la ideología que circunda al mismo. El enfoque procesal nos muestra los estándares para la demostración y decisión en el nuevo procedimiento penal.

Mi propósito es demostrar el carácter epistemológico del nuevo procedimiento penal, por ende, implica un cambio importante en la forma de concebir y practicar el derecho procesal penal, tanto por las partes como por el juez.

Existen autores que nos hablan del tema. Ferrajoli por ejemplo, distingue entre procesos decisionistas y epistémicos, ubicando en éste último al garantista, pero lo hace solamente desde el plano teórico, es decir, desde la teoría del garantismo penal y describe el ideal de procedimiento que debería existir. Mi propósito aquí es distinto porque, si bien, tengo que partir de ese modelo teórico, lo contrasto con la realidad y llamo realidad a las normas constitucionales ya existentes y a la práctica que tengo de seis años en el nuevo procedimiento penal oral. Otro autor es el procesalista contemporáneo Michele Taruffo. Este autor sostiene el carácter no epistémico del procedimiento debido a que existen reglas de exclusión de pruebas (lo que limita el conocimiento), la llamada prueba tasada (que limita al juez para valorar la prueba), el hecho de basarnos en testigos (la credibilidad o confiabilidad que puede o no tenerse en los atestes y el que no confía en el llamado interrogatorio cruzado de testigos al modo americano), así como el papel del juez (activo en el caso de las partes, versus, pasivo, es decir, el que se limita a controlar y dirigir el proceso, apostando Taruffo por el modelo de juez activo). En este aspecto, demostraré en cada punto, a partir de las normas tanto constitucionales como procesales y la práctica, la base errónea del autor, para concluir y demostrar el carácter epistémico del proceso.

Todos estos aspectos de análisis son diametralmente opuestos al sistema tradicional mixto, y es en el carácter epistémico en donde fundamento y justifico la necesidad del nuevo procedimiento penal a partir de la ideología actual que se desprende de la Constitución general: el respeto a los derechos humanos reconocidos en la constitución y en tratados internacionales, así como la observancia y aplicación del debido proceso como

un derecho fundamental contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, el juicio justo.

Es importante precisar que mi objeto de investigación es el procedimiento penal acusatorio y oral, no el sistema de justicia penal delineado a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, pues aunque comúnmente se les llama del mismo modo, lo real es que se trata de dos dimensiones distintas: el procedimiento penal es uno de los componentes de todo el nuevo sistema de justicia penal que se integra de la siguiente forma: a) subsistema de adolescentes; b) subsistema de adultos; c) subsistema de reinserción social; d) subsistema de seguridad pública; e) subsistema de delincuencia organizada; f) subsistema procedimental: procedimientos alternos, procedimiento de terminación anticipada y procedimiento ordinario. Es en el último en el que baso mi objeto de estudio.

Mi investigación es desde una perspectiva normativa, analítica y empírica. Normativa porque parto de las normas fundamentales (derechos, principios, garantías) constitucionales, convencionales y procesales, así como la interpretación jurisprudencial. Analítica porque me refiero a la estructura procedimental para culminar con un juicio (sentencia). Y empírica porque si bien parto de lo teórico y normativo, lo complemento con lo que en realidad sucede en la tramitación de un procedimiento penal, tanto de tipo inquisitorial o mixto como acusatorio, imprimiendo mi experiencia de trabajo de 6 años en procedimiento acusatorio y oral para adolescentes.

Esta investigación es propositiva, porque a partir de lo teórico, normativo y mi experiencia en la práctica, hago sugerencias y propuestas de cambio y de cómo debe operarse el nuevo procedimiento penal, lo anterior, porque no concibo una investigación que no aporte a la práctica, más, cuando nos encontramos en un momento de transición y de confusión respecto a las reglas y prácticas del nuevo procedimiento penal.

Y su base es documental: doctrina a cargo de autores reconocidos; legislación; jurisprudencia y casos reales para concluir y realizar propuestas en relación con el carácter epistémico del proceso penal acusatorio.

Los autores en que me baso son: Gadamer, Popper, Damaska, Ferrajoli, Taruffo, Foucault, principalmente.

Parto, en el primer capítulo, de las características esenciales del procedimiento acusatorio y oral, para lo cual, inicio con los orígenes para mostrar que el primero en aparecer en la historia es el procedimiento acusatorio y no el inquisitorial. Conceptualizo los principios procesales, no sólo con las tradicionales definiciones, sino agregando lo que considero importante en cada uno de ellos, y dimensiono lo que debemos entender por los mal llamados “juicios orales”.

En el capítulo segundo, digo qué debemos entender por garantismo penal, pues si bien su autor que lo hace resurgir es L. Ferrajoli, lo cierto es que es complejo el contenido teórico filosófico de dicha corriente contemporánea del derecho, así que aterrizo en la práctica cómo debemos materializar lo teórico y aclaro que las máximas del garantismo, las reglas del juego en la materia penal, surgen con los pensadores de la ilustración y son sistematizadas por Ferrajoli.

En el capítulo tercero hablo de los fines del proceso, pues es importante distinguir dichos fines porque de eso depende la forma de proceder para alcanzar tales metas. Hay una confusión que deriva del procedimiento mixto, pues se combinaron aspectos del procedimiento inquisitorial y del acusatorio, entonces, eso trascendió también a una confusión en cuanto a la finalidad que persiguió el procedimiento mixto, todo relacionado con el tema de la verdad que la concibe de una forma el sistema inquisitorial, muy distinta a la del acusatorio. De igual forma distingo otra finalidad que se aleja de la dicotomía *verdad histórica-verdad legal*: la que tiene que ver con *búsqueda de la verdad* y con *la resolución de conflictos*, para demostrar cómo nuestra constitución hoy sigue esta última.

Los capítulos 4 y 5 son los torales, en ellos demuestro cómo el procedimiento acusatorio y oral tiene un carácter epistemológico, tanto el proceso como la decisión. Hago el comparativo Ferrajoliano entre modelo decisionista y garantista y le pongo contenido a lo que Ferrajoli denomina verdad controlada y controlable. Refuto las posturas de Taruffo al negar el carácter epistémico del proceso penal y demuestro una a una, tanto desde lo normativo como de lo práctico, el carácter epistemológico.

Punto a punto señaló en qué consiste el carácter epistemológico del procedimiento acusatorio y oral.

Y finalmente, dedico un espacio a la decisión judicial porque es en ésta en la que se plasma el resultado del proceso y dependiendo del tipo de proceso, será el tipo de sentencia y la forma en que se decida en esta.

1. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO Y ORAL

1.1. Orígenes.

Es un lugar común decir que con la irrupción de los llamados *juicios orales*, estamos iniciando un procedimiento de tipo acusatorio porque venimos de uno mixto al que le antecede el inquisitorial. Sin embargo, esto no es así, sino que los primeros modelos de procedimiento judicial tienen las características de uno acusatorio, oral y adversarial, de tal forma que los primeros procedimientos de los que se tiene noticia, son de tipo acusatorio y siglos más adelante aparece el inquisitorial, los dos únicos modelos procesales existentes hasta ahora, porque el procedimiento mixto es eso: una mixtura entre el acusatorio y el inquisitorial, y lo que tenemos a partir del 18 de junio de 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es, nuevamente, un procedimiento acusatorio y oral, es decir, regresamos al origen: todo es cíclico.

Acusatorio

El proceso jurisdiccional surge como consecuencia de la imposición coactiva de límites por parte del Estado al régimen de la justicia privada, único medio conocido en los tiempos primitivos. Los primeros procedimientos de este tipo y de los que tenemos noticia, tanto en el antiguo Egipto, como en la Grecia democrática, en la Roma republicana y en los tiempos prehispánicos de América, se desahogaban de manera oral, pública y ante el pueblo, asistido por un grupo de expertos (ancianos). De acuerdo con Tamayo (2003), lo anterior se refleja en el más antiguo registro de un procedimiento jurisdiccional en la antigua Grecia, que es el que el dios Hefesto grabó en el escudo de Aquiles y que describe Homero en la *Ilíada* (p. 455), esto, según Tamayo (2010) en el siglo IX o en el siglo VIII a.C. (p. 30).

También se tiene noticia del procedimiento de las *legis actiones* de los primeros romanos, que se caracterizaba por una manifiesta división en dos etapas. La primera, *in jure*, tenía lugar ante un magistrado, bajo cuya supervisión se sustanciaban todos los preliminares. En la segunda etapa, *apud iudicem*, la controversia se decidía; este acto tenía

lugar ante el *iudex*. Una vez que terminaba el uso privado de la fuerza los *adversarii* se sometían a una ceremonia pública ritualizada en la primera etapa (preliminar). En la segunda etapa, los ancianos pronunciaban su decisión uno por uno y la decisión final era tomada por el pueblo reunido.

De igual forma, en el juicio de Orestes, Tamayo (2003), dice que se observan dos etapas. La primera, *in jure*, cuando Atenea atiende a la petición de Orestes de iniciar un juicio que lo libere de una venganza en su contra, acepta Atenea e inicia la segunda etapa del proceso, donde una vez que las partes y los testigos han sido oídos, Atenea declara visto el proceso y dirigiéndose a los jueces les dice que produzcan su voto y conforme a su juramento pronuncien un justo veredicto (p. 468).

De lo anterior podemos inferir que, aunque todavía no se contaba con una desarrollada organización judicial, los primeros procedimientos tenían las características de procedimientos acusatorios, adversariales, orales y públicos. *Acusatorios* porque en la ya Grecia democrática, una persona podía acudir a solicitar justicia y reclamar de otro lo que creía le correspondía, de tal forma que una persona acusa y otra diferente resuelve (el pueblo reunido en asamblea y después de escuchar el consejo de los sabios). *Adversariales*, porque el conflicto se daba entre dos partes opuestas y eran estos, los adversarios, los que hacían valer sus posturas ante la asamblea reunida. *Orales y públicos*, porque todo el debate se concentraba en una asamblea que se realizaba ante el pueblo, precisamente por la democracia que iniciaba a instalarse.

Estos procedimientos estuvieron vigentes hasta finales del siglo XII ya de nuestra era.

Inquisitorial

De un modelo existente surge su antagónico. En este caso, al procedimiento acusatorio, caracterizado por la publicidad, transparencia, oralidad, agilidad, concentración, se le opone el inquisitorial, en donde el procedimiento ya no es público (excepto la ejecución de la pena) y por ende no garantiza transparencia, no es oral, sino escrito, no es

ágil sino que se prolonga de manera excesiva en el tiempo, no hay concentración para el debate, es más, ni siquiera hay debate, porque la acusación pasa a ser pública y ya no se deposita en una persona agraviada, dado que el ofendido era dios o la iglesia, de tal forma que la acusación pasa al Soberano y por la forma de gobierno imperante, la soberanía recaía en una persona (rey, príncipe, papa, etcétera), no en el pueblo, lo que genera que la misma persona que acusa es quien juzga: todo se concentra en un órgano, a diferencia del acusatorio en donde hay separación entre acusación y decisión.

Ferrajoli (2004) describe el procedimiento inquisitorial de la siguiente forma: “[...]el proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundándose después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipo de delitos; [...] organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento; generando y, a su vez, alimentándose, de aquella ‘multitud de formalidades’ de ‘intrigas y laberintos’ inventados por las ‘milicias togadas’ y las ‘doctorales legiones’ que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores” (p. 566). Esta multitud de formalidades, este burocratismo, es lo que distingue a nuestro procedimiento penal que hemos tenido por ya más de dos siglos, ya por el criterio de los jueces, ya por lo atrasado de los códigos, ya por los formalismos y por la jurisprudencia. El modelo inquisitorial surge en el siglo XIII con las Constituciones de Federico II y los máximos exponentes del sistema inquisitorial son el Santo Oficio de la Santa Iglesia Católica Apostólica Romana y la Santa Inquisición española, por las formas y procedimientos inhumanos que seguían al considerar como ofendido a Dios o a la iglesia.

Mixto

El procedimiento penal mixto –aún actual en Querétaro en cuatro de los seis Distritos Judiciales–, surge en el siglo XIX, al consolidarse los ideales de la Revolución Francesa correspondientes al moderno derecho penal en los códigos napoleónicos; su eje rector era el reconocimiento de los derechos del ciudadano, o más bien, en primer término, considerar a un acusado como persona. Es mixto porque toma elementos característicos del procedimiento acusatorio y otros del inquisitivo. En un primer momento, esta mixtura

surge mas cargada hacia lo acusatorio y con muy poco de lo inquisitorial. De éste último se conservaron: el carácter escrito (por la desconfianza en los jueces y para evitar el conmovimiento con el uso de elocuencia) y el carácter reservado de la investigación porque es el Estado quien acusa (como el soberano, pero ahora el soberano es el Estado y no una persona). Se retoma el carácter acusatorio, que si bien se deposita en el Estado, hay un órgano – ministerio público o ministerio fiscal– que acusa y el juez juzga, ambos pertenecientes a poderes independientes, de acuerdo con la reciente forma y división de gobierno delineada por Montesquieu.

El resto de los caracteres procesales: publicidad, contradicción, inmediación, concentración... permaneció del sistema acusatorio aunque con el paso de los años (de los siglos) se nos fue distorsionando y hoy, el mixto, tiene mayores elementos del inquisitorial que del acusatorio, porque no es **público**, pues aunque la ley lo diga, realmente es imposible presenciar una diligencia si no eres parte procesal, pero además, lo importante no es sólo presenciar una audiencia, sino observar todo el desarrollo del proceso y conocer la decisión del juez, lo que no permite un procedimiento largo, larguísimo en donde no hay concentración ni continuidad. No hay **inmediación** del juez sino que son sus auxiliares quienes desahogan las diligencias. No hay **contradicción** porque la prueba se forma en la primera etapa del procedimiento a cargo del ministerio público actuando como autoridad, solito y sin presencia ni actividad de la defensa, aunado al hecho de que existen jurisprudencias² en el sentido de que las pruebas recabadas de manera inmediata posterior a los hechos (inmediatez de la prueba), tienen mayor valor probatorio y que si un testigo, ofendido o imputado se retracta, si no lo prueba, tendrá mayor valor su declaración primigenia. Todo esto hace imposible el ejercicio de la contradicción de la veracidad de la prueba de la fiscalía, a lo que se suma que el ministerio público es institución de buena fe y que además, su subordinado le da fe pública a su actuación. Y no hay **oralidad**, pues si bien las pruebas se desahogan verbalmente, eso no es oralidad, o a eso no es a lo que se refiere la oralidad. Lo que existe es un expediente en donde las pruebas se convierten en

² Cfr. Tesis aislada de la séptima época, con el rubro: “CONFESIÓN. RETRACTACIÓN DE LA.”. Semanario Judicial de la Federación, volumen 187-192, séptima parte, p. 375. Y la tesis aislada de la décima época, con el rubro: “RETRACTACIÓN. REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE”. Tesis VII1o.(IV Región), instancia tribunales colegiados de circuito, libro XVI, enero de 2013, tomo 2, p. 1994.

documentales, que después el auxiliar del juez lee para prepararle un proyecto que éste revisa y posteriormente lo autoriza como sentencia.

El procedimiento penal mixto, fue lo mejor que pudo haber surgido a inicios del siglo XIX, precisamente porque se venía de una época inhumana en el derecho penal, de abusos, de castigos excesivos indignos para la persona; se desconocía el porqué una persona era condenada a las múltiples y creativas formas de castigar, no había un procedimiento válido antes de llegar a la condena y no había ni siquiera un catálogo de delitos con su pena respectiva, aunado al abuso del poder judicial que estaba conformado por personas de la aristocracia, sin que tuviera un papel de garante de los derechos de los más débiles, sino garante de los fuertes. Así es que, bajo los ideales de igualdad, libertad y el humanismo característico de la Ilustración, es que surge una nueva forma de gobierno y, por ende, una nueva forma de juzgar, lo que siempre va a ser correlativo.

Resurgimiento del procedimiento acusatorio y oral.

A partir de una reforma constitucional, el 18 de junio de 2008 se introduce el cambio más importante en materia penal de los últimos dos siglos. Dice el primer párrafo del artículo 20 que el proceso penal será *acusatorio y oral* y que se regirá por los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Así, resurge el procedimiento penal como en sus orígenes, principalmente, porque en nuestro país se juzgaba a las personas soslayando los estándares internacionalmente establecidos para dicho fin, mismos que México había aceptado al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para una mejor ilustración, se indican en el cuadro siguiente (C.1) las características de los sistemas inquisitivo y acusatorio a partir de los lineamientos constitucionales.³

³ Cuadro elaborado por Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, en *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Porrúa, UNAM y RENACE, México, 2008, pp. 37-39.

Cuadro 1 (C.1.) Características de los sistemas inquisitivo y acusatorio

INQUISITIVO	ACUSATORIO
Concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad. Hay dos modelos: 1) el juez investiga, acusa y juzga (como en Chile y Colombia antes de sus reformas); y 2) el Ministerio Público investiga, acusa e influye como autoridad para juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado (México, en casi todo el territorio nacional)	Separación en las funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades distintas.
El acusado es objeto de investigación por lo que no participa de la misma, tiene derecho a un abogado cuando ya existe una acusación en su contra. Su declaración comúnmente no es un medio de defensa, sino de prueba. Su silencio e inactividad puede constituir una presunción de culpabilidad.	El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer los actos de investigación y a ser tratado como inocente. Tiene derecho a un abogado y durante la audiencia, a actuar como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador.
La detención opera como regla general para todos los delitos. La prisión preventiva es una medida cautelar común.	La libertad es la regla general y la detención, la excepción. Se utilizan otras medidas cautelares que no privan, necesariamente, al acusado de su libertad.
La víctima, regularmente, no participa durante la investigación del caso, ni durante la celebración del proceso penal. El sistema penal centra su esfuerzo en castigar al culpable del delito, pero no necesariamente en resarcir el daño que sufrió la víctima.	La víctima ocupa una parte central en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido.
Escrito. Esfuerzo institucional para construir un expediente. Lo que no existe en el expediente, no existe para el proceso.	Oral. Sistema de audiencias públicas. Las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso (salvo mínimas excepciones).
Secreto, poco transparente. El nivel de acceso al expediente, para víctimas, acusados y cualquier interesado varía en diversos sistemas y en diversas partes del proceso. Su apertura puede ser limitada para las partes, parcial durante las etapas procesales y/o general una vez que ha concluido el caso con sentencia del juez.	Público y transparente. Todas las audiencias del proceso son públicas, salvo contadas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del proceso penal y a participar directamente en las audiencias con la presencia del juez.

El juez puede delegar a funcionarios menores en el juzgado la celebración de diversas etapas procesales.	Principio de inmediación. El juez tiene que estar presente en la celebración de las audiencias del proceso.
Las audiencias de un mismo caso pueden llevarse a cabo en sesiones separadas entre sí.	Principio de concentración. La audiencia pública de un mismo caso es continua.
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez.	Principio de contradicción. La víctima y el acusado tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez.
El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable. El Estado debe agotar todas las etapas del procedimiento penal para cada uno de los casos que son de su conocimiento.	Principio de oportunidad. El objeto del proceso penal es solucionar de la mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley. El Estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados.
Prueba tasada. Las pruebas que presenta el Estado tienen mayor valor probatorio que las que presenta el acusado.	Principio de igualdad procesal. Todas las partes del proceso ofrecen sus pruebas en igualdad de condiciones en la audiencia pública. El valor de la prueba no está predeterminado previo a la audiencia.
Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente. Se destina un amplio esfuerzo institucional para cumplir las formalidades del proceso.	Debido proceso legal. Las formalidades legales tienen como objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y los principios que de ahí derivan, como legalidad, inocencia, objetividad y defensa integral.
El juez puede decidir en privado, con base en el expediente, posiblemente sin haber escuchado directamente a la víctima y al acusado, y frecuentemente a partir de un proyecto de sentencia preparado por un funcionario del juzgado.	El juez decide en público, después de haber escuchado a todas las partes y con fundamento en las pruebas desahogadas durante la audiencia pública y oral.

En el procedimiento acusatorio, el inculcado es siempre un sujeto de derecho, titular de garantías frente al poder penal del Estado, garantías tanto sustantivas como

procesales necesarias para las exigencias del debido proceso, que constituyen límites para el poder del Estado, esto es, se minimiza el poder del Estado y se maximizan los derechos de las personas, sobre todo, se hace efectivo el derecho de defensa, no sólo por el hecho de que el inculpado cuente con un defensor, sino por la oportunidad efectiva que tiene de contradecir las pruebas de la acusación y, más aún, de contar con una igualdad entre ambas partes, en primer término, porque las pruebas del ministerio público recabadas en la investigación no tienen mayor valor que las de la defensa, sino que ambas se producen hasta la audiencia de juicio frente al juez y con la asistencia de todas las partes; la igualdad entre las partes, dice Ferrajoli (2004), se traduce en que *“la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio”* (p. 614), refiriéndose el primero al hecho de que el inculpado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público, y la segunda, al grado de intervención de la defensa durante el procedimiento.

Debe entenderse que acusatorio e inquisitivo son dos modelos teóricos que se contraponen por los diversos modos que tienen para entender la verdad y los métodos empleados para alcanzarla. Mientras que el inquisitivo tiene como premisa la *búsqueda* de la verdad histórica a cualquier precio (el fin justifica los medios), el acusatorio tiene como finalidad el resolver de manera efectiva el conflicto entre las partes y la “verdad” consistirá en acreditar o, en su caso, desvirtuar, las hipótesis de acusación, es decir, las hipótesis acerca de los hechos (el medio garantiza la obtención del fin).

1.2.Principios procesales.

Podemos hablar de todos los principios procesales que la teoría general del proceso nos proporciona, sin embargo, me concentro en aquellos que son distintivos del procedimiento acusatorio y oral.

Inmediación. El juez debe presenciar todas las audiencias y tomar conocimiento directo de las partes, víctima u ofendido, testigos, peritos y demás sujetos que participan en el proceso. Esta actividad del juez es indelegable en un procedimiento acusatorio y se

traduce en la necesidad de que sea el juez y sólo él, quien presencie la incorporación y conformación de la prueba a efecto de que obtenga mejores elementos para su convicción y valoración de las argumentaciones de las partes y material probatorio. La inmediación no se satisface con la sola presencia del juez en la audiencia, sino que requiere un juez que realmente se involucre con el resultado de la prueba y argumentaciones de las partes.

Contradicción. Libre debate entre las partes con igualdad de oportunidades en relación con el ofrecimiento y desahogo de pruebas, que les permita confrontar la veracidad de las mismas ante el juez. Llamo a la contradicción, el principio procesal por excelencia y al cual me referiré más adelante porque es una pieza importante en la metodología del proceso, pues el procedimiento debe permitir que la contraparte refute la *veracidad* de la prueba presentada, principalmente, por el órgano de acusación, posibilidad que *debe ser* real y efectiva, no mera enunciación de adorno en las leyes.

Concentración. Los actos procesales no deben estar dispersos, sino que han de concentrarse en el menor número de etapas posibles con la finalidad de evitar el diseño de procedimientos extensos en el tiempo y en etapas que permitan un alto número de recursos interpuestos por las partes o abuso de los tiempos tanto por parte de los adversarios como del propio juez, pues es práctica común resolver o acordar promociones *hasta en tanto la carga del trabajo lo permita*. El procedimiento penal mixto tiene cinco etapas, el acusatorio tres.

Continuidad. Se refiere a la continuidad en el desahogo de la prueba, es decir, en un solo acto, en una sola audiencia (si hay un excesivo número de pruebas por desahogar, puede desarrollarse la audiencia en varias sesiones que se requieran para ello, sin que esto rompa con el principio de continuidad). Esto acarrea el efecto positivo de que el juez –que por principio de inmediación debe estar presenciando toda la audiencia–, en un solo acto tenga el panorama completo del caso judicial en específico, esto es: de los hechos, de la postura de la acusación y de la defensa, del resultado de la prueba, de las alegaciones finales, y con ello formar su convicción.

Oralidad. La oralidad tiene un doble carácter: 1) es principio procesal y como tal, se refiere a que las argumentaciones de las partes deben ser de manera oral, evitando que por escrito presenten sus manifestaciones y por el mismo medio se les conteste, esto significa que la oralidad radica en *cómo conoce los hechos el juez y cómo toma su decisión final*, esta es la verdadera distinción de la oralidad, pues mientras en un procedimiento inquisitorial o mixto (da lo mismo), el juez conoce los hechos y las pruebas a través de lo que está plasmado en documentos y de ahí decide, en uno acusatorio los conoce por lo que directamente escucha de testigos, ofendidos, peritos y demás órganos de prueba, es decir, no hay intermediarios, entendiéndose por tales a los auxiliares del juez y a un expediente; 2) tiene un carácter instrumental, porque es el medio a través del cual el resto de los principios procesales son efectivos en la práctica, pues sólo con oralidad puede existir inmediación, sólo con oralidad puede haber real contradicción y sólo con oralidad puede haber juicios públicos.

Libertad probatoria y libre valoración de la prueba. Los hechos penalmente relevantes pueden probarse por cualquier medio lícito, debidamente incorporado al procedimiento, y el juez tiene el deber de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica conformada por las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia. En un procedimiento acusatorio desaparece la prueba tasada o los requisitos dados en abstracto por el legislador al juez para poder valorar una prueba.⁴

Igualdad. La igualdad es en un doble sentido: tanto entre las partes como procesal. La igualdad entre las partes se refiere a que el órgano de acusación y la defensa estén en igualdad de condiciones técnicas, es decir, que ambos sean abogados titulados y con cédula profesional para ejercer como tales, lo anterior porque el sistema mixto o inquisitorial (da lo mismo), permite la defensa por sí mismo o por persona de confianza y es entendible que ello no garantiza una defensa adecuada por el único hecho de que el ministerio público estará en ventaja frente a un imputado que se encuentra solo para efectos

⁴ En los artículos 214 y 215 del actual Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro, se contienen reglas para valorar una confesión y una testimonial, respectivamente, si se cumple con esos estándares meramente formales, el juez asigna valor probatorio a las mismas.

de su defensa.⁵ La igualdad procesal se refiere a la igualdad de oportunidades entre las partes, pero también y sobre todo yo remarcaría, el equilibrio que debe existir entre ambas, lo que sí garantiza un procedimiento acusatorio y no uno inquisitorial (o mixto, da lo mismo), pues no podemos hablar de equilibrio o de igualdad, cuando a la etapa del proceso el ministerio público ya lleva una gran ventaja respecto del imputado porque las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal que recaba el ministerio público en la primera etapa del procedimiento, ya tienen un valor probatorio de peso, lo que genera gran desventaja para el imputado sobre todo cuando ya no tiene la posibilidad real y efectiva de contradecir la prueba de la etapa de investigación. Por su parte, en el procedimiento acusatorio, ambas partes llegan en las mismas condiciones a la etapa del juicio, en el entendido de que no existe nada previo para nadie, pues la prueba se conforma hasta esa etapa, en presencia del juez, lo que permite la real contradicción de la prueba por parte del imputado y su defensa. La condición para la igualdad procesal es el principio de contradicción.

Publicidad. Uno de los principios muy importante del modelo teórico acusatorio es el de la *publicidad*, que consiste en que los actos de las partes y del juez se hagan de frente a la sociedad, y así debe ser en un estado democrático de derecho. La publicidad permitirá conocer cómo se imparte justicia, si se respetan o no derechos a víctimas e imputados, cómo controla un juez la audiencia, qué modelo de jueces tenemos, cómo decide un juez, en suma, la sociedad se entera de la preparación del ministerio público, de la capacidad técnica de policías y peritos, de la probidad del defensor, de la honestidad y conocimiento jurídico de los jueces y si éstos son verdaderos garantes de los derechos humanos del justiciable. La publicidad permite la transparencia: el acto de juzgar debe ser público, transparente. El principio de la *publicidad* ha sido ampliamente comentado por grandes pensadores (Beccaria, Voltaire, Filangieri, Romagnosi, Pagano, entre otros). Bentham (en Ferrajoli, 2004) declaró que “*la publicidad es el alma de la justicia*” (p. 617). La publicidad, como bien lo apunta Ferrajoli (2004), asegura el control, tanto externo como

⁵ Vid. Amparo directo en revisión 2886/2012, resuelto en la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 10 de junio de 2013, en donde se concede amparo al quejoso en razón de que se violentó el principio de igualdad, dado que al declarar ante el ministerio público, el imputado estuvo acompañado de persona de confianza y no de un licenciado en derecho. En <http://sjf.scjn.gob.mx/>

interno, 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. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio” (p. 616). Por ello, la publicidad siempre debe estar presente en los procedimientos acusatorios.

1.3.Los llamados juicios orales.

La reforma del 18 de junio de 2008, ha generado diversas confusiones en su denominación que aclaro en este apartado.

En primer término, es un lugar común decir que se trata de los *juicios orales* en general, como si a eso se redujera toda la reforma, pero, como ya lo mencioné en la parte de la introducción, lo correcto es hablar del sistema de justicia penal, dentro del cual se ubica el procedimiento ordinario y la última etapa de éste, es precisamente la del juicio oral, entonces, el llamado *juicio oral* es un tema estrictamente procesal que se refiere a la última etapa del procedimiento ordinario. El procedimiento ordinario es aquel en el que se agotan todas las etapas porque el caso judicial no pudo culminar o con terminación anticipada o con mecanismos alternos y que conforme a la ideología constitucional, de lo que se trata es que la mayoría de los casos se resuelvan con vías alternas al procedimiento ordinario, de tal forma que serán casos de excepción en donde veamos un *juicio oral*.

El distingo del *juicio oral* como última etapa del procedimiento penal, es que la prueba se produce hasta ese momento, es inmediata (recibida) directamente por el juez y queda sujeta a la contradicción de las partes; es en donde el imputado y su defensor, por igualdad procesal, tienen la oportunidad de contradecir la veracidad de la prueba que introduce el órgano de acusación. Y es *oral* porque el juez se basa sólo en las argumentaciones que en esa audiencia realizan las partes y porque ningún registro de investigación que conste por escrito es tomado en cuenta en la sentencia, sino sólo lo que los testigos, peritos, policías emitan de viva voz. Como ya lo había dicho, es la forma en la que el juez conoce los hechos y toma su decisión: no con base en escritos, sino con base en lo visto y escuchado.

De lo anterior deriva que en todo aquel procedimiento en que no se llegue hasta la última etapa, no habrá juicio oral, pues una cosa es el sistema de audiencias y otra muy distinta el juicio oral. Ahora me explico.

Dentro del sistema de justicia penal, la constitución introduce los mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 17 párrafo cuarto), que de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 184), son el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso; también, la Constitución contempla el procedimiento de terminación anticipada (artículo 20, A-VII), que el Código Nacional (artículo 185), denomina procedimiento abreviado. Sostengo firmemente que en estos casos no hay juicio oral sino sistema de audiencias. En los procedimientos de mecanismos alternos, ni siquiera se discute sobre la responsabilidad o no del imputado, incluso, el acuerdo reparatorio (por ejemplo, una conciliación), puede darse antes de la vinculación a proceso, es decir, en la etapa de investigación ante el ministerio público si el delito no es grave, y la suspensión condicional del proceso es procedente una vez que se ordena la vinculación a proceso en donde una persona es probablemente responsable de la comisión de un delito y si se reúnen los requisitos de ley, entonces será procedente dicho mecanismo alterno. Como se observa, no existe ningún análisis de pruebas o datos de prueba, de tal forma que no hay controversia, no hay debate en cuanto a la responsabilidad, por ende, no se refuta la veracidad de la prueba, y si bien el juez resuelve con base en lo que las partes hacen valer verbalmente, ello no lo convierte en *juicio oral*, sino, reitero, en un sistema de audiencias donde las partes libremente hacen sus peticiones directamente al juez y éste resuelve.

En el procedimiento abreviado –procedente después de la vinculación a proceso–, el juez resuelve con base en las diligencias de investigación recabadas por el ministerio público (a lo que se le denomina *dato de prueba* en términos del artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales), es decir, resuelve con base en lo que consta *por escrito* en la hoy llamada *carpeta o registros de investigación* (antes averiguación previa), de la misma forma en la que resuelve el juez del procedimiento penal mixto: con base en las pruebas que constan por escrito. De tal forma que no hay contradicción, no hay debate y

por ende, el imputado y su defensor no refutan la veracidad de la prueba, pues uno de los requisitos para que sea procedente el procedimiento abreviado, es que el imputado renuncie al *juicio oral*, lo que significa renunciar al principio procesal de contradicción, renunciar al debido proceso. Como se ve, esto nada tiene de *oral* (en el sentido del *juicio oral*), porque ni hay juicio –como etapa– ni el juez escucha directamente a órganos de prueba y lo único que se tiene es un sistema de audiencia, en donde el juez escucha las peticiones verbales de las partes.

Así, llamo juicio oral a la última etapa del procedimiento ordinario y sistema de audiencias a todo lo demás, en las que si bien, las partes verbalmente hacen sus planteamientos y con base en ellos resuelve el juez, no por esa razón es un *juicio oral*.

En segundo lugar, también existe confusión porque se cree que se le denomina *juicio oral* con la creencia de que ahora todo será hablado y nada escrito, lo cual es erróneo. Un procedimiento no se distingue por si se habla o se escribe, sino por los principios que lo rigen, y si se utiliza la palabra, verbal o escrita, no es la nota distintiva del *juicio oral*. Un procedimiento en el que predomina la escritura, tiene oralidad y a la inversa, un procedimiento oral tiene partes escritas. En el procedimiento escrito, es decir, en donde el juez resuelve con base en pruebas que constan por escrito, hay oralidad porque los testigos rinden su declaración de viva voz, sin embargo, lo que se convierte en prueba es lo que consta por escrito, es decir, lo que se plasmó en una documental pública que hace constar lo que dijo el testigo y ésta es la prueba que lee el juez y la que toma en cuenta para emitir la sentencia, luego, no hay oralidad como principio sino verbalización. En el procedimiento oral, hay partes que son escritas, como el inicio del procedimiento ante el juez, la petición para audiencia en la que se solicitará orden de aprehensión, la presentación del escrito de acusación y el traslado a la víctima y al imputado, el auto de apertura de juicio oral, pero esto no le quita el carácter oral al procedimiento, porque son actuaciones de trámite para proceder a actos de fondo, es decir, las actuaciones sustanciales las emite el juez en audiencia una vez que ha escuchado las alegaciones de las partes; ninguna decisión de fondo: revisión de la legalidad de la detención, orden de aprehensión, vinculación a proceso, imposición de medidas cautelares, admisión o exclusión de medios de prueba,

sentencia, ninguna, es emitida por el juez basándose en escritos. Además, si bien los actos de fondo se emiten en audiencia y de manera oral, posteriormente deben constar también por escrito, principalmente los actos de molestia que en materia penal son muchos, y ello obedece al imperativo constitucional de que los actos de molestia deben estar fundados, motivados y por escrito, tomando en cuenta de igual forma, que dichos actos, al afectar esfera de derechos, pueden ser recurribles, de tal manera que deben constar por escrito para que el agraviado haga valer sus motivos de inconformidad atacando cada razonamiento del juez.

Señala Ferrajoli (2004), que oralidad y escritura es una alternativa axiológica que se corresponde a cada tipo de procedimiento: acusatorio o inquisitorio y lo explica así: “...mientras la forma escrita es inevitable en un sistema procesal basado en las pruebas legales, la oral lo es, en cambio, en los sistemas informados por el principio de contradicción y la libre convicción” (p. 619). Notas distintivas del nuevo procedimiento penal como en capítulos más adelante demostraré.

Una confusión más es decir que, al tener juicios orales, ya nos parecemos a Estados Unidos de Norteamérica y que estamos adoptando el sistema del *common law*. Nada más alejado de la realidad, pues la oralidad está presente en procedimientos de *common law*, pero también en los que pertenecen a la familia neorromanista, de ahí que ésa no sea su distinción, puesto que el angloamericano es un derecho eminentemente jurisprudencial, basado en los precedentes y en la teoría del *stare decisis*,⁶ así como en la presencia de jueces legos (jurados), características que no comparte nuestro sistema de justicia.

Ahora, la reforma constitucional nos dice cómo debe ser el proceso penal, pero los conceptos utilizados generan confusiones, como si se tratara de lo mismo, de ahí que considero necesario establecer el significado de los caracteres del proceso, pues si la constitución dice que el proceso es acusatorio y oral, ¿a qué se refieren estos dos

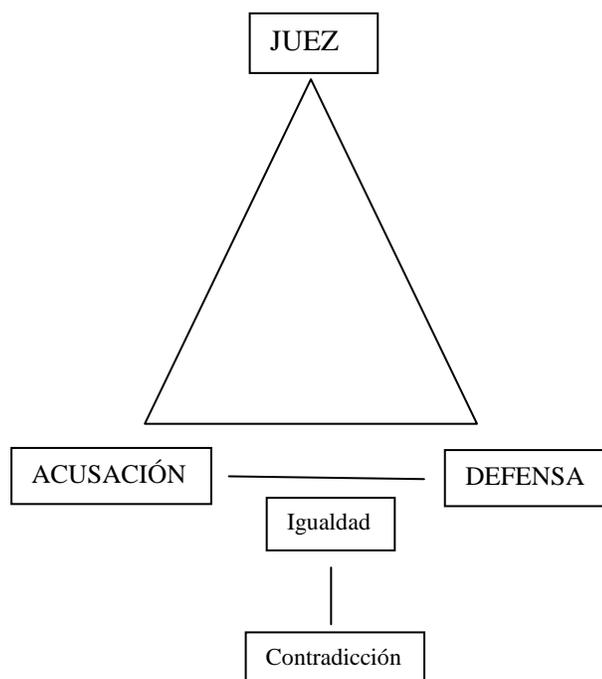
⁶ Es la regla jurídica que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares.

conceptos? y ¿qué pasa con el carácter adversarial del proceso?, dado que comúnmente se dice de manera indistinta: juicio oral, procedimiento acusatorio y oral, procedimiento acusatorio oral y adversarial.

El artículo 20 constitucional párrafo primero, señala: “El proceso penal será acusatorio y oral”. Como se observa, la constitución enfatiza que el proceso es acusatorio Y oral, es decir, hay una conjuntiva, de tal forma que debe ser de esas dos formas: tanto acusatorio como oral. El carácter adversarial no lo menciona expresamente, entonces, ¿podemos llamar *adversarial* al procedimiento penal?

El término “*acusatorio*” se refiere al principio según el cual, debe existir una parte que acusa y otra, independiente del primero, que juzga. Ello, como opuesto al sistema inquisitorial, en donde la investigación, acusación y juzgamiento se concentran en una misma persona sin que exista división de funciones, lo que se explica en un sistema inquisitorial fundado bajo un esquema en donde la ofensa era al soberano y el soberano era una persona, no el pueblo. Nuestro sistema procesal penal mexicano ya era del principio acusatorio, porque existe un fiscal (ministerio público) que acusa y que depende del poder ejecutivo, y un juez del poder judicial que juzga, ambos poderes del Estado independientes entre sí. El sistema acusatorio da nacimiento a la figura triangular de la que habla Ferrajoli (2004, p. 567, 608), en donde en los extremos de la base están el fiscal y el imputado (con su defensor) en condiciones de igualdad y en el vértice superior del triángulo, está el juez, representando la separación de éste con las partes, es decir, la independencia que debe existir.

Figura 1 (F.1.) Tríada procesal



Este proceso en que existe división de funciones e independencia entre las mismas, debe ser, además, “oral”. Como ya lo había mencionado, el carácter oral tiene que ver con el aspecto muy importante de cómo conoce el juez los hechos y cómo toma sus decisiones. El juez debe condenar sólo si existe convicción de culpabilidad,⁷ por ende, el juez puede convencerse del sentido de solución del caso, únicamente si es él mismo quien presencia el desahogo de la prueba y toma conocimiento directo de todo lo que se produzca, esto es, conoce los hechos directamente de los órganos de prueba y con base en ello decide.

Por último, lo “adversarial”, no se menciona expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero sí de manera implícita. La palabra *adversario*, se refiere⁸ a personas contrarias, que llevado al terreno del conflicto jurídico, son las partes que tienen intereses contrarios: uno acciona y reclama pretensiones, otro se defiende de ello; uno acusa, otro se defiende de esa acusación.

⁷ Artículo 20, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Consultado en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=adversario>

Es indudable que un procedimiento contencioso existe porque hay dos partes opuestas, y así se configuró desde el inicio del procedimiento como ya lo explicaba antes, incluso, los contendientes recibían el nombre de *adversarii*: adversarios. Por eso, aunque expresamente la constitución no mencione que el proceso es adversarial, ello no impide que tenga dicho carácter, sino que está implícito en los principios que lo rigen que sí están mencionados en el primer párrafo del artículo 20 constitucional: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; estos principios, en conjunto, son los que generan y permiten un proceso de tipo adversarial, principalmente el de contradicción, pues lo adversarial se refiere al carácter contradictor del proceso entre las partes cuya condición es que exista igualdad entre ellas. Los adversarios son las partes –ministerio público, víctima Vs. acusado y defensor–, y si son las partes es porque tienen interés en el caso, dado que la decisión, sea cual fuera, afecta sus respectivos intereses. De ahí que el caso es de las partes y son a ellas a quienes corresponde las alegaciones para demostrar sus propias posturas y aserciones en relación con los hechos.

Dice la constitución que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral, que la carga de la prueba la tiene la parte acusadora y que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.⁹ Aquí es en donde se complementa el párrafo primero ya citado y es en donde la Constitución contempla un procedimiento que se resuelve a base de la contradicción entre las partes, pues solamente de esta forma el juez puede formar su convicción para decidir a favor de quien demuestre sus posturas. Esto es importante que lo señale la constitución, porque marca una gran diferencia con el procedimiento penal mixto, en donde, si bien, hay dos partes opuestas, el resultado no se obtiene del carácter contradictor del proceso, puesto que una de las partes, la que acusa, obtiene ella sola su prueba que sirve para fundar la sentencia, lo que genera una desigualdad y en tales condiciones no podemos hablar de lucha, de contienda, de defensa (como si en el boxeo pusiéramos a un peso mosca con un peso completo) y, además, porque no hay real contradicción, entendida como la posibilidad de refutar la prueba del órgano de acusación.

⁹ Artículo 20, apartado A, fracciones IV y V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Natarén y Caballero (2013), mencionan que: "...el uso del término "proceso penal acusatorio adversarial" es incorrecto ya que en estricto sentido debe entenderse como referencia al modelo procesal estadounidense, ordenado en torno a la figura del jurado..." (p. 13). Afirmo que esta apreciación es errónea y que los preceptos constitucionales ya mencionados reconocen el carácter adversarial del proceso, sin que sea necesario que tengamos la figura del jurado para que sea éste quien sentencie, pues nuestro sistema no es de juez lego sino de juez profesional. El carácter adversarial se refiere a la forma en que las partes y sólo las partes llevan los hechos, pruebas, alegaciones ante el juez para convencerlo cada quien de su propia "verdad", lo que tiene que ver con el método probatorio, desde la obtención de la prueba hasta su conformación a cargo de las partes en el juicio, a través de un método dialéctico de opuestos. Qué tipo de juez resuelve, me parece que queda en otro rubro porque de ello depende la forma de emisión de la sentencia, del fallo, del veredicto, según sea el caso, pues un jurado resuelve bajo la íntima convicción, mientras que el juez lo hace con libertad probatoria bajo los estándares de la sana crítica, de ahí que el camino para llegar al resultado es el mismo, lo que cambia es la forma en que se produce éste.

El carácter adversarial del proceso, constituye el expreso reconocimiento constitucional del método dialéctico concebido como la mejor de obtención de conocimiento por la forma en que se produce la prueba.

Entonces, cada concepto se refiere a:

Acusatorio --- Separación de funciones

Oralidad --- Cómo conoce el juez los hechos para su convicción

Adversarial --- Método dialéctico como forma de obtención de conocimiento

Existe aún gran desconfianza en el procedimiento acusatorio (o en los *juicios orales*) y recibe numerosas críticas que en la mayoría de los casos carecen de sustento, muchas basadas en el estado de confort que nos genera tanto años con el procedimiento penal mixto; coincido con don Perfecto Andrés Ibáñez (en Carbonell y Salazar, 2005)

cuando señala: “[hay] dos tópicos que están profundamente instalados en la cultura judicial. Uno de ellos es que el proceso contradictorio garantiza derechos pero comporta pérdida de eficacia en la persecución de la delincuencia. El otro, estrechamente vinculado a éste, es que el principio de presunción de inocencia implica una cesión de terreno a favor del que delinque, pues, dado que ya tiene frente al Estado la ventaja de haber salido primero, no había por qué concederle ninguna otra. Al argumentar de este modo, se pierde de vista la evidencia histórica de que el proceso penal inquisitivo, sin contradicción ni presunción de inocencia, fue realmente fértil en errores irreparables e injusticias y no contribuyó a contener los delitos [...]”(p. 67).

También es común que al criticar el nuevo procedimiento penal, nos basamos en la experiencia de otros países que, efectivamente, en un primer momento de la aplicación, han fracasado e incluso los índices delictivos estuvieron a la alza, (en González, Mendieta, et al., 2005)¹⁰ pero esto no es error del sistema procesal acusatorio, pues nadie puede negar las bondades que tiene; el error radica en la falta de conocimiento teórico, de conocimiento práctico, de una adecuada capacitación de los operadores, de cambio de actitudes y de una adecuada implementación administrativa, sino se atienden en conjunto estos aspectos, se pueden presentar fallas, pero no por el sistema, sino por los operadores que no han sabido entenderlo y comprenderlo, y muy importante, porque no supieron implementarlo.

Para que un sistema acusatorio y oral funcione, es indispensable dar trato procesal diferente a conductas diferentes. En el procedimiento mixto nos ocupa lo mismo un caso de daños culposos que uno de secuestro, ambos siguen el mismo camino, las mismas etapas procesales y no se cuenta con las llamadas válvulas de escape que despresuricen el sistema en delitos leves o no graves (por ejemplo, derecho penal mínimo, sistemas alternos de solución de conflictos, criterio de oportunidad, entre otros). En el nuevo sistema de justicia penal ya se reconoce desde la constitución, que existen formas alternas a un procedimiento ordinario para solucionar las controversias (artículo 17 párrafo cuarto constitucional), y ello

¹⁰ Los autores realizan un estudio sobre la implementación de la reforma en Guatemala, Venezuela, Costa Rica, Chile y Bolivia, entre otros, y muestran con datos estadísticos cómo aumentaron los índices delictivos y del número total de averiguaciones iniciadas, el porcentaje tan mínimo que llegó a un procedimiento oral; basan el fracaso, primordialmente, en la exigencia de los elementos para procesar y en una deficiente implementación que incluye la falta de capacitación, de recursos y de infraestructura.

obedece a una nueva ideología procesal, en donde el acento se pone en la resolución efectiva de conflictos. Además, en el artículo 21 constitucional se establece que el ministerio público puede aplicar criterios de oportunidad, es decir, prescindir de ejercitar la acción penal en aquellos casos que se consideran de bagatela. Y en el artículo 22 primer párrafo, constitucional, se inserta el principio de proporcionalidad, que va dirigido al legislador con la finalidad de revisar el catálogo de delitos, para considerar como tal solamente aquellos que lesionan el bien jurídico tutelado por la norma penal y además para fijar las penas a los delitos en proporción a ese bien jurídico que lesionan.

Todo esto nos habla de una nueva ideología en la impartición de justicia en materia penal, pues nadie puede negar la crisis procesal por la que atravesamos actualmente, que en mucho se debe a los vicios que se han venido incrementando y que tienen que ver con lo largo de los procedimientos; en este sentido, un procedimiento en que predomina la escritura y se resuelve con base en papeles, es sinónimo de lentitud, en contraposición con otro donde predomina la oralidad y se sentencia con base en lo que el juez ha presenciado directamente, que es sinónimo de rapidez, de prontitud, tal y como lo exige el artículo 17 constitucional, al indicar que la justicia debe administrarse dentro de los plazos establecidos por la ley y que las resoluciones deben emitirse de manera *pronta*, completa e imparcial, de ahí que la prontitud se convierta en una garantía constitucional que en la práctica deja de observarse.

Demos la justa dimensión a los “juicios orales”, pues éstos, por sí solos, no son la panacea, sino que se trata del funcionamiento de todo un sistema; la *oralidad* es un instrumento que sirve para verificar la verdad de un mejor modo en un procedimiento ordinario; señala Sferlazza (2005) que “La oralidad permite evaluar de modo pleno la credibilidad y la autenticidad de un testigo...” (p. 62). Luego, “los juicios orales” son apenas una parte de la reforma procesal penal y para que funcione, debe ser sistémica, contemplando la mínima intervención, criterios de oportunidad a cargo del ministerio público, mecanismos alternativos de solución de controversias y normar diferentes tipos de procedimientos, todo lo cual está ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. GARANTISMO PENAL.

2.1. Conceptualización.

El marco teórico que da sustento al nuevo procedimiento penal es la corriente contemporánea de la teoría del Derecho denominada garantismo; pero, ¿qué es garantismo?

Por garantismo debemos entender la *real y efectiva* tutela de los derechos fundamentales. No basta con tener derechos y garantías y plasmarlos en una Constitución, pues así todos somos garantistas, sino que la finalidad del garantismo es *realmente* observarlos y respetarlos, hacerlos *efectivos en la práctica*, ya que de lo contrario, como dice Cárdenas (2005), se convertiría en una falacia garantista (p. 93), esto es, los derechos están contempladas a favor de las personas, pero en la práctica se transgreden o violentan, ya por vicios legales, ya por prácticas del sistema, por ello, y para evitar lo anterior, el garantismo propone establecer *instrumentos* para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y, sobre todo, por parte del poder estatal, lo que tiene lugar mediante el establecimiento de *límites al poder*, es decir, minimizar el poder del Estado, minimizar su papel punitivo, a fin de *maximizar* la realización de los derechos fundamentales de las personas, por ello, el garantismo consiste en la creación de instrumentos o herramientas que permitan que el derecho reconocido se respete, se cumpla.

Esta minimización de poderes al Estado para actuar frente al gobernado en la materia penal, se refleja con el diseño procedimental establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad y justicia y que se complementa con la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, porque se amplía la gama de derechos fundamentales y su protección, lo que constituye un límite al poder del Estado, pues el principal límite al poder del Estado es, precisamente, el reconocimiento de derechos de los gobernados, límites que son llevados, incluso, hasta la imposición de penas que ahora ordena la Constitución, sean proporcionales a la conducta de acuerdo al bien jurídico tutelado (artículo 22 constitucional primer párrafo), lo que ya hacía notar el padre del garantismo: Beccaria.

El garantismo está basado en las ideas de la Ilustración, pero adaptado a la realidad actual, ya que resurge con Luigi Ferrajoli en los años setenta del siglo XX, al considerar dicho autor (2002) que el Derecho se encuentra en una crisis que divide en tres aspectos (p. 15-20):¹¹

Primero, una crisis de legalidad, que se manifiesta por la ausencia o ineficacia de los controles y por la ilegalidad del poder. Esta crisis también está presente en el procedimiento penal mixto mexicano por la forma en que está diseñado en los códigos, razón por la que hoy, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo condena y hace patente al conceder amparo liso y llano a personas que han sido condenadas con base en pruebas ilícitas que los jueces validaron o no anularon y las tomaron en cuenta para emitir sentencia.¹²

Segundo, una crisis del estado social, que se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes y una legislación fragmentaria, bajo el signo de la emergencia y la excepción. De lo que también padecemos en la materia penal, dado que sin ninguna sistemática se reforma el código penal o el de procedimientos penales, a manera de parches que van generando un desorden legislativo y el considerar cada vez más conductas como delictivas,¹³ muchas de las ocasiones, como bien lo apunta Ferrajoli, por presiones de grupos sociales. En Querétaro, por ejemplo, se reformó el código penal para crear una figura especial de robo a casa habitación y a su vez se reformó el código de procedimientos penales para considerar dicho delito como grave, informando a la sociedad que era por el creciente número de casos y que con esa medida legislativa, se iba a evitar que continuara

¹¹ Es importante recordar que el autor se refiere a la problemática de Italia, su país, pero no está nada lejos de lo que hoy está ocurriendo en el nuestro.

¹² Casos como el polémico de Florence Cassez, amparo directo en revisión 517/2011; el de Israel Arzate, amparo en revisión 703/2012; el de Hugo Sánchez Ramírez; el de los indígenas del caso Acteal, amparo directo 33/2008 y amparo directo en revisión 3664/2012; o el de José Carlos Contreras, amparo directo 78/2012. Todos por violaciones al debido proceso, presunción de inocencia, defensa adecuada, prueba ilícita. Consultables en <http://sjf.scjn.gob.mx/>

¹³ Tan solo del periodo enero de 2011 a junio de 2013, el código penal se reformó 20 veces y el de procedimientos penales 11 ocasiones.

incrementando la comisión de dicho delito, lo que por supuesto no fue así y sólo incrementó el número de internos.¹⁴

Tercero, una crisis del Estado nacional, que se manifiesta en un debilitamiento del constitucionalismo. Hoy, al menos normativamente, tenemos fortalecido el constitucionalismo a partir de las reformas del 1 y 10 de junio de 2011, en materias de amparo y derechos humanos, respectivamente.

La solución que Ferrajoli propone para que el futuro de los derechos fundamentales y sus garantías no se ponga en peligro, es un sistema *garantista*, basado en un Estado Constitucional de Derecho (propio de sistemas democráticos), en el que tiene que ver tanto la forma de producción del derecho como sus contenidos sustanciales.

En este sentido, Ferrajoli (2004), dice que el garantismo es entendido como (p.851-855):

- a) Modelo normativo de derecho, esto es, un modelo de estricta legalidad, propio del Estado de derecho (entendido en el plano *epistemológico* como un poder mínimo; en el plano *político*, como técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad; y en el plano *jurídico*, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos).
- b) Teoría jurídica de la validez y de la efectividad (una norma será válida, si y sólo si, hay un respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional, lo que hoy tenemos derivado del artículo 1 constitucional reformado el 10 de junio de 2001 y de las jurisprudencias emitidas con motivo de la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, que establecen que el parámetro de control de regularidad constitucional de las normas, lo son los derechos humanos contemplados en la constitución y en los tratados, que la jurisprudencia de la Corte

¹⁴ Artículo 183 ter del Código Penal, reformado el 21 de enero de 2011, consultable en <http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/> y artículo 121 fracción VII del Código de Procedimientos Penales reformado el 30 de mayo de 2011, en <http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/>

Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los jueces del Estado Mexicano, así como la jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 259/2011 que señala que los jueces deben realizar un control de constitucionalidad de las normas secundarias para evitar afectar derechos humanos. Jurisprudencia y tesis emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁵).

- c) Filosofía política, que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses, cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En un estado constitucional no basta con emitir un acto de autoridad –legislar o sentenciar–, teniendo las facultades competenciales para ello, sino que esos actos, además, deben estar debidamente justificados, lo que significa, dar las razones, la argumentación apropiada y requerida al caso.

De todo lo anterior se deduce que para hablar de garantismo debe existir un sistema de legalidad, un respeto irrestricto a las normas fundamentales y un control sobre el poder de los órganos del Estado encargados de garantizar esos derechos fundamentales, controles que hoy existen para el Estado en etapa de investigación de los delitos, para obtener pruebas de manera lícita y en respeto a los derechos humanos y dignidad de las personas. Dicen Abreu y Le Clercq (2011): “...la constitución mexicana en el siglo XXI reafirma que no es posible concebir el bienestar de la persona sin el reconocimiento pleno de su dignidad a través de la protección y disfrute de los derechos fundamentales” (p. 10).

En el sistema garantista el tema no es únicamente la protección de los derechos, sino también y de manera muy importante, lo relacionado con la teoría de la interpretación y aplicación de la ley, al cual se incorpora una redefinición del papel del juzgador. Es en el poder judicial donde Ferrajoli pone el acento de la efectividad del garantismo: el Juez es el único que puede convertirse en guardián del respeto de los derechos humanos de los

¹⁵ El rubro y datos de localización respectivamente son: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. (J); 10ª. Época; Pleno; S.J.F. P./J. 20/2014 (10ª.). JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. (J); 1ª. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación P./J. 21/204 (10ª.). CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). (J) 10ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; p. 420.

individuos y el único que, incluso, puede deslegitimar el derecho vigente cuando éste no es acorde con la constitución, *i.e.*, con los derechos fundamentales, de ahí que en la aplicación de la norma es donde se hace efectivo el sistema garantista. Este papel del juez hoy está muy presente en nuestro sistema y principalmente en el ámbito penal en donde, de común, se restringen o afectan derechos fundamentales, y si las normas secundarias no se ajustan a los derechos contemplados en la constitución o en los tratados, los jueces deben recurrir al canon de la interpretación conforme y aplicar el principio *pro persona*, es decir, interpretar las normas secundarias conforme a los derechos contemplados en la constitución o en los tratados internacionales, a efecto de lograr una armonización y así afectar, lo menos posible, la esfera de derechos. Estas pautas interpretativas presentes hoy en el artículo 1 constitucional, derivan de las condenas al Estado Mexicano, por los casos *Radilla Pacheco contra México*, y *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁶ lo que dio lugar al control difuso de constitucionalidad o de convencionalidad por parte de todos los jueces mexicanos y, como digo, más en materia penal, pues de 7 ocasiones en que México ha sido condenado en el ámbito internacional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de ellos han sido en materia penal (*González y otras*; *Rosendo Radilla*; *Rosendo Cantú*; *Fernández Ortega y otros*; *Cabrera García y Montiel Flores*; y, las más reciente, *García Cruz y Sánchez Silvestre*, del 26 de noviembre de 2013), y los derechos violentados han sido al debido proceso, presunción de inocencia, prueba ilícita, acceso a la justicia, por las deficientes investigaciones ministeriales y por las condenas de jueces basándose en prueba ilícita. Señala Ferrer (en Carbonell y Salazar, coord.), que: “...el control difuso de convencionalidad adquiere una creciente importancia para la efectividad de los derechos humanos en sede nacional. En el caso mexicano, ese control se relaciona con la nueva cláusula de interpretación conforme contenida en el segundo párrafo del artículo 1º. Constitucional, toda vez que el intérprete nacional deberá, en primer término, realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando en todo momento por aquella interpretación que favorezca con mayor intensidad a las personas, y sólo en caso de incompatibilidad absoluta se dejará de aplicar la norma o se declarará su

¹⁶ Consultables en www.coridh.gob.cr

invalidez de acuerdo con las competencias de cada juez y el tipo de proceso de que se trate” (p. 428).

Por ello, el juez penal garantista no está sujeto a la letra de ley, en el sentido que lo concibieron Montesquieu, Beccaria y otros pensadores del iusnaturalismo racionalista,¹⁷ sino que su sujeción es a la ley en cuanto válida, y la ley será válida en un sistema garantista, si es conforme con los derechos fundamentales. De ahí que se le exige al juez una valoración crítica de la legalidad cuando ésta se contrapone a los derechos fundamentales. Hoy, tenemos esa posibilidad gracias a la reforma del artículo 1 constitucional, del 10 de junio de 2011.

La garantía de los derechos fundamentales exige un juez imparcial e independiente, tal y como en la actualidad los tenemos, pero este juez debe *justificar* sus decisiones con una *motivación suficiente*, basada no sólo en razones jurídicas, sino, asimismo, de otra índole propia del caso en concreto (principios, valores, directrices, etcétera). La Constitución establece la obligación a las autoridades de fundar y motivar los actos de molestia, pero el garantismo no se refiere sólo a una motivación formal, es decir, a dar las razones sobre cómo se llega a una conclusión o las razones por las cuales una conducta se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales, lo que se conoce como adecuación del caso concreto a la hipótesis legal (simple silogismo),¹⁸ sino que va más allá, al imponer al juez la obligación de justificar su decisión, no sólo a que explique cómo llega al resultado (juicio), sino por qué llega a esa determinación, qué lo llevó hasta ahí, qué valoró y cómo lo valoró, y para el caso de aplicar principios constitucionales, dar las razones del porqué se basa en determinados principios. Al final de un procedimiento el juez debe elegir entre dos opciones: la que presenta el acusador y la que presenta el imputado, por ello, debe justificar debidamente por qué ha elegido una de ellas y no la otra, y sobre todo, decir qué hechos son los que tuvo por

¹⁷ Debe recordarse que como consecuencia del abuso que cometían los jueces y el arbitrario uso del poder judicial, estos pensadores del siglo XVIII consideraban que el juez no tenía por qué interpretar, sino limitarse a aplicar la ley tal y como estaba dada con los postulados del racionalismo, lo que ocasionó concebir al juez como un autómatas por la aplicación mecánica de la ley que hacía a modo de simples silogismos.

¹⁸ *Vid.* Jurisprudencia de la Séptima Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, v. 151-156, tercera parte, p. 225.

probados y por qué, sólo de esta manera podrá decirse que la función del juez, es no sólo legal, sino, también, legítima. Por lo tanto, en el garantismo, como lo señala Ferrajoli (2004), *la legitimación del poder judicial será de tipo racional y legal.* (p. 233).

En palabras de Perfecto Andrés Ibáñez (en el prólogo a la obra de Ferrajoli [2004]), el papel de la jurisdicción es relevante en el sistema garantista, porque su grado de realización depende del tratamiento dado a los derechos fundamentales (p. 11). El Juez pierde su papel tradicional de operador ciego de la ley ordinaria.

La idea *garantista* está basada, más que nada, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas; todo en torno al hombre, a la humanidad. Protágoras de Abdera decía que *de todas las cosas el hombre es la medida; de las que son, por lo que son; de las que no son, por lo que no son.* El antecedente del garantismo es este principio, porque con él, en palabras del doctor Tamayo (2004), Protágoras formula la divisa del humanismo, pero, sobre todo, la divisa de *todo* humanismo (p. 56); el mismo Protágoras sostenía que es la decisión del hombre la que determina cuál debe ser el contenido del derecho: el derecho es resultado de las convenciones de los hombres.

Como corolario, el garantismo implica:

- Minimizar el poder del Estado.
- Maximizar los derechos de las personas
- Crear instrumentos o herramientas que permita la efectividad de los derechos: derechos reales, no de papel.
- El poder judicial es el garante de los derechos, debe ser independiente e imparcial y legitimar sus decisiones aplicando la ley válida que es la que respeta derechos fundamentales, justificando debidamente sus decisiones.

2.2. Origen del garantismo penal.

El padre del garantismo es César Bonesana Marqués de Beccaria. Dice Tamayo (2013) a propósito de Beccaria, que: “...atacó las prácticas bárbaras de su época: uso de la

tortura, procesos secretos, corrupción de magistrados, penas brutales y degradantes...” (p. 94). Por supuesto que existieron otros autores que contribuyen al nacimiento del moderno derecho penal: bajo una idea de contar con códigos y leyes penales escritas donde se describieran los delitos y los castigos para que el ciudadano tuviera conocimiento (principio de legalidad), las ideas de Filangieri, Romagnosi; en cuanto a tolerancia religiosa (la intolerancia religiosa era llevada al campo de los “delitos” y penas severas), está Voltaire, quien insistió sobre los errores judiciales bajo los cuales eran juzgadas las personas; Pagano estuvo en contra de la tortura, institucionalizada por la inquisición y proponía castigos menos severos y abolición de la pena de muerte; Le Trosne (citado por Foucault [2010], p. 102), que habla del principio de inocencia y la necesidad de que el juez sea un árbitro justo; Bentham, que realiza grandes contribuciones al derecho penal y procesal penal, al hablar de las penas, de la publicidad de los procedimientos, construir una teoría sobre las pruebas y la reforma en el derecho penitenciario. Todos ellos con un común denominador: el respeto a la persona que debía ser juzgada bajo parámetros razonables.

Pero de todos ellos es Beccaria, con su obra *Tratado de los Delitos y de las Penas*, quien da nacimiento al garantismo penal, tanto en la parte sustantiva como procesal, en la segunda mitad del siglo XVIII.

Las ideas que dieron nacimiento al humanismo en el moderno derecho penal, surgen como rechazo al contexto político absolutista. El príncipe, dicen Abreu y Le Clercq (2011), era considerado como la fuente de todo derecho (p. 35), en el que no se concebía a una persona como portadora de derechos. Ese derecho era creado, modificado y violado libremente por el soberano en contra de las personas. Era el estado de desorden, de caos, que posteriormente transitó al estado de derecho, de orden, de reglas, de leyes. La diversidad de creencias religiosas estaba prohibida y los actos de quienes no eran cristianos eran tomados como ofensas al soberano, de ahí que el castigo era más que enérgico, no sólo por ir a la horca o a la hoguera, sino por los tormentos que se infligían al condenado previo a la aplicación de la pena de muerte. Es una época que nos sorprende por la creatividad e imaginación que se tuvo para aplicar castigos corporales, dice Ferrajoli (2004) que la historia de los castigos “es una historia de horrores” (p. 603), y sólo basta recordar esos

medios de tortura como el empalamiento, la rueda, el gota a gota, el empleo de animales como la cabra que lamía los pies del condenado untados con grasa y sal hasta desprenderle la piel, o los caballos utilizados para el descuartizamiento... etcétera, todo lo cual, enfatiza Foucault (2010) era un suplicio ritualizado como operador político, pues se inscribe lógicamente en un sistema punitivo en el que el soberano, de manera directa o indirecta, pide, decide y hace ejecutar los castigos, en tanto es él quien, a través de la ley, ha sido alcanzado por el crimen. (p. 65).

El proceso judicial en este contexto político correspondía al inquisitorial y no podía ser otro en un régimen autoritario. El procedimiento era secreto, reservado, y lo único público era el castigo, precisamente porque el ofendido era el Soberano, representante de Dios, con el fin de que los súbditos supieran a qué atenerse si se atrevían a ofender o a estar en desacuerdo con el príncipe y también por ello, el castigo era excesivo en relación con la ofensa o falta.

Este es el panorama en el que los autores citados, principalmente en el siglo XVIII, generan gran producción literaria en torno a cómo debían ser los procedimientos penales, cuándo castigar y cómo prohibir. En su obra, Beccaria introduce el principio de *legalidad* y de *reserva en materia penal*, vigente hasta hoy en día en el artículo 14 constitucional párrafo tercero, que se traduce en que no puede imponerse una pena que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine*. También, nos habla de los principios de *necesidad* y *lesividad*, que son los indispensables para considerar una conducta como delictiva, es decir, una conducta merecerá el trato penal sólo si es necesario tomando en cuenta el grado de lesividad que ocasione al bien jurídicamente tutelado por la norma, esto nos habla de un derecho penal mínimo, es decir, reducir la intervención del Estado a lo estrictamente indispensable para cumplir con su fin en la materia de los delitos y de las penas. Hablando de las penas, en el siglo XVIII, Beccaria introduce el principio de *proporcionalidad*, entendido como aquel que debe utilizarse para sancionar los delitos tomando en cuenta el grado de afectación, pues toda reacción del Estado en su derecho de castigar, debe ser en proporción al daño porque de lo contrario se convierte en venganza: pena igual para delito igual. También

habló sobre la necesidad de que las personas sean juzgadas por un magistrado y no por el soberano, que ese juez debe ser racional, sometido sólo al imperio de la ley y que debe ser justo, neutro, imparcial. Concluye su obra con lo que llama un teorema general en donde me parece formula el garantismo penal: *Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcional a los delitos, dictada por las leyes.* (p. 208).

2.3 El resurgimiento del garantismo: su sistematización.

El garantismo está basado en las ideas de la Ilustración, pero adaptado a la realidad actual, ya que resurge con Luigi Ferrajoli en los años setenta del siglo XX, con su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Trotta 1999), y principalmente con *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta 1995)¹⁹. Como ya lo decía antes, y lo sintetiza muy bien Cárdenas (2005), para Ferrajoli, el garantismo es modelo normativo, teoría jurídica y filosofía política (p. 85). Para este trabajo interesa el análisis del primero, es decir, del modelo jurídico porque se relaciona con una concepción bajo la cual se reduce el papel punitivo y coercitivo del Estado y maximiza los derechos fundamentales, principalmente, en el plano jurídico, por referirse al sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de las personas: garantismo penal.

Ferrajoli (2004) *conceptualiza y sistematiza* el garantismo, es decir, ordena las ideas de Beccaria en diez máximas, a lo que llama un sistema de garantías (SG), en donde una deriva de la otra y que hace consistir en las reglas del juego fundamentales del derecho penal (p. 93). Él mismo señala que esos principios generales fueron elaborados en los siglos XVII y XVIII por el pensamiento iusnaturalista creados para la limitación del poder *absoluto* del que ya hablaba supra, y que ahora constituyen los principios jurídicos del moderno estado de derecho. Los divide en tres: cuándo y cómo castigar, cuándo y cómo prohibir, cuándo y cómo juzgar; de la máxima 1 a la 6 son sustantivas, el resto procesales, y son las siguientes:

¹⁹ Los años corresponden, no a la publicación original de la obra, sino a las primeras ediciones españolas traducidas.

1. No hay pena sin delito (principio de retributividad)
2. No hay delito sin ley (principio de legalidad)
3. No hay ley (penal) sin necesidad (principio de necesidad)
4. No hay necesidad sin lesión (principio de lesividad o de la ofensividad)
5. No hay lesión sin acción (principio de materialidad)
6. No hay acción sin culpa (principio de culpabilidad)
7. No hay culpa sin juicio (principio de jurisdiccionalidad)
8. No hay juicio sin acusación (principio acusatorio)
9. No hay acusación sin prueba (principio de carga de la prueba o de verificación)
10. No hay prueba sin defensa (principio de contradicción, refutación o defensa)

Estas máximas son los límites al poder del Estado al juzgar a una persona en el ámbito penal. Si una ley sustantiva y procesal penal contiene estos principios y son reales en la práctica, podemos decir que es un procedimiento garantista. Más adelante regresaré sobre el tema, basándome principalmente en el cómo y cuándo juzgar, que se refiere a las garantías procesales, objeto de estudio del presente trabajo.

3. FINES DEL PROCESO.

Todo proceso tiene una teleología que es correspondiente al sistema de gobierno imperante en su época.

3.1. Formas de gobierno y teleología procesal.

Históricamente –Taruffo (2005)–, se ha hablado de dos tipos de finalidades: por un lado, los procedimientos que buscan el castigo del culpable a como dé lugar bajo la máxima de la búsqueda de la verdad histórica; y, por otro lado, los procedimientos que buscan la solución de los conflictos de manera efectiva para con ello dar efectividad al Derecho (p. 38). El primer tipo de procedimiento se inserta en un estado autoritario, mientras que el segundo en uno democrático; así, se ha identificado al procedimiento de materia civil (civil, familiar, mercantil) en el segundo grupo, mientras que la materia penal en el primero.

Los procedimientos de la antigüedad de los que hablaba en el capítulo primero de este trabajo, surgen o se describen en una Atenas democrática, reconocida históricamente como una de las primeras ciudades-Estado, incluso, cuando se hace un comparativo entre las similitudes de los primeros procedimientos primitivos, Tamayo y Salmorán (2010), señala que se celebró un tratado entre Delfos y Pellana para procesos entre ciudadanos de dos ciudades, y es enfático en señalar que la democracia de ambos lugares era sólo moderada en comparación con Atenas (p. 73), de donde se desprende, aún en el estudio del origen del proceso, que Atenas goza de una organización política más tarde llamada democracia. Me parece que este fragmento de Tamayo (2010) lo ilustra mucho mejor:

“En Atenas, todo reclamo tenía que estar fundado en derecho, el magistrado no tenía facultades para crear nuevas acciones por propia autoridad y el juicio era tenido ante una asamblea de ciudadanos seleccionados por sorteo, en vez de un conciudadano escogido conjuntamente por las partes [arbitraje]” (p. 82).

Es importante hacer referencia al régimen político porque de ello depende el tipo de proceso. Si Atenas es democrática, entonces tiene un proceso en el que se permite que una persona exija de otra el reclamo de lo que le pertenece porque tiene derecho a ello, de ahí que se diseñe un procedimiento público, ante una asamblea que es quien decide en justicia. En el juicio de Orestes, Atenea, en la segunda etapa del proceso y después de que

las partes y testigos son escuchados, declara visto el proceso y dice, según Tamayo (2010): “...jueces que conocen de esta causa...levántense de sus asientos, emitan su voto y, de conformidad con su juramento, pronuncien un fallo justo” (p. 87).

Esta forma de proceder era así, porque a finales del siglo V e inicios del IV a.C., de acuerdo con Hernández y García (1994), se termina con el régimen de los tiranos de Siracusa: Gelón y su sucesor Gerón. Estos personajes hicieron una expropiación masiva de terrenos a favor de soldados mercenarios y en perjuicio de quienes les pertenecían (p. 89). La democracia fue restablecida en Atenas por Trasíbulo y se inician los procesos judiciales para devolver a las personas sus propiedades confiscadas durante el régimen despótico. Aquí claramente observamos cómo un régimen democrático permite un proceso judicial para el restablecimiento de derechos de las personas, impensable en la tiranía.

Ante la existencia de conflictos entre las personas, todos estos procedimientos, incluso desde el surgimiento de la autotutela o el arbitraje, dan cuenta de que la finalidad es la de resolver los conflictos de manera efectiva, pues el Derecho o las normas, existen precisamente para ese fin, lo que, como digo, se corresponde con una democracia hoy evolucionada a constitucionalismo democrático que se distingue por: el reconocimiento de derechos fundamentales, la división de poderes y el control constitucional por parte de los jueces (Pedro Salazar en clases del diplomado en derecho constitucional y amparo, CEAD, 2009).

Una vez que se instaura una forma de gobierno no siempre prevalece; a lo largo de la historia, somos testigos de las cambiantes vicisitudes de los regímenes políticos “*unas veces democráticos, otras despóticos*”: Ferrajoli (2004 p. 564), que pasó incluso en la misma Roma que inició con un sistema acusatorio para perderse en la época de la Roma imperial con las causas de oficio por los delitos, en donde el ofendido es interés del príncipe, la parte perjudicada se identifica con el Estado y todo ello se convirtió en un instrumento de la tiranía, naciendo así el proceso inquisitivo decidido de oficio, en secreto, sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe, basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba. Después de la caída del

imperio romano, nuevamente el proceso se vuelve acusatorio hasta llegar a la forma de las *disputatio* y del contradictorio hasta el siglo XII. En Inglaterra, el proceso acusatorio se consolida con el sistema del *adversary system*.

El sistema inquisitorial surgió para procesos de lesa majestad y en la iglesia, como dice Ferrajoli (2004), “...bajo formas todavía más terribles y feroces [surge el modelo inquisitivo], en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería, donde el ofendido era Dios y por ello la acusación era obligatoria” (p. 565). De igual forma, Damaska (2000), menciona que ante la expansión de la iglesia, ésta comenzó a tener poderes mucho más amplios y el ámbito de la acción estatal también se expandió, entorno en el que el delito dejó de ser considerado como preocupación hacia la víctima y así, surge un procedimiento de investigación controlada e impulsada oficialmente, en donde el juez está obligado a, unilateralmente, buscar la verdad de un crimen (p. 321).

No está de más decir que bajo el esquema del soberano –como persona, no como pueblo– y de la iglesia, no hay nada más tirano que tales formas de gobierno: “*El príncipe era considerado como la fuente de todo derecho: podía dictarlo, reformarlo, derogarlo o, también, violarlo*” así lo señalan, Abreu, Le Clercq, (2011), p. 35. Por eso, bajo este régimen, los procesos son totalmente opuestos a lo que se venía desarrollando con el acusatorio, es decir, si en el acusatorio se reconoce a una persona su legítimo derecho para accionar, en el inquisitivo no.

Estos modelos opuestos lo son así porque persiguen finalidades distintas. Si bien, todo proceso tiene como finalidad el establecimiento de la verdad, esta verdad será diferente dependiendo el tipo de proceso: mientras que uno acusatorio busca la verdad procesal (o legal) el inquisitorio busca la verdad histórica (lo que *verdaderamente* pasó), o como las llama Ferrajoli (2004), la verdad deseada y perseguida en el proceso inquisitivo es una verdad absoluta o sustancial, mientras que en el acusatorio es una verdad relativa o formal (p. 610). La primera no admite puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial, mientras que en el acusatorio se privilegia el libre desarrollo del conflicto entre las partes del proceso con puntos contrastantes.

Esto explica las razones del proceder de cada modelo, es decir, dependiendo de la finalidad que persigan, será el diseño procedimental correspondiente. De estos dos modelos existentes, derivado del reclamo público ante las formas irracionales, desproporcionadas y arbitrarias de procedimiento penal, así como ante lo irracional también de los castigos impuestos contra la dignidad de las personas, es que surge todo el pensamiento de la ilustración en cuanto a cómo deberían ser los procedimientos penales, qué se debe prohibir, cómo se debe juzgar y cuándo y cómo imponer una pena, recuperando de esta forma un procedimiento acusatorio, lo cual se entiende mejor si nos situamos en el contexto histórico en el que del Estado absolutista se transitó hacia el Estado de Derecho cuando se impusieron límites a la autoridad y se reconocieron derechos a favor de las personas. Beccaria nos diseña un procedimiento acusatorio: mínima intervención del Estado, juzgar con respeto a los derechos de la persona acusada, juzgarla en un juicio público, imponer una pena que sea necesaria y de manera proporcional, un procedimiento con contradicción e igualdad entre las partes, resuelta por un juez profesional, incluso, como lo sostiene Taruffo (2012), el modelo de juez como hoy lo concebimos, surge en Francia en 1790 ante todo el proceso revolucionario reformador del Estado (p. 71).

Sin embargo, esto dura poco o sólo se mantiene en los libros de los pensadores de la Ilustración, porque del sistema acusatorio y del inquisitivo, se crea una mixtura de proceso a inicios del XIX, que toma rasgos tanto del modelo acusatorio como del inquisitivo, los dos únicos modelos conocidos hasta entonces y que como dice Ferrajoli (2004), el código penal napoleónico de 1808, da vida *“a aquel monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo”* (p. 566).

Entonces, si el acusatorio se corresponde con una forma de gobierno democrática y el inquisitorial como la tiranía, ¿dónde se ubica políticamente el procedimiento penal mixto? Primero, está inserto en una forma de gobierno bajo el concepto de estado de derecho, en donde existen constituciones en la forma que hoy las concebimos,²⁰ las cuales,

²⁰ La primera constitución, la de Estados Unidos de Norteamérica de 1776, seguida de la Francesa de 1789 y posteriormente el Bill of Rights, las enmiendas a la constitución norteamericana, de 1791.

reconocen derechos a favor de las personas, lo que constituye el principal límite al poder absoluto que venía detentando el soberano como abuso de poder frente al súbdito y como resultado del humanismo de la época, además, en correspondencia a esa forma de gobierno, se limita el poder de la autoridad quien puede hacer sólo lo que las leyes expresamente le permiten. A esta forma de gobierno democrática lo que corresponde es un procedimiento penal que respete los derechos y las libertades, en el que la autoridad actúe sólo en los casos necesarios y atendiendo al bien jurídicamente lesionado, en donde un acusado no esté en condiciones de desigualdad frente a su acusador, que participe de su proceso, que tenga una defensa real y no de adorno, que pueda refutar pruebas, que pueda probar sus posturas, que sea juzgado en un juicio público, que conozca las razones de la pena impuesta, etcétera. Este modelo se corresponde con el acusatorio, sin embargo, Napoleón decide crear un proceso penal mixto, que, como ya lo decía antes, fue lo mejor para la época y tomando en cuenta el contexto histórico de lo que venía presentándose hasta entonces. Pero, ¿por qué es mixto? Y si es mixto, ¿cuál es su teleología: la del acusatorio o la del inquisitivo? Primero explico los componentes de su carácter ecléctico.

¿Por qué es una mixtura? A esta interrogante contesto que el procedimiento recoge rasgos de ambos modelo procesales, porque existía una desconfianza hacia el poder judicial. Los jueces que juzgaban en el procedimiento inquisitorial no eran profesionales, sino principalmente elegidos por el soberano a su conveniencia o eran personas de la realeza que estaban para beneficiar a los de su clase. Dice Taruffo (2012), que se trataba de hijos de reyes o príncipes que por el lugar que como hijos ocupaban, no eran herederos al trono, o de comerciantes que no podían heredar el patrimonio al no ser los primogénitos, así que *compraban* los cargos para el desempeño público de sus hijos (p. 72). Por eso, juzgaban a contentillo del soberano, de manera irracional, creaban normas, no motivaban, valoraban pruebas libremente sin dar razones, o asignando valores numéricos (de ahí lo de prueba tasada). Esto explica porqué también los pensadores de la ilustración ponen énfasis en el poder judicial, muestra de ello es la máxima más conocida, la de Montesquieu, que se ha traducido como *el juez es la boca de la ley*, es decir, que el juez debe existir (es un mal necesario), pero sólo para que pronuncie la letra de la ley al caso concreto. En este sentido, Beccaria (1982) dijo cómo debía resolver un juez, esto es, a manera de silogismo perfecto

(p.15). O la escuela francesa que prohibió a los jueces interpretar (excepto la literal o exegética), pues, bajo el pretexto de la interpretación, se podían llegar a cometer abusos y arbitrariedades.

Esta desconfianza hacia los jueces es una de las razones por las cuales se dio surgimiento a un proceso de composición mixta y no *puramente* (si es que existiere) acusatorio, pues éste último descansa en la confianza hacia los jueces como garantes de derechos y apela a su razonabilidad. La desconfianza hacia la figura del juzgador, genera que los procedimientos sean escriturales para que todo obre de forma escrita y así dejar constancia para evitar o castigar el desbordamiento de poder característico del sistema inquisitorial.

La otra razón, es el que la acción penal conserva el estatus de pública por aquello del *ius puniendi* que le corresponde sólo al Estado como protector de derechos de las personas y en su derecho de castigar para restablecer el orden y lograr el bien común, fin último del Estado.

De lo anterior se deriva la composición del procedimiento mixto, es decir, qué principios conservó del acusatorio y cuáles del inquisitorial, como lo muestro en el siguiente cuadro (C.2.):

Cuadro 2 (C.2.) Principios procesales que se conservaron del procedimiento inquisitivo y del acusatorio

Del inquisitivo se conservó:	Del acusatorio se conservó:
Acción penal pública	División de funciones
Carácter secreto y reservado de la investigación	Publicidad
Escritura	Contradicción, inmediación

En el moderno procedimiento penal, existía un órgano del Estado que ejercitaba la acción ante los tribunales (principio acusatorio), después de haber agotado toda una investigación que se mantenía en secreto para el imputado con la finalidad de lograr éxito

en dicha investigación; se dio nacimiento a la formación de los *expedientes* en donde se glosaban todas las *actuaciones* o *diligencias* que el juez tendría a la vista para su valoración y también, de forma escrita, el juez daba contestación a las partes en donde tenía que motivar tales decisiones, así, la escritura fue considerada necesaria porque es la forma más segura de que, en su caso, la arbitrariedad constara por escrito para las consecuencias que correspondieran a los jueces. El proceso ante el juez era público, tenían que respetarse etapas procesales por derecho de defensa y el juez tenía que presenciar el desahogo de todas las diligencias, permitiendo la contradicción entre los adversarios. Este modelo se advierte adecuado, idóneo y necesario para las problemáticas de la época que pretendían solucionarse a partir de este moderno derecho penal, sin embargo, con el transcurso del tiempo (o de los siglos), se fue modificando drásticamente.

3.2. Teleología del procedimiento penal mixto.

En primer término, el carácter ecléctico no tomó en cuenta la finalidad que persigue un proceso acusatorio y uno inquisitorial, es decir, no quedó definido, en esa mixtura, cuál sería el objeto del nuevo procedimiento penal surgido de la ilustración. Y eso sí que es un problema, porque si se desconoce el para qué, entonces se diseña un procedimiento sin que guíe hacia una finalidad concreta. Puedo afirmar que el objeto del proceso penal fue de tipo retributivo: castigar al delincuente para de esa forma devolver el daño que había hecho a la sociedad, y lo digo por el hecho de que se conserva en el Estado la función de investigar y acusar (acción pública), erigiéndose el Estado en representante social y fiscal, pero esto es un fin sustantivo, es decir, el fin retributivo, entonces, si este es el fin, la forma de lograrlo, es decir, el procedimiento a seguir, pues tenía que ser la búsqueda de la llamada verdad histórica. Esto se nos enseñó en las aulas de la licenciatura en derecho y algunas codificaciones lo citaban así o resoluciones de jueces se basaban en la búsqueda de la *verdad histórica*, sobre todo, cada que el juez actuaba de oficio ordenando, por ejemplo, la práctica de alguna prueba *oficiosamente*, sólo que esto es propio de un sistema en donde quien decide es juez y parte (inquisitorio).

La verdad histórica es concebida como una verdad absoluta, sustancial o material, como ya lo había citado con Ferrajoli, mientras que la verdad procesal o legal es la que las

partes logran demostrar con prueba lícita e incorporada en términos de ley. Si el procedimiento inquisitorial persigue una verdad absoluta (si es que pudiera existir), es porque el ofendido es Dios o el Soberano, de ahí que le otorgue al juzgador la función de investigar a costa de cualquier precio para lograrlo, mismo funcionario que posteriormente condenará con lo indagado por él mismo. Y si el acusatorio persigue una verdad legal, es porque se inserta en un estado de tipo democrático, en donde el respeto a los derechos de las personas tienen un papel primordial, de ahí que sea imposible llegar a una verdad absoluta cuando existen límites al poder de la autoridad en respeto al derecho de las personas y a los cuales me referiré en el siguiente capítulo, sólo los cito para no dejar la idea suelta: el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo o su derecho a permanecer callado, testigos que no están obligados legalmente a declarar (familiares directos del imputado, por ejemplo), personas que deban guardar secreto profesional (abogados, psicólogos, sacerdotes), pruebas obtenidas con respeto a derechos fundamentales, pruebas incorporadas en términos legales, etcétera.

Entonces, en esta parte, el sistema mixto conservó, voluntaria o involuntariamente, un fin que se correspondía con la finalidad del proceso inquisitorial: búsqueda de la verdad histórica; sin embargo, las regulaciones procesales fijan límites: prueba legal, reglas para considerar una prueba como tal, el que familiares del imputado no estén obligados a declarar (aunque sea formalmente, porque en los hechos todos acceden *voluntariamente* a declarar), etcétera, lo cual ha generado toda una confusión por esa mixtura, límites que no se conciben en un procedimiento inquisitorial.

Me parece que esta confusión en cuanto a la finalidad del proceso, se conserva hasta nuestros días y es muy lamentable, más, cuando estamos transitando hacia un modelo acusatorio en donde se cumplan todos los principios procesales inherentes al mismo. Lo digo porque una codificación que ha sido utilizada de *ejemplo* para el nuevo procedimiento y que es la del Estado de Chihuahua, publicada el 9 de agosto de 2006, que introduce el procedimiento acusatorio oral y adversarial, dice en su artículo 1: *“El proceso penal tiene por objeto establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del*

derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito...”.²¹ Y a pesar de que se ha reformado hasta en 25 ocasiones,²² siendo la última en 18 de diciembre de 2013, el artículo 1 ha quedado intocado y sigue diciendo lo mismo, es decir, un procedimiento de tipo acusatorio oral y adversarial busca establecer la verdad histórica, lo que resulta totalmente incongruente. Otra codificación más que ha introducido el nuevo procedimiento acusatorio es la del Estado de México, del 9 de febrero del 2009, que dice: “*Artículo 1. El proceso penal tiene por objeto el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito...*”²³ Pero bueno, hay otras codificaciones que son congruentes con el nuevo procedimiento penal, como la del Estado de Oaxaca (del 31 de agosto de 2007), que dice en su artículo 1: “*El proceso penal tiene por objeto establecer la verdad procesal, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito...*”²⁴ O la de Yucatán, de mayo de 2012,²⁵ que dice: “*El proceso penal tiene por objeto determinar si se ha cometido un delito a través del esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...*” O la de Durango, del 1 de abril del 2010:²⁶ “*...Tiene por objeto [el proceso penal] el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...*”, muy similar a la del Estado de Morelos²⁷, publicada el 22 de noviembre del 2007, ambas en sintonía con la finalidad establecida en el artículo 20 constitucional apartado A, fracción I: “*El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*”. Por último, la del Estado de Baja California²⁸ de 19 de octubre de 2007, que dice: “*El procedimiento penal tiene por objeto que las controversias penales se resuelvan...*”.

²¹ Consultado en http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_210.pdf

²² Consultar historial de reformas en

<http://www.congresochihuahua.gob.mx/biblioteca/reformas/historialReformas/87.pdf>

²³ <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/cod/vig/codvig004.pdf>

²⁴ <http://ordenjuridicodemo.segob.gob.mx/Estatal/OAXACA/Codigos/OAXCOD08.pdf>

²⁵ http://www.yucatan.gob.mx/gobierno/orden_juridico/Yucatan/Codigos/nr2205rf1.pdf

²⁶ http://www.tsjdggo.gob.mx/Leyes/Codigo_Procesal_Penal_del_Estado_de_Durango.pdf

²⁷ http://www.tsjmorelos.gob.mx/biblioteca/codigos/codigo_de_procedimientos_penales_orales.pdf

²⁸ <http://www.cjf.gob.mx/reformas/reformaPenal/documentos/BAJA%20CALIFORNIA%20CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES.pdf>

Como se observa, en diversas legislaciones prevalece esa confusión en cuanto al fin del proceso penal, todas, con un común denominador: nuevo procedimiento acusatorio y oral, lo que sin duda significan resquicios del sistema inquisitorial por donde pueden introducirse elementos que no corresponden con un procedimiento acusatorio.

La verdad histórica permitió a ese procedimiento mixto darle funciones de parte al juez, sí, a ese tercero ajeno a la contienda que de manera imparcial tenía que resolver, pero si asumía una función de parte, ¿cómo luego emitía una sentencia poniendo fin al conflicto? Así, en el mixto, se introducen normas con tendencia a la búsqueda de la verdad histórica a cargo del juez, ya que, por ejemplo, se le permite al juzgador emitir oficiosamente todas las actuaciones que sean necesarias para que la *justicia sea pronta y expedita*;²⁹ también, que el juez puede ordenar el desahogo de medios de prueba que estime pertinentes en relación con los hechos controvertidos³⁰ *para formar su convicción*, claro, sin que supla *omisiones* del ministerio público (sin embargo, previo al desahogo de esa prueba, el juez y las partes, no saben si en realidad suplió una deficiencia del órgano de acusación dado que ello dependerá del resultado de la prueba); de igual modo, otra norma permite que el juez puede dar una clasificación jurídica a los hechos de manera distinta a la que les dio el ministerio público;³¹ las diligencias para *mejor proveer*³² que se le permiten a la segunda instancia en el conocimiento de una apelación; o que el juzgador *debe* examinar a los testigos presentes y que no *podrá* dejar de interrogar a los testigos cuya declaración soliciten las partes;³³ el interrogatorio directo que hace el juez al imputado desechando preguntas prohibidas de las partes;³⁴ otra norma que nos dice que el juez tiene amplias facultades para allegarse, de oficio, los medios de prueba que estime necesarios.³⁵

Así, este procedimiento mixto cada vez se fue pareciendo más a uno inquisitorial, principalmente por el hecho de que normativamente el juez tiene amplias facultades

²⁹ Artículo 65 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³⁰ Artículo 148 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³¹ Artículos 267 y 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³² Artículo 326 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³³ Artículos 180 y 181 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³⁴ Artículo 264 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

³⁵ Artículo 273 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

oficiosas que incluso lo llevan a ser *juez y parte*, algo muy característico del procedimiento inquisitorial y ello es así por perseguir una finalidad de búsqueda de verdad histórica.

El procedimiento fue siendo cada vez más inquisitorial (además de las razones ya apuntadas relacionadas con una separación de funciones que sólo es orgánica pero no real), porque si bien se dijo que tenía que ser público, esto en realidad tampoco es así y regresamos a la privacidad y secreto. Ya supra mencionaba cómo Bentham da una importancia crucial a la publicidad y la coloca como la principal garantía procesal, porque un procedimiento judicial público tiene correspondencia con uno de tipo acusatorio por estar inserto en un estado democrático de derecho, en donde las autoridades tienen que transparentar su actuación, pero nunca con uno inquisitorial en donde ello no es necesario.

El texto constitucional anterior a la reforma del 18 de junio de 2008, y aún aplicable en donde no se ha implementado el nuevo procedimiento penal, señala que en *audiencia pública* se le debe hacer saber al imputado quién lo acusa y de qué lo acusa, así como también, que será juzgado en *audiencia pública* (artículo 20 apartado A, fracciones III y VI). En este sentido, dice el artículo 92 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, que las audiencias serán públicas, pero me parece que esta publicidad se reduce a que estén presentes el ministerio público, el imputado y el defensor, incluso, con que estén presentes el primero y el último es suficiente para llevar a cabo una audiencia. De la lectura del artículo 94 del mismo ordenamiento legal, podemos desprender que la norma sí se refiere a una publicidad general, porque señala que el imputado no podrá comunicarse con el público, sólo con su defensor. Como lo digo, esto es sólo formal pero no material, porque una persona diferente a las partes, no puede, o difícilmente puede, presenciar una audiencia, dado que el requisito para que esté presente es que sea parte procesal. Esta prohibición se debe en gran medida, a la idea de que son las partes y sólo ellas quienes tienen acceso al expediente, a las actuaciones y a las diligencias o audiencias que se desahoguen en el caso que resulta de su interés, pero además, considero que se debe al poco espacio que existe dentro de un juzgado debido a la cantidad de personal que lo conforma y por ende, a la cantidad de mobiliario de oficina, más, si varios auxiliares del juez se encuentran desahogando diligencias al mismo tiempo, en donde con cada auxiliar al

menos puedan estar presentes tres personas: ministerio público, defensor y quien participe en la diligencia: testigo, ofendido, etcétera. De ahí que si con dificultades hay espacio para el personal del juzgado y para las *partes procesales* de cada caso, con mayor razón se prohíba la presencia de personas que no tienen relación con el caso. Si el garantismo significa crear las condiciones idóneas para que los derechos sean efectivos en la práctica, entonces se justifica el que ahora se hable de un diseño de *sala de audiencias* que permita la libre, cómoda y digna presencia de las partes, pero principalmente, ese diseño debe posibilitar la entrada al público en general.

La publicidad no debe ser meramente formal, sino sustancial, real. La importancia de la publicidad se traduce en que la sociedad en general *debe* conocer cómo se imparte la justicia, cómo el juez toma sus decisiones (sentencia), cómo prueba un fiscal o como se conduce un defensor. El hecho de que la norma diga que las audiencias son públicas y eventualmente pueda una persona ajena a las partes presenciar el desahogo de una audiencia, ello es insuficiente para hablar de una real publicidad. Los principios procesales son interdependientes, uno necesita del otro para que coexistan todos (contradicción, inmediación, continuidad, publicidad, oralidad). Si sólo voy a una audiencia pero desconozco cómo el juez meses después resolvió el caso, entonces no estamos dando la dimensión real a la publicidad ni estamos cumpliendo con ello. Dice la constitución en el texto que ya cité, que el imputado debe ser juzgado en audiencia pública, y esto definitivamente no se cumple, porque el hecho de notificarle los puntos resolutivos de la sentencia no significa juzgarlo en audiencia pública. Pero cómo puede darse cumplimiento a dicho mandato constitucional, si el proceso se desarrolla de manera interrumpida, es decir, el desahogo de la prueba se realiza en el transcurso de un año, a veces más, muy pocas veces menos, en diferentes audiencias que desahogan diferentes auxiliares del juez pero no éste. Si hay continuidad en el desahogo de la prueba, si el juez por principio de inmediación está presenciando la incorporación de la prueba y si al final el juez emite su fallo con base en el resultado de esa audiencia, pues es entonces cuando la publicidad cobra vigencia, porque la sociedad en general que esté presenciando la audiencia, podrá ejercer un control externo en el sentido de calificar su aparato de impartición de justicia.

Además, la publicidad abarca el que el juez dé a conocer la resolución, es decir, explicarla a las partes, lo que no se logra con una notificación de los resolutivos de la misma que corre a cargo de un auxiliar del juez o de un notificador. Hoy, por esa razón el artículo 17 constitucional párrafo quinto ordena que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser *explicadas en audiencia pública*.

Una razón más por la que el procedimiento mixto se fue convirtiendo más en inquisitorial, es por la ausencia del principio de contradicción. Si dicho principio consiste en la posibilidad de refutar la prueba de la contraparte (principalmente la de la fiscalía que es la prueba de cargo), resulta que en la práctica no existe esa posibilidad debido al diseño procedimental mixto. La contradicción no se reduce sólo a que el imputado y su defensor ofrezcan y desahoguen medios de prueba de descargo, o a que el defensor interroge a testigos que sean llamados en la fase del proceso, no, la contradicción es, reitero, *refutar, contradecir, cuestionar, verificar*, el resultado de la prueba que la fiscalía incorpora. Sostengo que en el procedimiento mixto (o inquisitorial, da lo mismo), no hay real contradicción por varias razones:

En primer término, la etapa procesal más importante en el procedimiento mixto, es la inicial, llamada averiguación previa, fase pre-procesal, administrativa o, técnicamente, diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal. Esta etapa, como sabemos, se inicia ante el ministerio público como *autoridad* investigadora, y como autoridad, tiene el poderío para ordenar la investigación a policía, ordenar dictámenes periciales, desahogar diligencias consistentes en declaraciones de ofendidos, víctimas, denunciantes, testigos, imputados, todo, con la finalidad de esclarecer si una conducta es delictiva o no y si existe una persona a quien se le impute el delito.³⁶ Es la etapa más importante porque todas esas diligencias tienen un carácter de *prueba*, que si se cumple con las formalidades y se elementa bien dicha averiguación previa, hay altas, altísimas posibilidades de contar con una sentencia de condena. En este escenario, la defensa sólo se basa en detectar errores, anomalías, falta a formalismos en los que haya incurrido la autoridad investigadora y de los cuales dependería, en su caso, una sentencia diferente a la de condena.

³⁶ Artículo 148 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

El ministerio público, como autoridad, ordena la investigación para que le digan cómo sucedieron los hechos y quiénes son testigos de hechos; una vez localizados, los llama, o más bien, ordena a su policía que se los lleven en carácter de *presentados*, les toma una declaración, él solo los interroga y cuando realiza la determinación del ejercicio de la acción penal, llamado comúnmente *pliego de consignación*, ahí valora su propia prueba: la que ordenó, recabó y desahogó, un esquema totalmente inquisitorial³⁷. Pero lo que interesa resaltar de este punto, es que todas esas diligencias, tiene un estándar de *prueba*, que sirven, no sólo para lograr una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, sino, más grave, sirven para fundar la sentencia,³⁸ sin que el juez haya visto esa prueba; *visto* en el sentido de que no vio a los testigos, no los escuchó declarar, no se cercioró de su existencia, sino que sólo lee lo que dice el ministerio público que le dijeron dichos testigos. Aún y cuando haya persona detenida ante el ministerio público por una flagrancia o caso urgente y por ende si hay detenido debe tener un defensor, aún así, el ministerio público no le da intervención al defensor en la práctica y desahogo de los medios de prueba, en el sentido de estar presente en la declaración de testigos, policías y demás órganos de prueba, sino sólo en las diligencias en las que intervenga el imputado y únicamente para dar formalidad a la diligencia a efecto de que se haga constar que el imputado nunca estuvo solo, sino *acompañado* de un defensor.

Es indudable que si todas esas diligencias de la primera etapa del procedimiento son prueba que sirven para fundar la sentencia del juez, entonces, ninguna cuenta con un filtro, con una verificación o comprobación por parte del imputado y su defensor, es decir, la prueba se produce sólo por una parte: por el ministerio público como autoridad, el mismo que al consignar se convierte en parte procesal. Una parte procesal, la acusadora, que previamente, solo, con su poderío de autoridad, conformó todo un expediente de investigación en el cual el juez basará la sentencia.

³⁷ Artículo 147.- Las normas contenidas en el presente título serán aplicables a las pruebas que se practiquen en el proceso, así como, en lo conducente, a las que se produzcan en las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal.

³⁸ Artículo 210, párrafo tercero: el juez podrá tomar en cuenta los medios de prueba de las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal, en tanto no hayan sido desvirtuadas por los aportados al proceso.

Así no hay posibilidades reales y efectivas de contradecir esa prueba, primero, porque la conforma solamente el ministerio público sin la presencia del defensor y, segundo, porque, si cumple con la forma, esa prueba tendrá valor probatorio pleno, bajo los principios de la buena fe de la institución ministerial, la fe pública que le da su oficial secretario y de que la *prueba* recabada de manera inmediata posterior a los hechos, tiene mayor valor probatorio.

Es cierto, en la etapa del proceso (tercera etapa del procedimiento penal mixto), el defensor puede ofrecer como medio de prueba, a un testigo, ofendido, etcétera, que haya declarado en la etapa de investigación, sin embargo, el medio de prueba se ofrece y se admite como *ampliación de declaración*, la cual no está reconocida en el código de procedimientos penales, pero de esa forma se ofrece, se admite y se desahoga. Digo que también bajo ese esquema se desahoga, porque lo primero que el auxiliar del juzgado que toma la diligencia le preguntan al testigo, es si *ratifica* su declaración ministerial, si reconoce el contenido y la firma, contestando los testigos, por lo general, de manera afirmativa, para posteriormente proceder al *interrogatorio* que formule el oferente, es decir, el defensor. Si hablamos de una ampliación de declaración que previamente ha ratificado el declarante, es decir, que le confirma al juez que dijo lo que dice el papel que dijo, entonces esa declaración sigue firme y sólo se agrega lo correspondiente a la *ampliación* de declaración. Este sistema de desahogo de medios de prueba en fase de instrucción, imposibilita, nulifica, una real contradicción, no permite desvirtuar la prueba o advertir su inidoneidad, al contrario, la confirma y sólo abona en información pero de lo que se trata es que vía el principio de contradicción, se pueda verificar si el testigo se conduce con verdad o si incurre en falsedad.

Aún más, si un testigo, ofendido, imputado, cualquiera que haya declarado previamente, cambia su versión o se retracta, ello deberá demostrarse, de lo contrario, prevalece la primigenia declaración por el principio de inmediatez de la prueba, es decir, la prueba recabada de manera inmediata posterior a los hechos, tiene mayor credibilidad, lo que puede corroborarse con varias tesis de jurisprudencia, una de ellas, dice así:

RETRACTACIÓN. REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACERSE PARA OTORGARLE VALOR PROBATORIO.- En el procedimiento penal, la retractación consiste en

el cambio parcial o total que hace una persona (inculpado, ofendido o testigo) sobre la versión de los hechos que manifestó en una declaración previa. En ese contexto, para otorgarle valor probatorio deben satisfacerse los requisitos de verosimilitud, ausencia de coacción y existencia de otros medios de prueba que la corroboren. Luego, la falta de alguno de ellos se traduce en que no haya certeza de que lo declarado con posterioridad resulte verdadero, por lo que, en ese caso, deberá estarse al principio de inmediatez procesal, el cual postula que merece mayor crédito la versión expuesta en las primeras declaraciones³⁹.

Y decido citar esta tesis, porque ya tiene registrados tres casos consecutivos y porque además, es de la décima época que se supone, está inserta en una ideología diferente. Entonces, la primera declaración es la que tiene mayor valor probatorio, cuando es una prueba que fue desahogada únicamente por el ministerio público y cuando desconocemos de qué forma, en realidad, declaró el testigo o el imputado, a quien en múltiples casos se le toma su declaración (confesión) sin estar asistidos de un defensor, aún y cuando la diligencia diga lo contrario, es decir, que sí estuvo presente.

Para que exista contradicción deben existir condiciones de igualdad entre las partes y no habrá igualdad si el ministerio público llega ante el juez con prueba preestablecida, misma que tiene un valor importante y que se constituye, como dice Ferrajoli (2004) en prueba de Estado (p. 545).

Luego, si tampoco existe la aplicación del principio de contradicción en el procedimiento mixto, pues entonces se convierte mayormente en inquisitorial, en donde no existe ninguna posibilidad de refutar la prueba que la autoridad presenta contra el acusado y nos sigue confirmando que la finalidad del proceso penal mixto es la búsqueda de la verdad histórica.

Otra razón por la que el procedimiento mixto se convirtió más en inquisitorial y abandonó su carácter acusatorio, es por la ausencia del principio de inmediación. Si bien, el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales actual, señala que el juez tomará

³⁹ Décima época, tesis VII.1º.(IV Región), Libro XVI, enero de 2013, tomo 3, página 1994, en www.scjn.gob.mx

conocimiento directo del procesado, de la víctima y de las circunstancias del hecho, es enfático en precisar: “... *en la medida requerida para cada caso...*”. Esto es, por un lado, parece que el procedimiento mixto es imperativo para cumplir con el principio de inmediación, pero por otro lado, es flexible al indicar que el juez deberá tomar ese conocimiento directo, sólo en la medida que el caso lo requiera o lo exija. Y eso es lo que realmente sucede en la práctica, es decir, el juez decide presenciar el desahogo de diligencias de casos relevantes (homicidios, secuestros, violaciones). Pero no puede ser de otra manera ante el diseño procesal con el que se cuenta, dado que al ser el mismo trato, independientemente de la gravedad o no de la conducta, lo mismo ocupa a un juez un delito de daños culposos que uno grave como un secuestro. Dar trato igual a conductas diferentes, me refiero a que todas inician con denuncia o querrela, según el caso y concluyen con una sentencia, sin que existan procedimientos que permitan salidas alternas, si acaso, suspensión del procedimiento a prueba, condicionado a varias exigencias que debe cubrir el imputado de que se trate. Por ello, es humanamente imposible que un juez presencie todas las diligencias o tome conocimiento directo de las partes, razón por la que se deja de cumplir con el principio de inmediación.

Ante la desconfianza bajo la cual se crea el procedimiento mixto –desconfianza hacia el juzgador–, fue necesario introducir exigencias *formales* que permitieran un control sobre su actuación; para iniciar, el hecho de que todas las actuaciones tenían que ser por escrito, pero si bien ello es aceptable porque en materia penal hay actos de molestia que deben constar por escrito, lo inaceptable es que el procedimiento mixto lo convirtió en la forma procedimental bajo la cual se hacían las peticiones –por escrito– y del mismo modo contestaba el juez; las pruebas se desahogaban y se hacían constar por escrito, convirtiéndose la prueba, no en el testimonio en sí, sino en el documento o documental pública en la que se hacía constar. Para que el juez confiara en dicha actuación, es que idean una serie de *formalidades* tales como el hecho de que tanto ministerio público como juez, tenían que contar con un auxiliar que tuviera fe pública (fedatarios públicos), que en el caso del ministerio público es su oficial secretario y en el caso del juez es su secretario de acuerdos. Estos funcionarios deben firmar, a la par del juez, todas las actuaciones que éstos practiquen, de lo contrario, carecen de valor, es decir, le creo al ministerio público o al juez,

sólo si su auxiliar hace constar que lo dicho en la actuación, acuerdo, diligencia o sentencia, es lo que dijo el juez en apego a la legalidad. Otra más, es que las actuaciones deben ser por duplicado, conformar el expediente en forma continua y cada actuación debe ser foliada, firmada y contar con el sello del juzgado *en el fondo del expediente de manera que abrace las dos caras*.⁴⁰ Si una actuación cumple con estas *exigencias* entonces no existe ninguna razón para dudar de ella y si se trata de *prueba* desahogada por el ministerio público, pues entonces tendrá valor probatorio, sin importar cómo se desahogó la diligencia. Esto generó que se diera más importancia a la forma que al fondo.

Por último, el hecho de que el órgano de acusación llegue a la etapa del proceso con prueba predeterminada, el hecho de que haya recabado prueba de cargo del mismo imputado, el hecho de que los procedimientos no sean públicos y, principalmente, que el juez no presencie el desahogo de la prueba que funda la sentencia, sin que exista posibilidad de una real contradicción, genera una desigualdad procesal y no puede ser justo ningún procedimiento en el que existan desventajas entre las partes, más, cuando una de esas partes es precisamente el Estado a través del ministerio público, lo que genera un procedimiento de corte inquisitorial porque en éste el Estado está en contra del acusado sin permitirle ningún derecho real, ninguna posibilidad real de defensa. Esto lo vemos muy claramente en la denominada declaración preparatoria, que debería tener como finalidad, dar a conocer la acusación: quién lo acusa, de qué lo acusa, qué pruebas hay en su contra, cómo, cuándo, dónde, sucedieron los hechos de los que se le acusa; es el emplazamiento personal para que pueda continuar el proceso y dar oportunidad de defensa; sin embargo, la declaración preparatoria, que debería ser para defensa, se convierte en prueba de cargo, declare o no declare el imputado. Si no declara, el silencio es utilizado en su perjuicio⁴¹, y si declaró (confesó) ante el ministerio público y se niega a declarar en la preparatoria ante el juez, éste, invariablemente, le pregunta si reconoce el contenido de la declaración ministerial y la firma que lo calza, lo que contribuye a no respetar el derecho a guardar silencio. Si declara el imputado, todo lo que diga es en su perjuicio, aunque su declaración

⁴⁰ Artículo 43 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

⁴¹ Precisamente por esa práctica reiterada, hoy la Constitución, en el artículo 20, apartado B, fracción II, dice en la parte que interesa refiriéndose a los derechos del imputado: "...Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio...".

sea para retractarse de su primigenia declaración o pretenda realizar aclaraciones; si admite que estuvo en el momento de los hechos, será suficiente para considerar su probable responsabilidad por aquello de la confesión calificada divisible,⁴² y esa declaración preparatoria, se convierte en prueba de cargo al momento de la sentencia.

Este procedimiento mixto que he descrito, es más inquisitorial y no tiene ninguna correspondencia con un estado democrático de derecho, sino más bien con esquemas autoritarios. Señala Ana Laura Magaloni (Córdova, Murayama, Salazar coord. 2012):

“...En el modelo de persecución criminal autoritario los casos penales se resolvían en tres fases: 1) la policía judicial obtenía información para armar la acusación intimidando y coaccionando a testigos y presuntos responsables; 2) el MP le daba un “ropaje legal” a la ilegalidad, a través de integrar una averiguación previa con muchos papeles y diligencias irrelevantes pero que servían para simular que se había investigado legalmente y 3) el juez era un simple ratificador de esa acusación, no ejercía ningún tipo de control sobre la arbitrariedad de policías ni sobre la calidad de las pruebas aportadas por el MP...” (p. 262).

Lo anterior sin duda se corresponde más con un sistema inquisitorial, en donde el Estado se erige en ofendido y utiliza el sistema penal como medio de control. La autora citada señala en el mismo texto: “...*lo que se requería en un contexto autoritario era que la procuración de justicia fuese una amenaza creíble de castigo para los detractores del poder. Es decir, un sistema penal que sirviera como mecanismo político de contención social*” (p. 262). En un texto publicado en el periódico Reforma, el 5 de octubre de 2013, Ana Laura Magaloni, escribió: “...*Hasta hoy, los ministerios públicos no han tenido que*

⁴² Ver la jurisprudencia más que conocida de la sexta época, tesis 98, Primera Sala, Tomo II, p. 69, cuyo rubro es: CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE, que dice al finalizar: “...el sentenciador podrá tener por cierto sólo lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia”. También se debe consultar la jurisprudencia de la novena época, tesis XV.4°. J/1, de Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, de enero de 2005, cuyo rubro es: “CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE. CARECE DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN LA RESOLUCIÓN QUE AL VALORAR LA DECLARACIÓN DEL INculpADO LA CONSIDERE COMO TAL POR EL HECHO DE QUE EL INDICIADO Y/O PROCESADO, RECONOZCA LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO Y LUGAR DE EJECUCIÓN DEL DELITO ATRIBUIDO”, ya que en esta jurisprudencia se hace énfasis en que es común que por ese simple reconocimiento, se tome como confesión calificada divisible, pero que ello no debe ser así, sino que se deben cumplir otras exigencias.

construir explícitamente la tesis del caso. Su trabajo ha sido anexar diligencias, armar un expediente, poner un montón de papeles juntos. Ello significa condenar a personas sin explicar claramente por qué son responsables. Así funciona la justicia penal de los regímenes autoritarios. La justicia penal democrática tiene que dar razones para privar de la libertad a una persona...”.

A pesar de que somos de un estado democrático, en el siglo XXI seguimos con procedimientos inquisitoriales, propios de regímenes autoritarios, pero hoy la ideología marcada por la constitución es otra, por ello, debe ser otro el procedimiento penal mediante el cual el responsable de una conducta no quede impune, en el marco del respeto a sus derechos y en el marco de una igualdad procesal, en donde públicamente se le juzgue por un juez que presencie el desahogo de la prueba y en donde el ministerio público (el Estado) no tenga ventajas sobre un ciudadano imputado, ventajas respecto a la forma en que *investiga* y recaba *sus* pruebas el órgano de acusación, a las cuales se les da legalidad a través de las *formalidades* y si se cumple con ellas, son validadas por un juez. Esto debe desaparecer.

Con lo anterior he dicho cómo la mixtura inquisitorial-acusatorio, es, en la práctica procedimental, más inquisitorial que acusatorio, porque el modelo mixto tiene una finalidad de búsqueda de la verdad, dado que el procedimiento es escrito, sin oralidad, sin intermediación, sin contradicción, sin publicidad y sí con demasiados formalismos, en donde el juez valida las actuaciones de un fiscal y el mismo juez tiene poderes de acción como parte procesal, todo en aras de la búsqueda de la verdad histórica.

3.3. Teleología política.

En este tema de fines del proceso, es menester hablar sobre las relaciones entre política y justicia, es decir, cuál es la función legítima del Estado, el propósito que debe perseguir con la impartición de justicia. En este sentido Damaska (2000), nos habla de dos funciones: 1) si es un estado que gestiona las vidas de las personas y conduce la sociedad, se tendrá una impartición de justicia dedicada al cumplimiento de los programas de Estado e implementación de sus políticas, lo que corresponde con una maquinaria burocrática del

Estado centralizada; y 2) que el estado mantenga el equilibrio social y se limite a proporcionar un marco para la autogestión social y la autodefinición individual, en donde la administración de justicia tiende a asociarse con la idea de la resolución de conflictos (p. 25).

Esta tipología de fines que hace Damaska, centrada no en el tema de la verdad, sino en los fines del Estado en el rubro de la administración de justicia, me parece importante porque nos ubica perfectamente bien un modelo inquisitorial (o si se gusta decir mixto) y uno acusatorio. El marcado con el número 1), es indudablemente inquisitorial, que se distingue por el derecho penal máximo y en donde el Estado interviene hasta para solucionar las controversias derivadas del tránsito de vehículos (como daños culposos o contra la seguridad en el tránsito de vehículos, comúnmente denominado como manejar en estado de ebriedad), amenazas derivadas de la vecindad entre personas, etcétera, a efecto de hacer efectivo el *ius puniendi* del Estado, que más bien, el Estado se enarbola en dicha bandera escondiendo otros fines. El segundo modelo, 2), es el que se corresponde con una ideología garantista, se rige por la mínima intervención del Estado y se justifica la reacción penal sólo bajo los principios de necesidad y lesividad ya referidos al momento de hablar de las diez máximas del garantismo. En este sistema, se da preferencia a mecanismos alternos de solución de controversias como hoy lo ordena el artículo 17 constitucional en su párrafo cuarto.

Nuestra ideología constitucional contemporánea –en cuanto a la finalidad del proceso–, nos habla nuevamente de una mixtura, pero no entre verdad histórica y legal, sino en el marco de un garantismo distinguido por la mínima intervención, se reconoce el *modelo de resolución de conflictos*, aunque no en todos los casos, lo cual es entendible, porque no todos los bienes jurídicamente tutelados son disponibles, de ahí que un delito grave (homicidio doloso, secuestro, violación...), no sea susceptible de ser solucionado por medios alternos al procedimiento ordinario⁴³ como la conciliación por ejemplo o aplicar un criterio de oportunidad,⁴⁴ en razón de que el Estado debe intervenir porque con esos delitos

⁴³ Artículo 17 constitucional, párrafo cuarto.

⁴⁴ Artículo 21 constitucional, párrafo séptimo.

se afecta a una persona en específico pero a la vez se daña a todo el grupo social, caso en el que el Estado se legitima para actuar en contra de un delincuente.

Entonces, los fines del proceso hoy están lejos de verdad histórica, sino que se relacionan más con la función actual del Estado y se trata de una teleología que se identifica con modelos de resolución de conflictos al contemplar la constitución un procedimiento ordinario que será el último recursos, dado que la constitución también contempla los mecanismos alternos, los procedimientos de terminación anticipada y el criterio de oportunidad a cargo del ministerio público, incluso, al definir el objeto del proceso penal y hablar de *esclarecimiento* de los hechos, *procurar* la condena, *reparar el daño*, son indudablemente equivalentes a la resolución de conflictos y reservar el procedimiento ordinario (el que sigue todas las etapas hasta concluir con la etapa de juicio oral), a los casos que no son susceptibles de solucionarse por ninguna vía alterna, al ser quizá delitos graves que nos dañan a todos como sociedad. En estos fines, no hay cabida para la búsqueda de una verdad histórica, sino una verdad legal, tal y como se desprende del artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I:

“El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.”

4. CARÁCTER EPISTEMOLÓGICO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL.

4.1.Las garantías procesales

Para ubicar en dónde radica el carácter epistemológico del proceso penal, es necesario partir de las máximas del garantismo ya referidas anteriormente, pero únicamente las que tienen que ver con el tema procesal (garantías procesales), que son de la 7 a la 10 y rezan así:

No hay culpa sin juicio (principio de jurisdiccionalidad)

No hay juicio sin acusación (principio acusatorio)

No hay acusación sin prueba (principio de carga de la prueba o de verificación)

No hay prueba sin defensa (principio de contradicción, refutación o defensa)

Lo anterior significa que en todo procedimiento penal garantista, la culpabilidad existe sólo cuando es declarada en la etapa de juicio,⁴⁵ refiriéndose a la sentencia del juez que declara a una persona como responsable, después de que se inicia un procedimiento a partir de la acusación del ministerio público, quien tiene la obligación de llevarle al juez prueba legal y legítima, pero además, esa prueba, para considerarla como tal, debe estar sujeta a la contradicción de la defensa.

En este pequeño párrafo anterior –que se reduce a *no hay juicio sin acusación, sin prueba y sin defensa*–, por simplista que parezca, se ha sintetizado todo el nuevo procedimiento penal. Parecería obvio decir que esto ha existido siempre, es decir, que hay un ministerio público que acusa, que le lleva prueba al juez, que el imputado siempre tiene un defensor y que hasta la última etapa del procedimiento el juez emite su sentencia, sin embargo, no es así, es decir, formalmente encontramos los mismos ingredientes en el procedimiento penal mixto porque toda acusación debe probarse, la grandísima diferencia son los contenidos y los cómo, es decir: cómo se verifica la acusación y si existe posibilidad de que ésta pueda ser refutada, en otras palabras, si se respetan las garantías procesales ya enunciadas. Las diferencias sustanciales las advierto en la forma de *verificación* y en la *refutación* de la acusación –que se refiere a las dos últimas máximas del garantismo–, porque el procedimiento mixto se ocupa de reglas para el *desahogo* de la

⁴⁵ Es común llamarle a todo un procedimiento “juicio”, sin embargo, el *juicio* se refiere a la última etapa de todo procedimiento, porque es el momento en el que el juez sentencia. Las etapas del nuevo procedimiento penal son: a) Etapa de investigación; b) Etapa intermedia; y, c) Etapa de juicio oral.

prueba pero no se ocupa, en nada, de la forma de *obtención* de la prueba, que tiene que ver con la *verificación*, es decir, de qué manera el ministerio público, como órgano de acusación, *demuestra* al juez la acusación que presenta, con qué tipo de prueba y cómo la obtiene, pero también, hay diferencias como lo decía, en el *desahogo* de la prueba, que tiene que ver con el momento de la conformación de la prueba y con el hecho de si el imputado está en posibilidades de refutar la acusación presentada en su contra.

Si un procedimiento penal no observa las garantías procesales, no podemos afirmar que reúna las condiciones para calificarlo de epistémico; si un procedimiento, que al final declara una verdad legal, no es riguroso en la obtención y desahogo de la prueba a través de la cual quien acusa verificará los hechos, pero además, no permite contrastar esa verdad primigenia, entonces, estará afectado en ese carácter epistemológico que es exigible en todo procedimiento que tiene como finalidad establecer una verdad, un juicio.

El carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral, lo encuentro, principalmente, en las dos últimas máximas del garantismo ya precisadas: *No hay acusación sin prueba* porque no puede concebirse una condena si la acusación no logra verificarse a través de prueba que debe ser válida y legítima, y, *no hay prueba sin defensa*, porque para ser verificada la acusación precisa, además de prueba válida y legítima, ser refutada, ser contrastada. Si bien el procedimiento penal mixto tiene su propio método de verificación, veremos que éste no es riguroso y que dicho método no posibilita el ejercicio adecuado de refutación (contradicción) por parte del acusado.

Los grandes cambios en el procedimiento penal radican en estas dos últimas máximas o garantías procesales, porque en un procedimiento acusatorio, hay reglas para la obtención de la prueba y el desahogo de la misma se da de una forma totalmente distinta al mixto, es decir, hay rigurosidad para la verificación de la acusación y posibilidades para su refutación. Veamos porqué.

4.2. Dos modelos procesales: el decisionista y el garantista

En primer término reiterar que todo procedimiento penal llega a establecer una verdad legal que es concebida de modo distinto según el modelo procesal de que se trate. Así, Luigi Ferrajoli (2004) distingue entre dos modelos procesales: el decisionista y el garantista, si bien, los dos buscan una verdad, ésta es diferente en cada uno. Voy a usar un cuadro⁴⁶ en donde pueden advertirse claramente las diferencias para posteriormente explicarlas.

Cuadro 3 (C.3.) Modelos procesales decisionista y garantista

MODELO PROCESAL DECISIONISTA (SUSTANCIALISTA)	MODELO PROCESAL GARANTISTA (COGNOSCITIVO)
Verdad máxima: sustancial y global fundada sobre valoraciones.	Verdad mínima: aproximativa o relativa.
Verdad política obtenida sin límites normativos.	Verdad procesal empíricamente controlable y controlada
Carácter valorativo de las hipótesis acusatorias que reclaman, más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa (apriorísticamente intuida por el juzgador).	Averiguación de la verdad mínima, garantizada por el carácter empírico y determinación de las hipótesis acusatorias bajo cánones de conocimiento: presunción de inocencia, carga de la prueba, in dubio pro reo, publicidad del procedimiento probatorio, principio de contradicción y derecho de defensa mediante la refutación de la acusación.
El fin (la verdad sea cual fuere) justifica los medios (cualquier procedimiento).	El fin (fundado y garantizado por los vínculos señalados) está legitimado por los medios.

El sistema procesal garantista es de tipo cognoscitivo, porque el establecimiento de una verdad, de la verdad declarada por un juez en sentencia, aunque aproximativa o relativa,⁴⁷ es una verdad que de manera empírica debe ser controlable y controlada, a diferencia de la verdad del modelo decisionista, en donde la obtención de la verdad no tiene ningún límite normativo.

⁴⁶ Cuadro que realizo con base en la información proporcionada por Ferrajoli (2004), páginas 539 a 542.

⁴⁷ Es preciso mencionar que en esta sintonía, el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, define que prueba es todo conocimiento *cierto* o *probable* sobre un hecho...

4.2.1. La verdad controlada y controlable.

En primer término, la verdad mínima (aproximativa o relativa), se refiere a la obtención del conocimiento de la verdad de aquello que es lo estrictamente indispensable para la demostración de las hipótesis acusatorias, bajo la exigencia del principio de taxatividad penal, en donde debe existir una formulación unívoca y rigurosa de los hechos para su verificación o refutación empírica, y que de verificarse, es suficiente para actualizar el elemento jurídico de que se trate (elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente). Contrario a lo anterior, la verdad máxima será el conocer lo que realmente ocurrió pero de forma general, sólo por la materialidad del hecho, partiendo de regulaciones normativas, sí, pero también y principalmente, de valoraciones acerca de la naturaleza del hecho cometido (que se trate de un delito grave, por ejemplo un secuestro), de su forma de ejecución (violencia hacia la víctima) o de circunstancias personales del autor del hecho (si tiene antecedentes delictivos), cuyas valoraciones son las de mayor peso al decidir.

No es mi intención adentrarme en el tema de la *verdad* (si existe o no, a qué se refiere, posturas científicas y filosóficas entorno a la verdad, etcétera), al final, todo procedimiento llega al establecimiento de una verdad, todo procedimiento sigue un camino para declarar una verdad procesal que es tal, en la medida que es declarada por un órgano jurisdiccional después del seguimiento de todas las etapas procesales. Si un procedimiento judicial tiene como finalidad establecer una verdad, entonces debe seguir un método, es decir, recorrer un camino para ir en busca de ello, tal y como Gadamer lo precisa: la verdad está íntimamente ligada al método y no puede considerarse una sin la otra. Entiendo con Gadamer (2001), que verdad es *desocultación, dejar estar lo desocultado, hacerlo patente* (Tomo II, p. 54) y que la verdad de un discurso, es la adecuación de ese discurso a la cosa *adaequatio intellectus ad rem*. De igual forma, con Popper (1972), afirmo que lo verdadero será lo que concuerde con los hechos: verdad objetiva, en el sentido de correspondencia con los hechos (p. 51). Por último, con Tarski⁴⁸, un hecho será verdadero si únicamente corresponde a la realidad empírica, histórica y material del *hecho narrado*. Por lo tanto, esa

⁴⁸ Citado por Taruffo (2012), p. 40.

verdad mínima declarada en sentencia será tal, si y sólo sí, tiene correspondencia con los hechos narrados y demostrados en el juicio.

Ahora, la verdad empíricamente controlada y controlable de la que habla Ferrajoli, ¿a qué se refiere? Sostengo que *verdad controlada* (lo que se comprueba, examina, verifica, contrasta) tiene que ver con las garantías procesales que se exigen en el procedimiento acusatorio como modelo cognoscitivo, y la *verdad controlable* (lo que se puede controlar) se refiere a la actividad de las partes para la formación y producción de la prueba. Los límites normativos y la actividad que se exige a las partes procesales, porque el caso judicial pertenece a ellas, es decir, afecta a sus intereses la decisión final.

En sintonía con lo anterior, la verdad que se pretende obtener en un procedimiento acusatorio está previamente *controlada*, porque existen imperativos normativos que tienen que ver con la obtención, aseguramiento, recolección de cualquier objeto, instrumento, huella, indicio, persona, etcétera, que lleve al esclarecimiento de los hechos penalmente relevantes. Para ello, Ferrajoli nos habla de los procedimientos de verificación en dos distintos grados de garantías: en primer término, la relación triangular que siempre debe mantenerse en el procedimiento acusatorio, se asegura por lo que llama *garantías primarias* y las que aseguran su observancia son las *secundarias*:⁴⁹

Cuadro 4 (C.4.) Garantías procesales primarias y secundarias

Garantías primarias	Garantías secundarias
Formulación de la acusación (no hay juicio sin acusación)	Publicidad (control interno y externo de la actividad procesal)
Carga de la prueba (no hay acusación sin prueba)	Oralidad (permite la inmediación y concentración probatoria)
Defensa (contradicción y forma de los interrogatorios). No hay prueba sin defensa.	Rito y método legal de la formación de las pruebas (para frenar a las partes y al juez)
	Motivación de las decisiones (verdad y validez en el proceso)

⁴⁹ Cuadro elaborado con la información proporcionada en Ferrajoli (2004), páginas 606 a 623.

Es importante mantener la relación triangular, porque a través de la separación entre acusación y decisión, se garantiza la imparcialidad del juez, quien deberá mantenerse ajeno al litigio porque éste es únicamente de las partes y es al órgano de acusación a quien le corresponde demostrarla a través de la prueba, misma que deberá quedar sujeta a la real contradicción de la defensa. Para este esquema, se requiere que el procedimiento probatorio sea público, oral (lo que permite que el juez inmedie la totalidad de la prueba en un acto concentrado y continuo), que exista un rito en la formación de las pruebas y que el juez motive debidamente sus decisiones.

De lo anterior en conjunto resulta una verdad con controles previamente determinados, en donde el juez nunca debe ordenar oficiosamente el desahogo de un medio de prueba, porque es al ministerio público y a la defensa a quienes les corresponde llevar al juez dicha prueba, no que sea éste quien la produzca. El ministerio público, como representante del Estado en su función de investigación, debe ordenar el aseguramiento de lo que más adelante puede ser prueba; a ambas partes procesales (ministerio público – defensa) les corresponde el ofrecimiento y el desahogo de medios de prueba y al juez únicamente le corresponde la valoración de los medios de prueba y determinar su resultado. Aquí se identifica claramente lo que debe corresponder a cada parte para asegurar la relación triangular del principio acusatorio.

Ahora, si partimos de que no hay acusación sin prueba, ¿cómo asegura la prueba el ministerio público?, pero más importante aún: ¿cómo incorpora esa prueba en el procedimiento? Es aquí en donde podemos hablar de un verdadero control que sólo permite un procedimiento acusatorio y que tal control es condición necesaria para un proceso justo porque quien actúa frente al gobernado en la materia penal, es el Estado, de ahí que su actividad, tanto de acusación como de decisión, tengan límites.

Es menester referirme en primer término a cómo esto anteriormente anotado se da en el contexto de un procedimiento mixto (o inquisitorial, da lo mismo), donde hablamos de la obtención de una verdad sin límites de control normativo en su adquisición como lo señalé en el cuadro 3 (C.3) de este capítulo. El ministerio público es una institución de

buena fe y además es autoridad en la primera etapa de dicho procedimiento, su subordinado (oficial secretario) le da fe pública a su actuación. El artículo 21 constitucional siempre le ha conferido la facultad de investigar los delitos y por ello, cuando recibe la noticia criminal, está legitimado para ordenar y desahogar todo tipo de diligencias de preparación del ejercicio de la acción procesal penal. Así, ordena investigación a policía, ordena trasladarse al lugar del hecho o del hallazgo, ordena la intervención de peritos para la práctica de dictámenes, solicita la presentación de ofendidos, testigos e indiciados, si cuenta con persona detenida ésta queda a su *libre* disposición, porque el detenido se convierte en objeto de investigación y nunca tiene el estatus de sujeto de derechos. Es en esta parte en donde el ministerio público obtiene la mayor cantidad de prueba de *calidad* para fundar la acusación, es decir, su principal prueba de cargo es el imputado mismo, porque si está a su disposición en carácter de *presentado* (así se le llama en la práctica aunque la ley no lo contempla), le ordena una detención por caso urgente (que debería ser la excepción, sin embargo, se convierte en regla general de detención junto con la flagrancia) y a partir de ahí inicia la obtención de pruebas: le toma fotografías, le toma huellas dactilares, lo somete a reconocimientos e inspecciones, lo utiliza para reconstrucción de hechos, le toma muestras de fluidos corporales o cabellos, es objeto de dictaminación por peritos, le recaba su declaración (que siempre es confesión) previa *entrevista* que ha sostenido el detenido con policías de investigación, se le decomisan sus dispositivos móviles para inspección ministerial (teléfono, computadoras, lap top), entre otras diligencias más. Nunca solicita autorización del detenido para realizar todas estas diligencias, simplemente porque la ley no se lo exige, por ende, el juez que verifique la formalidad de tales actuaciones, tampoco cuestionará la forma en que se obtuvieron las *pruebas* y es irrelevante, incluso impensable, si el detenido externó o no su consentimiento. De las diligencias enunciadas, habrá algunas que no intervengan con la afectación de derechos fundamentales, pero otras, la gran mayoría, sí.

Todas estas diligencias se glosan de manera cronológica en un expediente de averiguación previa que al llegar con el juez, tienen un estándar de *prueba*. Prueba es aquello que logra demostrar algo: la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad de una persona, por eso es prueba, porque demuestra tales extremos tanto para ordenar una

aprehensión, para emitir un auto de formal prisión e, incluso, para emitir una sentencia, teniendo como base esa misma *prueba*.

Así es como se *obtienen* las pruebas en un procedimiento penal mixto; las únicas *exigencias* que encontramos es en el sentido de que *la admisión, preparación, práctica y valoración de la prueba, se ajustará a los requisitos y procedimientos legales establecidos*,⁵⁰ lo que se refiere a la *legalidad* de la prueba, pero como se observa, nada hay en relación con la *obtención* del medio de prueba. Esos requisitos y procedimientos legales, se señalan en cada medio de prueba, es decir, las reglas para testigos, periciales, inspección, careos, documentos, etcétera, que tienen qué ver con el desahogo de la probanza. Además, bajo el concepto de libertad probatoria, se establece en el artículo 152 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, que *son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo de la autoridad respectiva, que no sean contrarios al derecho*, es decir, lo único que se exige es esto, que no sean contrarios al derecho.

Bajo el esquema de un procedimiento mixto, es impensable hablar de la prueba ilícita, concepto que siempre ha formado parte de la teoría general de la prueba, pero que no es sino hasta ahora en que cobra vigencia, y no sólo porque así ya lo contemple la constitución,⁵¹ sino por el significativo hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia por reiteración en cuanto a la prueba ilícita, dentro de un procedimiento penal mixto, cuyo criterio es posterior a la reforma al artículo 1 constitucional del 10 de junio de 2011. La jurisprudencia es de la décima época, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, tomo 3, página 2057 y dice así:

PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía

⁵⁰ Artículo 151 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro.

⁵¹ Artículo 20, apartado A, fracción IX, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.⁵²

Como se ve, a partir de una interpretación sistemática, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determina que la prueba ilícita y sus efectos se encuentran de manera *implícita* en el régimen constitucional. Hoy, hoy está de manera *explícita* a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en el artículo 20.A.IX.

La prueba ilícita no forma –o formaba– parte de un procedimiento mixto, porque, como ya lo dije, éste no se ocupa de cómo se *obtiene* la prueba, la regla general sólo exige que las pruebas no sean contrarias al derecho, pero hoy se agrega, en el acusatorio, que también esas pruebas no vulneren derechos humanos.

El procedimiento acusatorio es exigente no sólo en la admisión y desahogo de los medios de prueba, sino que se ocupa desde la *obtención* del medio de prueba, precisamente porque aquí puede generarse una desventaja y desequilibrio entre las partes, principalmente

⁵² La jurisprudencia deriva del conocido caso Acteal ya citado en ese trabajo, en donde se declaró la ilicitud de pruebas obtenidas con violación a la privacidad e intimidad, dado que el ministerio público obtuvo fotografías de personas presentadas ante el ministerio público que no tenían el carácter de indiciados, sin solicitar autorización para dichas tomas y sin explicarles a los implicados los alcances y finalidades de las mismas, ya que se conformó un álbum fotográfico que se puso a la vista de testigos y quienes de ahí reconocieron a los supuestamente responsables de la matanza, determinando la Primera Sala de la SCJN que dichos reconocimientos estuvieron inducidos.

para el imputado. Dicha exigencia se justifica porque la función de la prueba, como lo señala Taruffo (2008) es ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente de acuerdo con los hechos de la causa, y no, recopilar historias contadas por algunas personas acerca de los hechos (p. 29), como es común en el procedimiento penal mixto.

En el cuadro 4 (C.4), una de las garantías secundarias que tiene correspondencia con esta parte, es el *rito y método legal en la formación de las pruebas*. Para iniciar, en un procedimiento acusatorio y oral, habrá prueba hasta la última etapa del procedimiento y sujeta a las siguientes condiciones:

- Que se incorpore en los términos de ley;
- Que no atente contra derechos fundamentales;
- Que sea inmediada por el juez; y
- Que quede sujeta a la contradicción de las partes.

La prueba se produce en la última etapa del procedimiento porque es ésta la etapa decisiva, no la primera –la de investigación– como sucede en el procedimiento mixto. En un procedimiento acusatorio, al inicio del procedimiento no se cuenta con prueba, sino con *dato de prueba*, que se traduce en la referencia al contenido de un medio de prueba aún no desahogado ante el juez. Posteriormente, en la etapa intermedia, se habla de *medio de prueba*, que es el instrumento o vehículo a través del cual se puede probar un extremo penalmente relevante (testimonial, pericial, documental); y, por último, en la etapa de juicio, se habla de *prueba* (lo que produce conocimiento cierto o probable), cuando se cumple con las condicionantes ya referidas. Estos niveles son así porque obedecen al *nivel cognoscitivo* del procedimiento, es decir, al inicio, no podemos tener ya un conocimiento cierto (ningún procedimiento puede ser así, pues entonces, para qué se necesitaría una etapa de ofrecimiento y desahogo de medios de prueba), sino que, conforme avanzan las etapas procesales va avanzando a la vez el nivel de conocimiento del *thema probandi*.

El hecho de que en el procedimiento mixto exista prueba desde el inicio de la investigación y que esa prueba sea útil para fundar la sentencia, ha generado desequilibrio procesal y obtención de pruebas que implican violaciones de derechos fundamentales,

principalmente, la prueba de confesión, en donde un indiciado es coaccionado (física o psicológicamente) para incriminarse; además, en muchas ocasiones no están asistidos de un defensor de oficio aunque la diligencia por escrito diga lo contrario, circunstancias estas, la coacción y la falta de defensor, que difícilmente puede lograr demostrar un imputado ante el juez por los controles formales de los que ya hablaba en otro apartado.

Por su parte, en el procedimiento acusatorio, tendrá el estándar de prueba únicamente la que se incorpora en presencia del juez durante la audiencia de juicio y queda sujeta a la contradicción de la defensa, existiendo prohibición expresa de que las diligencias y actividades de investigación del ministerio público no son prueba ni se pueden incorporar durante la audiencia de juicio a manera de documental, por escrito o por lectura. El artículo 20, apartado A, fracción III constitucional, señala que para los efectos de la sentencia *sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio*. Y el artículo 259 párrafo tercero, así como el 385 del Código Nacional de Procedimientos Penales, contienen la prohibición expresa de incorporar al juicio registros de la investigación, ni físicamente ni mediante su lectura. Entonces, ahora, el ministerio público no produce prueba por sí solo por la sencilla razón de que es parte procesal, de tal forma que deberá demostrar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona a través de los medios de prueba que incorpore en términos de ley y que no atenten contra derechos fundamentales, en presencia del juez y enfrentándose a la defensa. Si uno de los ejes rectores del nuevo procedimiento penal es el respeto a derechos humanos, entonces, se comprende que deba eliminarse la práctica viciosa de que el Estado conforme su propia prueba que no queda sometida a ningún control y me parece que el hecho de que la prueba se genere hasta al última etapa en presencia del juez, desincentiva al ministerio público o a la policía para obtener una confesión bajo coacción de cualquier tipo, pues a pesar de que un imputado confiese ante el ministerio público, si no confiesa ante el juez de juicio oral, entonces no habrá confesión.

La verdad *controlada*, que se refiere a la comprobación, verificación, contrastación de la prueba de la que se obtendrá la verdad, es posible en un procedimiento acusatorio por las garantías procesales primarias consistentes en: acusación, carga de la

prueba y defensa. La *acusación*, porque se refiere a la separación entre acusación y decisión, en donde el juez no debe tener ninguna atribución partiva que le permita ordenar la práctica de medios de prueba. La *carga de la prueba*, porque es el ministerio público quien tiene la obligación de demostrar la acusación, pero no de cualquier forma, sino a través de prueba lícita y legal desde su obtención hasta su desahogo ante al juez. Y la *defensa* porque el procedimiento debe permitir al imputado y su defensor ejercer el principio de contradicción en relación con cada uno de los medios de prueba que el fiscal presente para acreditar la acusación, de modo tal que así se logra verificar la autenticidad y veracidad o no del medio de prueba de que se trate. Afirmo que lo anterior constituye el rito y método legal en la formación de la prueba a la que Ferrajoli se refiere como garantía de segundo orden, necesaria para dar operatividad a las garantías primarias de acusación, carga de la prueba y defensa, mostradas en el cuadro 4 (C.4) de este capítulo.

La verdad *controlable* es a cargo de las partes y deriva del principio de contradicción, no sólo en sentido objetivo, sino, más bien, en la manera en cómo se prueba y cómo se refuta a través de interrogatorios directos y contrainterrogatorios.

A continuación, me voy a referir a cómo está presente tanto la verdad controlada como controlable en cada etapa del procedimiento penal acusatorio y oral.

En relación con la verdad *controlada* decía que el ministerio público tiene el deber de probar a partir de pruebas lícitas y legales. Prueba *lícita*⁵³ será la que es obtenida sin violación de derechos fundamentales. Prueba *legal*⁵⁴ será la que se incorpora en términos de ley. La ilicitud de una prueba se genera cada que para su obtención se viola un derecho humano y esto es algo común en un procedimiento penal, porque los actos y técnicas de investigación están en contacto con la esfera de derechos de los justiciables, por ejemplo, la práctica de cateos, que es necesaria para la recuperación de objetos relacionados con el delito o para la aprehensión de personas; la obtención de toma de muestras de fluidos

⁵³ Artículo 264, del Código Nacional de Procedimientos Penales: Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

⁵⁴ Artículo 357, del Código Nacional de Procedimientos Penales: La prueba no tendrá valor ... si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

corporales o filamentos pilosos, necesarias para confrontarlas con indicios encontrados en víctimas del delito; el aseguramiento y revisión de dispositivos electrónicos como celulares, computadoras, etcétera, necesarios para establecer los contactos o comunicaciones del indiciado ya sea con la víctima, testigos o coimputados; la obtención de fotografías para integrar álbum de indiciados, fichas decadactilares, etcétera; en donde en todas ellas el común denominador es afectar la privacidad e intimidad de las personas, ya sea porque el domicilio es inviolable y está protegido por la constitución, o porque dependiendo el tipo de muestra que se obtenga y el dictamen pericial que se requiera, se llegan a conocer aspectos íntimos de la persona con pruebas como de ADN o porque exista una intervención en las comunicaciones privadas del imputado.

Estos actos de investigación no están prohibidos, partiendo de la base de que ningún derecho humano es absoluto y todos pueden ser restringidos; pero para que la restricción no sea ilegal o arbitraria, deberá hacerse de conformidad a lo permitido por la propia Constitución y por la Convención Americana de Derechos Humanos, principalmente. Por ejemplo, la libertad es un derecho humano, cuya restricción se permite en el artículo 16 constitucional por la comisión de un delito (privación de la libertad por orden de aprehensión, flagrancia o caso urgente) y en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con la obligación de que cualquier persona detenida por un delito debe ser puesta sin demora a disposición de una autoridad judicial. La misma constitución que protege el domicilio, señala las condiciones y requisitos para que una autoridad ingrese a una propiedad privada; o también la protección de las comunicaciones privadas, las que pueden restringirse en términos del mismo artículo 16 párrafo trece constitucional. Así podría mencionar más derechos, pero baste estas referencias para darme a entender.

Si tales actos de investigación no están prohibidos y pueden restringirse estos derechos, entonces ¿qué se requiere para que no se conviertan en pruebas ilícitas? La constitución mandata en el artículo 20 apartado A fracción IX que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula. Por su parte, el artículo 263 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala que los datos y las pruebas deberán

ser *obtenidos*, producidos y reproducidos lícitamente. Como parte de la verdad *controlada*, el ministerio público es controlado y limitado para no abusar de un detenido ordenando en su persona diligencias que afecten su esfera de derechos y si el ministerio público tiene que realizar un cateo, obtener muestras de fluidos corporales o cabellos del indiciado, revisar sus dispositivos móviles o electrónicos o intervenir una comunicación privada, el procedimiento acusatorio le exige solicitar la autorización para la práctica de esas diligencias al órgano jurisdiccional, que recae en un juez con funciones de control, según artículo 16 constitucional párrafo catorce, pues es éste quien puede ordenar de manera inmediata medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial.

La constitución señala en el artículo y párrafo mencionado, que los poderes judiciales deberán contar con jueces de control, lo que significa una novedad en el procedimiento penal acusatorio. Los jueces con dicha función se encargan de *controlar* las actividades de investigación del ministerio público, pero sólo de aquellas en que para su práctica se afecten derechos fundamentales. El hecho de que ahora sea un órgano jurisdiccional quien autorice tales actividades de investigación, es en razón de que sólo así se evita un desbordamiento de poder por parte del ministerio público actuando como autoridad en contra del imputado en la primera etapa del procedimiento; el juez, es el único garante de los derechos y quien, de acuerdo a las razones que dé el ministerio público, así como de datos de prueba existentes y necesarios, analizará y ponderará si autoriza la afectación en la esfera de derechos del imputado a partir de lo que se conoce como el principio de proporcionalidad, pues bajo tal estándar, el juez determinará si la medida cautelar, técnica de investigación o providencia precautoria solicitada, es la *idónea*, esto es, la adecuada para el caso concreto, si es la *necesaria*, es decir, si sólo a través de la restricción o afectación en el derecho fundamental se logra un fin constitucionalmente legítimo (esclarecimiento de los hechos, por ejemplo), y por último, si es *proporcional* en sentido estricto, es decir, que la medida solicitada guarde relación y equilibrio con la conducta cometida y con el fin que se persigue. El principio de proporcionalidad es la técnica argumentativa a través de la cual se justifica la ponderación que previamente realiza

el juez, pues siempre que se afecte un derecho, se deberá ponderar si es necesario e idóneo y justificarlo, argumentativamente hablando, desde dicho principio de proporcionalidad.⁵⁵

De tal forma que se ordenará la afectación en un derecho, sólo si ésta se justifica. Las técnicas de investigación que requieren control judicial son: exhumación de cadáveres; órdenes de cateo; intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima y ofendido, se niegue a proporcionar la misma; y, el reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada (artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales). El único control judicial que ya existía era respecto a las solicitudes de cateos, para la toma de muestras puede estar presente una persona de confianza del examinado así como el defensor para el caso de que se trate del imputado y si es un menor de edad, siempre deberá estar acompañado de sus padres o quien ejerza su patria potestad.

Bajo estas condiciones, si en un procedimiento acusatorio el ministerio público obtiene datos de prueba que impliquen la afectación en la privacidad e intimidad de un imputado sin haber solicitado la autorización correspondiente, ya sea del imputado o, en caso de negativa de éste, del juez de control, entonces esa *prueba* será considerada como ilícita y declarada nula por el juez, así como también todo lo que derive de esa prueba se excluirá. Esto garantiza que el método de *obtención* de las pruebas sea lícito, es decir, respetando la esfera de derechos del imputado y si es prueba lícita pues entonces es válida para fundar la sentencia.

Hasta aquí lo relativo a la *obtención* de los medios de prueba que se genera en la etapa de investigación, y siguiendo con el tema de la verdad *controlada*, también está presente en la etapa intermedia del procedimiento que es la relativa al ofrecimiento y

⁵⁵ Artículo 270 párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales: el órgano jurisdiccional al resolver respecto de la solicitud del Ministerio Público, deberá tomar en consideración el principio de *proporcionalidad* y motivar la *necesidad* de la aplicación de dicha medida, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para la persona que habrá de ser examinada o para el imputado, que resulte igualmente eficaz e *idónea* para el fin que se persigue, *justificando* la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga.

admisión de medios de prueba. En esta etapa se va controlando la verdad que se pretende obtener en sentencia, precisamente en el momento de la admisión del medio de prueba, porque, por disposición legal, únicamente se admitirá como tal, a los medios de prueba conducentes, pertinentes y que no afecten derechos humanos, de lo contrario, se excluyen.⁵⁶

Por último, durante la audiencia de juicio, hay reglas para la incorporación de cada medio de prueba que de no respetarlas, el medio de prueba será excluido de la sentencia, de lo cual el juez deberá dar sus razones, sí, pero lo importante es resaltar que en esta parte está presente lo de la verdad *controlada*, ¿cómo? De la siguiente forma: En el juicio, o etapa de juicio oral, es en donde se desarrolla el debate entre las partes, que se conforma por alegato de apertura, incorporación de la prueba y alegato de clausura. Es en la segunda parte en donde se presenta la prueba, primero la de cargo, y de cada medio de prueba, de cada testigo, víctima, ofendido, perito, policía, debe darse la oportunidad a la contraparte – al defensor y al imputado–, de contrastar dicha prueba, es decir, de ejercer el principio de la contradicción. Ahora, las reglas de incorporación de una testimonial, es que el ministerio público interroge directamente a su testigo y al concluir, lo contrainterroga el defensor. Una testimonial se incorpora con el interrogatorio directo y de viva voz del testigo, nunca, a través de documentos o lectura en donde conste una declaración o registro previo en el que ese mismo testigo haya declarado.⁵⁷ Una pericial se incorpora con el interrogatorio directo del perito, nunca exhibiendo o ratificando el documento en el que plasmó su dictamen pericial, e igualmente, el perito se somete al contrainterrogatorio del defensor. Una prueba documental se incorpora exhibiéndola durante el juicio, indicando su origen y leyendo la parte que interesa. Una prueba material se incorpora demostrando la cadena de custodia para que el juez advierta el origen lícito y que esa evidencia física es la misma que se utilizó o se encontró en el lugar de los hechos. Las pruebas que cumplan con estas reglas son las únicas que el juez valorará para la emisión de la sentencia.

⁵⁶ Artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁵⁷ Artículo 371 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Forma parte también de la verdad *controlada* el hecho de que la prueba se produzca en un juicio público, de manera continua, con intermediación del juez y bajo el principio de contradicción de la contraparte.

Estas reglas controlan la entrada de la prueba al juicio y garantizan la igualdad entre las partes, tan sólo por el hecho de que cada testigo, investigador o perito, es interrogado directamente y en presencia del juez, de tal forma que el ministerio público prueba (verifica) sus hechos materia de la acusación bajo la intermediación del juez y confrontándose a la defensa.

Entonces, en esta última etapa del procedimiento –etapa de juicio oral–, la verdad *controlada* está presente con las reglas normativas que prohíben incorporar por escrito o por lectura, registros que den cuenta de actividades de investigación, dado que la regla general es que únicamente la prueba que se produce durante la audiencia de juicio, es lo que sirve para fundar la sentencia,⁵⁸ pero además, porque cada medio de prueba tiene reglas para su incorporación y debe ser en audiencia pública, con intermediación y contradicción, pues es un derecho del imputado el ser juzgado en audiencia pública, según el artículo 20, apartado B, fracción V, constitucional.

Por lo que respecta a la verdad *controlable* a cargo de las partes, también está presente en las tres etapas del nuevo procedimiento penal. En la etapa de investigación, a partir de que una persona es detenida (por flagrancia o caso urgente) o llamada a ser entrevistada porque está siendo investigada, a partir de ese momento no puede mantenerse en reserva la carpeta de investigación que contiene los datos de prueba que el imputado debe conocer para una adecuada defensa. El artículo 20.B.VI., constitucional, señala que el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle, y que antes de su primera comparecencia ante juez, podrá consultar dichos registros, momento a partir del

⁵⁸ Artículo 20 constitucional, apartado A, fracción III: Para efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Y artículo 259 párrafo cuarto: Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio...

cual *no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de investigación*. Además, contrario a lo que sucede con el procedimiento mixto, en el acusatorio el defensor debe solicitar la entrevista con el imputado antes de que éste rinda declaración ante el ministerio público,⁵⁹ pero además, consultar lo registros de investigación para una defensa adecuada, es decir, para asesorar adecuadamente al imputado. Esto es así en la constitución porque se relaciona con la verdad *controlable* a cargo de las partes, en este caso, del imputado, ya que su defensor está en posibilidades de consultar registros de investigación y de dialogar con el imputado, antes de que éste declare y, muy importante, el que a partir de ese momento no se pueden ocultar o mantener en reserva los registros de investigación, lo que significa un cambio importante, porque bajo el procedimiento penal mixto, el imputado no podía consultar la averiguación previa, ni obtener copias de las *pruebas* bajo el argumento de que la averiguación es reservada. Entonces, desde la etapa de investigación es *controlable* todo lo que el ministerio público haga en relación con el imputado, a partir de que éste es detenido o es llamado a declarar.

La verdad *controlable* en la etapa intermedia, ahora, como nunca antes, la admisión de los medios de prueba a cargo del juez la realiza previo *debate entre las partes*, es decir, el primero que oferta la prueba es el fiscal –por carga de la prueba–, tiene que seguir las reglas de ofrecimiento para cada medio de prueba (testimonial, pericial, documental, prueba material, audiovisual), pero además, señalar cuál es su *objeto de prueba* esto es, qué finalidad persigue con el ofrecimiento de la probanza, a efecto de que el juez tenga elementos para la admisión o no admisión, partiendo de si la prueba es conducente y pertinente.⁶⁰ Una vez que el fiscal ofrece el medio de prueba, se somete a la contradicción del defensor, quien, en su caso, aportará razones al juez señalando si la prueba es inconducente, o es impertinente, o sobreabundante, o, violatoria de derechos humanos, para enseguida resolver el juez si admite o si excluye tal medio de prueba, de tal forma que lo que se cuida es que no entren a la etapa de juicio oral elementos probatorios que no debe conocer el juez de juicio, ya porque están viciados en su origen, ya porque afectan derechos humanos, ya porque son inconducentes y esto es algo que el defensor debe

⁵⁹ Artículo 113, fracción IV y 125 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶⁰ Tomando en cuenta los criterios de exclusión de medios de prueba referidos en el artículo 346 ya citado.

hacer valer, de otra forma, difícilmente el juez puede conocer vicios en el ofrecimiento del medio de prueba.

Y en la etapa de juicio, la verdad *controlable* es a cargo de las partes precisamente con el interrogatorio y conainterrogatorio a cada órgano de prueba. El interrogatorio directo tiene la finalidad de que el ministerio público obtenga del testigo la información que se ajusta a su teoría del caso y que quiere que escuche el juez. El conainterrogatorio tiene la finalidad de descubrir insuficiencias, inconsistencias o contradicciones en ese mismo testigo o en descubrir aspectos que fueron ocultados por el fiscal, ello, para dar elementos al juez respecto de la valoración de ese testigo en específico. Es a través de un adecuado ejercicio de contradicción en que se conforma la prueba y en que se posibilita al juez la asignación de valor y eficacia probatoria. Para que esto cumpla su fin, deben emplearse reglas correspondientes a las de un interrogatorio directo, que difieren de las reglas del conainterrogatorio, de lo cual hablaré más adelante.

En conclusión, sostengo que cuando Ferrajoli habla de la verdad controlada y controlable, como rasgo característico de un proceso cognoscitivo, se refiere a lo antes dicho que sintetizo en los siguientes cuadros:

Cuadro 5 (C.5.) Verdad controlada en cada etapa del procedimiento

VERDAD CONTROLADA	
Etapa de investigación	Reglas de obtención de los datos de prueba, si afectan derechos fundamentales, deben ser ordenados por un juez de control. Reglas para someter a cadena de custodia los objetos e instrumentos relacionados con el delito.
Etapa intermedia	Sólo se puede probar con medios pertinentes, conducentes y que respeten derechos fundamentales.
Etapa de juicio oral	Prohibición de incorporar por escrito registros de investigación. Reglas de incorporación para cada medio de prueba. Incorporación de la prueba en audiencia pública, con inmediación y contradicción.

Cuadro 6 (C.6.) Verdad controlable en cada etapa del procedimiento

VERDAD CONTROLABLE	
Etapa de investigación	El imputado, antes de declarar, se entrevista con su defensor y consulta registros de investigación. No ocultar registros de investigación al imputado.
Etapa intermedia	Reglas de ofrecimiento de medios de prueba. Señalar el objeto de prueba. Admisión de pruebas previo debate de las partes.
Etapa de juicio oral	Ejercicio de contradicción con cada medio de prueba: Interrogatorio a cargo del ministerio público. Contrainterrogatorio a cargo del defensor.

4.2.2. Las pruebas en el procedimiento penal mixto y en el acusatorio y oral.

Forma parte de la verdad controlada y controlable, el cambio que el nuevo procedimiento penal muestra en los medios de prueba a desahogar, que si bien, tanto el procedimiento mixto como el acusatorio trabajan con el concepto de libertad probatoria (los hechos pueden ser probados por cualquier medio siempre y cuando no sea contrario a derecho –agregando el acusatorio: y que no sean violatorios de derechos humanos–), es cierto que siempre, invariablemente, las leyes procesales ofrecen un catálogo de medios de prueba que las partes litigantes pueden utilizar para probar sus posturas. Me parece importante referirme en este apartado a las diferencias en tales catálogos, porque son de tipo sustancial. Primero, las muestro en este cuadro:

Cuadro 7 (C.7.) Medios de prueba en procedimiento mixto y en el acusatorio

Pruebas en procedimiento mixto ⁶¹	Pruebas en procedimiento acusatorio ⁶²
Confesión	Prueba testimonial
Inspección y reconstrucción de hechos	Prueba pericial
Dictamen de peritos	Declaración del acusado
Declaración de testigos	Prueba documental y material
Confrontación	
Careos	
Documentos	

Ahora las explico.

Si nos damos cuenta, sólo hay coincidencia en tres medios de prueba (testimonial, pericial y documental), los restantes cuatro del procedimiento mixto no tienen cabida en el acusatorio. Observamos que en el mixto aparece en primer lugar la *confesión*, que consiste en la aceptación de hechos y de responsabilidad por parte del imputado; si encabeza el listado de los medios de prueba, desde el análisis de la sistemática jurídica, significa que es la prueba a la que se le da mayor importancia, aún y cuando se diga que la confesión ya no es considerada la reina de la prueba, lo cierto es que de facto se le da ese privilegiado lugar, por ello, en la etapa de investigación todos los esfuerzos se encaminan para que el imputado detenido confiese los hechos, lo que aseguraría, con otras dos o tres pruebas más que la fortalezcan, una sentencia de condena. Esa visión ha generado violación a derechos fundamentales cuando se coacciona a un imputado para declarar e incriminarse, pues, curiosamente, los imputados confiesan ante el ministerio público, y si después alegan que fueron objeto de coacciones físicas o psicológicas, difícilmente podrán probar si es que así fue.⁶³ Otro dato más en cuanto a la confesión: si se le denomina de esa forma es porque se

⁶¹ Tomadas del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

⁶² Tomadas del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶³ Hay casos conocidos en que a pesar de que la tortura se acredita, la sentencia de condena toma en cuenta dicha prueba, por ejemplo, el caso de Alfonso Martín del Campo Dodd, cuyo caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no hay una sentencia de fondo por cuestiones de competencia, pero sí, en los casos también ante dicho tribunal internacional de Cabrera García y Montiel Flores; García Cruz y Sánchez Silvestre; o las recientes decisiones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos de Hugo Sánchez Ramírez e Israel Arzate Meléndez. Consultables en www.scjn.gob.mx

toma como una prueba de responsabilidad, es decir, como prueba de cargo en contra del imputado, lo que significa que una declaración del imputado es en su propio perjuicio, incluso, si declara pero no acepta los hechos, se toma como *confesión calificada divisible* que no existe en las leyes procesales pero sí en la jurisprudencia.⁶⁴ En el procedimiento acusatorio existe la prueba, pero con otra denominación: *declaración del acusado*, bajo el concepto de que su declaración es una prueba de la defensa, una prueba del propio imputado pero nunca de la fiscalía, por eso de entrada no es *confesión*, sino *declaración* que dependiendo el contenido puede ser que el acusado se incrimine, pero esto será si así desea hacerlo. La *confesión* es una prueba que desde la primera etapa del procedimiento – investigación– se produce, mientras que la *declaración del acusado* se da sólo en la audiencia de juicio y la incorpora el defensor, no el ministerio público, precisamente porque no es prueba de cargo, sino de descargo.

En cuanto a la inspección y reconstrucción de hechos, no es un medio de prueba que aparezca en el listado del procedimiento acusatorio, porque difícilmente se va a necesitar de tal medio de prueba tomando en cuenta la forma en la que se desahoga el juicio y la manera en que se conforma la prueba. Una inspección tiene como finalidad que el juez aprecie directamente objetos, lugares o personas; en el procedimiento acusatorio no es necesario este medio de prueba por el principio de inmediación, es decir, si la prueba se produce hasta la etapa del juicio y en presencia del juez, entonces él tiene conocimiento directo de las personas que acuden al juicio, de los objetos que se incorporan como prueba (armas, objetos, ropas, etcétera) y del lugar del hecho a través de las fotografías o croquis ilustrativos que elaboran los peritos en donde éstos o los testigos, le van explicando al juez el lugar de los hechos o del hallazgo, de tal forma que el juez tiene el panorama claro de tales lugares. La reconstrucción de hechos es una prueba que debe desahogarse hasta el final de todos los medios de prueba y sólo si el juez lo considera necesario porque tiene dudas o confusiones, de tal forma que se reconstruyen las versiones contradictorias, ya sea del imputado y ofendido o del imputado y un testigo, por ejemplo, o, incluso, de dos

⁶⁴ **CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE.**- La confesión calificada con circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por cierto sólo lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia. Número de registro 904,079, Jurisprudencia de la Sexta época. Materia Penal. Primera Sala. Apéndice 2000, Tomo II, tesis 98, página 69.

imputados. Es una prueba que no tiene sentido porque, como lo dije, se reconstruyen las versiones que cada persona dio y el día de la reconstrucción se les lee la declaración en que consta su versión de los hechos y la van *representando* con la ayuda de monitores que hacen las veces de ofendido, testigos, etcétera. La reconstrucción de hechos difícilmente podrá ser necesaria en un procedimiento acusatorio, también tomando en cuenta la manera en que se conforma la prueba en la etapa de juicio y todo en presencia del juez, de tal forma que si éste tiene alguna duda, será derivado del inadecuado trabajo de las partes o de la insuficiencia de la prueba presentada, sin que una reconstrucción sea el medio a través del cual disipe tales dudas.

La confrontación es un medio de prueba en el procedimiento mixto que se utiliza únicamente en la etapa de investigación. Si el ministerio público tiene persona detenida, procede a la diligencia de confrontación a efecto de que el ofendido o los testigos reconozcan a dicha persona detenida. Es una prueba de responsabilidad que se utiliza cuando las víctimas o los testigos desconocen la identidad del sujeto activo del delito y sólo lo pueden reconocer por su fisonomía. Si el resultado de la confrontación es positivo, entonces el fiscal tiene prueba de responsabilidad, y el juez sólo verifica que se haya cumplido con los requisitos formales en su desahogo para asignarle valor probatorio. Este medio de prueba no será necesario en el acusatorio por el hecho de que las diligencias practicadas por el ministerio público no son prueba, de tal forma que si el ministerio público acusa a una persona ante el juez, es porque ya tiene prueba de responsabilidad sin que pueda incorporar alguna diligencia de reconocimiento o confrontación. Cabe decir que la obtención de este medio de prueba es dudoso, porque uno de los requisitos para la confronta, es colocar a la persona a reconocer en una línea con otras personas de similares características: edad, estatura, complexión, tez, color y forma de cabello, lo cual no siempre es posible, sin embargo, en las diligencias se asienta siempre como coincidencias.

Los careos son ociosos en un procedimiento acusatorio porque se respeta el principio de contradicción en su aspecto subjetivo al imputado, es decir, por la observancia a tal principio, el imputado tiene en todo momento el derecho de contrainterrogar a las personas que declaren en su contra, sin necesidad de contar con la autorización previa del

juez para ello. En un procedimiento mixto, el imputado o su defensor, tienen que ofrecer como medio de prueba la práctica del careo, tanto constitucional como procesal y si el juez lo admite se procede al desahogo, es decir, sólo si se admite como medio de prueba se puede desahogar, lo que no es necesario en el procedimiento acusatorio y esa es la razón por la que en la constitución desapareció como derecho del imputado el carearse con su acusador,⁶⁵ claro, porque se introdujo el principio de contradicción que es mucho más amplio.

Con todo lo anterior he demostrado qué significa una verdad controlada y una verdad controlable en el procedimiento acusatorio, porque la verdad que se declare en sentencia debe tener controles normativos para su adquisición a través de la prueba, y también se debe permitir a las partes controlarla al momento en que se produce, lo que dará elementos más confiables al juez para la valoración de la prueba, principalmente por el hecho de que en el procedimiento acusatorio el juez se convence de una verdad que tiene ante sus ojos porque ha presenciado el debate de las partes y verifica si un testigo, un perito, un documento, son dignos de credibilidad, si son verosímiles y si el análisis conjunto logra probar un extremo que forma parte de las posturas de las partes.

Como vimos, el nuevo procedimiento penal tiene reglas de obtención de medios de prueba y eliminó ciertas pruebas del mixto –tales como la confesión, la inspección, la confrontación–, mismas que se eliminan porque el ministerio público las trabajaba él solo en la etapa de investigación sin ningún control por parte del imputado y aún así servían para fundar la sentencia, cuando ahora, el procedimiento acusatorio da un trato de prueba sólo a lo que se incorpora en el momento del juicio. Lo anterior no significa que ahora un ministerio público no pueda hacer una inspección, un reconocimiento o entrevistar a un imputado, la gran diferencia, lo importante, es que ya no son considerados medios de prueba, sino diligencias de investigación que servirán para que el ministerio público esclarezca los hechos y determine si judicializa o no el hecho, pero nunca para fundar la

⁶⁵ El antiguo texto del artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IV, contemplaba como derecho del imputado: Cuando así lo solicite, será careado en presencia del juez, con quien deponga en su contra... Texto que actualmente ya no forma parte del catálogo de derechos, no porque se haya eliminado, sino porque no es necesario atendiendo al respeto y observancia del principio de contradicción del imputado.

sentencia. Esto, es demostrativo de la verdad controlada y controlable, es decir, basarse sólo en pruebas obtenidas lícitamente, con participación de ambas partes y que respeten derechos fundamentales. Si esto es así, entonces se cumple con la garantía procesal de verificación de la acusación y de refutación. Las dos últimas máximas a las que me referí desde el inicio de este capítulo.

4.3 El carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral

Con lo dicho hasta aquí, estoy en posibilidades de demostrar que el procedimiento penal acusatorio tiene un carácter epistemológico y no meramente intuitivo o subjetivo. Entiendo por carácter *epistemológico* un procedimiento que tiene una rigurosidad metodológica para lograr su propósito. El procedimiento penal tiene como finalidad el establecimiento de una verdad: la existencia de un delito, la responsabilidad de quien lo cometió y la pena correspondiente. Si la empresa es llegar a una verdad, entonces debe seguirse un método para ello. Si por método entendemos la serie de pasos ordenados a seguir para llegar a un objetivo, podríamos decir que el procedimiento mixto lo tiene, porque se deben agotar en total cinco etapas para llegar a la verdad declarada en sentencia. Sin embargo, el método no se reduce –o no debe reducirse– a sólo seguir una serie de pasos, porque eso es cumplir con una formalidad, sino que consiste en que la verdad a la que se llega esté sujeta a comprobación. Si bien es cierto, un procedimiento judicial no es una empresa científica en la que se tenga que aplicar el método científico, también cierto es que la finalidad es declarar una verdad, una verdad procesal que vincula a las partes y se convierte en norma jurídica individualizada, entonces, para que esa verdad se sostenga, para que esa verdad sea aceptable, debe contarse con un método riguroso para su obtención, lo más parecido a un método científico, en el que se contrastan teorías, se someten a comprobación y de su resultado se descartan o se confirman y generan una teoría, axioma, definición, primer principio, etcétera. Dice Gadamer (2001) que la única ciencia exacta y racional es la matemática (p. 309), pero eso no es óbice para no ser rigurosos en cualquier otro tipo de verdad de cualquier otro tipo de saber. El método que seguimos en los procedimientos judiciales es el inductivo que se complementa con el deductivo.

Como ya lo veíamos, Ferrajoli dice que la epistemología del procedimiento penal mixto es *decisionista*, porque se trata de una verdad sustancial y global fundada en valoraciones y sin ningún límite normativo en la adquisición de las pruebas de demostración, llegando a una verdad no vinculada, sino discrecional, porque el juez emite juicios de valor no refutables por la defensa (tales como lo relacionado con la gravedad del delito, la forma de ejecución, antecedentes delictivos del imputado...). En estos procedimientos, y esto lo digo yo, el juez llega a una verdad de la que se convence sin haberla verificado, porque lo único que verifica es que lo recabado en documentos cumpla con las formalidades y que lo asentado sea suficiente para concluir que se ha cometido un delito y que el acusado es el responsable, pero el juez no vio ni escuchó al testigo, el policía no le da cuenta directamente de la forma en que realizó su investigación y lo que ésta le aportó, el perito no le explica qué método siguió para sostener su conclusión y aunque el imputado le diga que fue coaccionado para confesar, aún así toma en cuenta su *confesión*.

También Ferrajoli dice que el procedimiento acusatorio es cognoscitivo porque hay una averiguación de la verdad procesal empíricamente controlable y controlada, en donde deben existir hipótesis de acusación que debe probarse bajo cánones como la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el *in dubio pro reo* y las garantías procesales (publicidad, inmediación, contradicción, continuidad).

En el procedimiento penal mixto, el ministerio público *arma* una averiguación previa, es decir, cronológicamente va integrando en un expediente las diligencias que desahoga y culmina con el comúnmente llamado *pliego de consignación* que técnicamente es la *determinación del ejercicio de la acción procesal penal*, en la que hace la imputación a una persona como responsable en la comisión de un determinado tipo penal. Llega al juez ese expediente de averiguación en el que analiza si las *pruebas* recabadas le permiten obsequiar una orden de aprehensión solicitada y emitir el auto de formal prisión, continúa el desahogo de medios de prueba y al llegar a la sentencia, el juez, nuevamente, revisa esas mismas pruebas de la averiguación previa, más las que se hayan desahogado durante la instrucción y así toma su decisión. En el procedimiento acusatorio, ya lo he dicho muchas veces, la prueba que funda la sentencia se produce hasta la etapa del juicio y el juez está

presenciado todo el desahogo así como la refutación que de cada prueba hace la defensa. En esta audiencia de juicio, el ministerio público, por carga de la prueba, presenta un alegato de apertura que se integra de los elementos fáctico, jurídico y probatorio, en el que expone qué hechos lleva ante el juez (recordemos que el juez de juicio no conoce de los hechos porque no intervino en las etapas anteriores, sino el juez de control), y qué va a probar, haciéndolo a partir de proposiciones fácticas, por ejemplo: 1. Cómo, cuando y en dónde sucedió el hecho (*Estos hechos sucedieron el 20 de octubre de 2013, a las 20:30 horas, en las esquinas de la Calle Corregidora y Juárez de esta ciudad*); 2. La calificación jurídica de los hechos (*estos hechos están tipificados por los artículos 182 fracción I en relación con el 183 fracción I del Código Penal*); 3. Circunstancias de ejecución (*el activo se apoderó ilícitamente de un bolso utilizando un cuchillo con el que amagó a la víctima*); 4. La responsabilidad del acusado (*Los testigos Fulano, Sutano y Merengano, hacen un señalamiento directo hacia el sujeto activo y fue encontrado entre sus ropas el objeto material del delito*); 5. La procedencia del tipo de pena (*solicito la pena de prisión y la reparación del daño por mil quinientos pesos*). Y además dice de qué forma va a demostrar tales proposiciones que describen los hechos (hace alusión general a los medios de prueba admitidos en etapa intermedia). De igual forma, el defensor presenta un alegato de apertura en el que fija su postura: o refutará la teoría del caso de la fiscalía o, presenta una postura propia que deberá de probar (por ejemplo, mientras el ministerio público se compromete a probar un homicidio calificado, el defensor se compromete a probar un homicidio en riña). Esas proposiciones del ministerio público son las *hipótesis acusatorias* que durante el juicio deberá probar ante el juez, utilizando únicamente los medios de prueba admitidos por el juez de control y sometiendo, cada medio de prueba, a la contradicción del defensor. De esta forma, el juez determina si el fiscal logró demostrar su hipótesis de acusación.

El principio de contradicción es la garantía procesal por excelencia, porque es a través de la misma en que las partes, en su caso el defensor, tiene la posibilidad de refutar la veracidad de la prueba del ministerio público, sometiendo a un riguroso conainterrogatorio al órgano de prueba de que se trate: ofendido, testigo, perito, policía de investigación. Esto se traduce en el principio del que habla Popper: falsacionismo

(racionalismo crítico). Popper (1972), dice que una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica y que la irrefutabilidad no es una virtud de una teoría, sino un vicio (p. 61). En este sentido, la “teoría” del ministerio público (su postura: Juan mató a Pedro con ventaja), en un procedimiento mixto es irrefutable, porque la *prueba* la conforma únicamente el ministerio público, él solo, en la etapa de investigación actuando como autoridad, de tal forma que llega ante el juez con prueba preestablecida, sin que esta prueba se refute durante la instrucción, porque si un testigo que declaró en etapa de investigación es llevado ante el juez, como ya lo decía, se desahoga una *ampliación* de declaración, en la que el testigo ratifica su declaración primigenia, además, si la *prueba* que consta en documentos cumple con las formalidades (nombre y firma de ministerio público y oficial secretario, sellos, rúbricas, folio, presencia del defensor, lectura de derechos a imputados, etcétera), pues entonces tiene valor probatorio pleno y contra eso no hay nada que hacer.

En el procedimiento acusatorio, en primer lugar, hay hipótesis acusatorias sujetas a demostración (hasta el juicio, en presencia del juez y confrontándose al defensor), lo que no permite uno mixto y, en segundo lugar, si hablamos de hipótesis acusatorias éstas, para que sean tales, deben quedar sujetas a la refutación de la que habla Popper y de esta manera establecer el juez la verdad, que consistirá en declarar si la hipótesis de acusación fue demostrada o no, resultado de un método de opuestos: dialéctico.

En un procedimiento como el penal, trabajamos con hechos del pasado, hechos que sucedieron y se extinguieron en su momento, de tal forma que su reconstrucción es a través de las proposiciones fácticas (enunciados que describen los hechos) que elabora el ministerio público y que quedan sujetas a la demostración a través de los medios de prueba, y éstos generalmente son personas, sí, seres humanos que tienen su propia ideología, cultura, escolaridad, grupo social al que pertenecen y, sobre todo, su subjetividad. Trabajar con personas es de suyo complicado, pero son ellos, los testigos presenciales, los que le pueden decir al juez lo que percibieron a través de sus sentidos, de tal forma que se debe tener cuidado y rigor al desahogar la prueba y al valorarla. En este punto también señala Popper (1972), que tratar de verificar una afirmación *histórica* significa siempre remontarse

a las fuentes, por regla general, a los informes de testigos presenciales (p. 46), y que no se pone a prueba la validez de la información, escuchando sólo a la fuente, al testigo, sino a través de un *examen crítico de lo que afirma* y de los mismos hechos afirmados (p. 48), que yo lo traduzco al ámbito del ejercicio del contradictorio, es decir, el contrainterrogatorio al que el defensor somete al testigo que previamente ha proporcionado la información que el fiscal ha obtenido a través de su interrogatorio directo. Es decir, no basta contar con la versión del testigo (que para el procedimiento mixto sí es suficiente y además lo plasma en un documento), sino que es necesario el examen crítico de lo que dice a través de la contrastación de la información que proporciona (en el procedimiento acusatorio, directamente ante el juez).

Cuando el fiscal hace su interrogatorio directo, pues obtiene del testigo la información que quiere que el juez escuche, pero cuando concluye e inicia el defensor a realizar la contraexaminación, resulta que el testigo ya no está tan seguro de lo que con toda seguridad le afirmó al ministerio público, o bien, el testigo sigue sosteniendo la misma información y es consistente con lo anteriormente declarado. Así, el contrainterrogatorio cumple su función.

De igual forma, Ferrajoli (2004) habla del principio del falsacionismo. Lo denomina *epistemología falsacionista* (p. 605), indicando que el juicio no debe estar basado en decisiones potestativas sino en la prueba empírica de hechos predeterminados; en el método acusatorio, el juicio se desarrolla con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la *verificación* y la *refutación*, asumiendo a esta epistemología falsacionista la verdad controlada por las partes en causa. Y que yo traduzco en que la *verdad* que presenta el ministerio público al interrogar a sus testigos, es contrastada, refutada, a través del principio de contradicción a cargo de la defensa.

Ahora, esa *verdad* o esa *teoría* que presenta el ministerio público, antes de ser contrastada, está sometida a verificación, porque no se trata de que el ministerio público solito (de soledad) obtenga y desahogue la prueba (en etapa de investigación), sin que al juez le conste directamente de qué forma la obtuvo y de qué forma la desahogó así como

también el que no fue sometida a ningún control por parte de la defensa, sino que ahora se trata de que el ministerio público lleve físicamente a los testigos ante el juez para que éstos le expliquen, al juez, lo que vieron y percibieron; que los policías no sólo rindan y firmen un informe de investigación, sino que le digan al juez qué actividades de investigación realizaron; que los peritos también le expliquen al juez qué peritaron, qué método siguieron y porqué llegan a determinadas conclusiones; que las pruebas materiales consistentes en objetos o instrumentos relacionado con el delito, se presenten ante el juez demostrando fehacientemente que dicho objeto es el mismo que el ubicado en el lugar de los hechos y que no ha sido alterado. Esto es *verificar* la postura ante quien va a decidir que es el juez, al único que hay que convencer de esa postura o teoría y el juez también verifica si el testigo se conduce con verdad o si es objetivo en su narración, al momento en que le contesta el conainterrogatorio al defensor; o verifica si el perito realizó adecuadamente su dictamen hasta que viene el control por parte del defensor. En mi experiencia puedo narrar innumerables casos en los que los testigos, peritos o policías, hacen una *adecuada* narrativa al contestar el interrogatorio directo del ministerio público, pero en cuanto entra el defensor, se ponen en evidencia las insuficiencias, inconsistencias o debilidades del órgano de prueba que más adelante detallaré, pero también puedo hablar de muchos casos en los que los testigos se sostienen aún siendo sometidos a conainterrogatorios rigurosos, lo que genera la confiabilidad en el dicho del testigo precisamente porque se ha sometido a una crítica rigurosa.

Coincido con Popper (1972) cuando sostiene que el criterio para establecer el status científico de una teoría es su refutabilidad o su testabilidad (p. 61), que sí tiene el procedimiento acusatorio pero no el mixto; éste último tiene un carácter más bien dogmático a lo que también se refiere Popper:

“...la actitud dogmática se halla claramente relacionada con la tendencia a verificar nuestras leyes y esquemas tratando de aplicarlos y confirmarlos, hasta el punto de pasar por alto las refutaciones; mientras que la actitud crítica es una disposición a cambiarlos, a someterlos a prueba, a refutarlos, si es posible. Esto sugiere que podemos identificar la actitud crítica con la actitud científica, y la actitud dogmática con la que hemos llamado pseudo científica.” (pp. 76-77).

El gran procesalista, Michele Taruffo, sostiene el carácter no epistémico del procedimiento acusatorio debido a que: 1) existen reglas de exclusión de pruebas (lo que limita el conocimiento); 2) por la prueba tasada (que limita al juez para valorar la prueba); 3) por el hecho de que la verdad se basa en testigos (la credibilidad o confiabilidad que puede o no tenerse en los atestes y el que no confía en el llamado interrogatorio cruzado de testigos al modo americano); y, 4) por el papel del juez (activo en el caso de las partes, versus, pasivo, es decir, el que se limita a controlar y dirigir el proceso, apostando Taruffo por el modelo de juez activo).

Por lo que respecta al primer punto, Taruffo dice que el procedimiento acusatorio no tiene un carácter epistemológico porque el conocimiento del juez está limitado, no es libre como el del científico, y está limitado porque hay pruebas que no pueden introducirse al procedimiento, justificando únicamente la no entrada de aquellas pruebas que violenten derechos fundamentales. Efectivamente, el juez está limitado en la obtención del conocimiento porque ciertas pruebas no pueden tener ese carácter, por ejemplo, cuando una persona tiene conocimiento de hechos delictivos, tiene la obligación legal de declarar, sin embargo, la ley no obliga a quienes están ligados con el imputado por parentesco o por ser cónyuges y podrán declarar sólo si es su deseo y voluntad hacerlo. También, están totalmente excluidos de declarar, las personas a quienes se protege por ética o secreto profesional, como el sacerdote, psicólogo, abogado, etcétera.⁶⁶ De igual forma, se excluyen los medios de prueba que violenten derechos fundamentales, los que no estén relacionados con los hechos y resulten inútiles para el esclarecimiento de los mismos, los que sean impertinentes, sobreabundantes e innecesarios (por referirse a hechos públicos y notorios o incontrovertidos).⁶⁷ A estos aspectos, Wróblewski (2003), les llama *categorías de inadmisibilidad de pruebas* y lo justifica, que me parece adecuado, por ser esencial para los principios del proceso. El autor citado dice que se pueden inadmitir pruebas cuando hay

⁶⁶ En el Código Nacional de Procedimientos Penales, se regula como *facultad de abstención* al tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, salvo que fueran denunciante (artículo 361) y como deber de *guardar secreto* a ministros religiosos, abogados, visitantes de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según la ley (artículo 362).

⁶⁷ Artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

conflictos entre la verdad material y otros valores como los de la persona, por ejemplo, cuando se obliga a declarar contra sí mismo a un imputado, cuando se coacciona a un testigo, o cuando se obliga a declarar a quienes les asiste el secreto por su profesión o servicio público de Estado (pp. 243-247).

Pero una cosa es estar limitado en la obtención de conocimiento y otra muy distinta que el juez no pueda obtener el conocimiento de los hechos; es una tarea mucho más difícil pero no imposible. Toda la prueba relevante, toda, es admitida a efecto de que las partes puedan probar sus posturas y si es prueba relevante, entonces servirá al juez para formar su convicción en cuanto a los hechos, sus circunstancias y responsables de un delito. Pero, ¿Qué es prueba relevante? Lo será aquella que sea pertinente (la adecuada al extremo a probar) y conduzca a demostrar hechos penalmente relevantes, esos hechos, son lo que se fijan en la vinculación a proceso porque ahí es en donde se fija la litis en materia penal, de acuerdo al quinto párrafo del artículo 19 constitucional.

Es importante resaltar que la ley no obliga a declarar a quienes estén ligados con el imputado por razones de parentesco o de relación de pareja, porque se pone en la balanza, por un lado, que se haga efectivo el *ius puniendi* del Estado, y por el otro, las relaciones de familia que en cualquier circunstancia deben protegerse, teniendo mayor peso estas últimas y el proceso se sacrifica en aras de conservar relaciones familiares sanas por bienestar social en general.

En cuanto al segundo punto que señala Taruffo, nuestro sistema no es de prueba tasada. El procedimiento mixto es de valoración mixta, es decir, algunos medios de prueba están tasados (documental, inspección y se fijan reglas para valorar testimonios y confesión) y otros son de libre apreciación judicial (pericial, careos, confrontación). En el procedimiento acusatorio, existe la libre valoración de la prueba por parte del juez y ningún medio de prueba está tasado, de tal forma que la afirmación de Taruffo en este aspecto es inaplicable.

El juez debe ser libre para valorar la prueba porque efectivamente, limita en su conocimiento el que el legislador de manera abstracta le indique cómo apreciar la prueba, cuando los elementos valorativos el juez los extrae de lo que observa y escucha de cada uno de los órganos de prueba y de las argumentaciones de las partes. La inmediación, oralidad, contradicción y continuidad, son elementos que permiten al juez un mejor ejercicio de apreciación de la prueba y con lo cual obtiene conocimiento, pues lo probado es el resultado de confirmar o verificar. El sistema de valoración de la prueba es un elemento necesario para el carácter epistémico del proceso, porque es la vía para obtener convicción o certeza sobre los hechos que interesan en el proceso y tenerlos por probados. Este sistema es el del procedimiento acusatorio: libre valoración.

La libre valoración no debe confundirse con íntima convicción, que también encuadra dentro de los tipos de libre valoración de la prueba, la diferencia es que en la íntima convicción (propia de jurados) no existen límites y quien resuelve no está obligado a dar las razones de su decisión; sin embargo, en la libre valoración lógica o de sana crítica, el juez es libre de apreciar la prueba pero debe observar los principios de la lógica, debe respetar los conocimientos científicos, recurrir a las máximas de la experiencias y hacer uso adecuado de las mismas, así como dejar constancia del ejercicio de valoración de todos y cada uno de los medios de prueba producidos, inclusive, de aquellos que no sean tomados en cuenta porque no generen convicción. En este ejercicio argumentativo, es en donde el juez plasma la forma en que se convence de los hechos y en donde justifica cómo da por probadas o no las hipótesis acusatorias.

En el tercer punto, Taruffo basa el carácter no epistémico del proceso acusatorio en el método para verificar la credibilidad y confiabilidad de los testigos a partir del llamado interrogatorio cruzado propio de sistemas adversariales. Sin embargo, es aquí en donde yo sostengo que deriva el carácter epistémico porque se refiere al principio de contradicción, al que llamo, el principio procesal por excelencia, pues en la empresa judicial, no tenemos otra más que servirnos de testigos para el conocimiento de los hechos pero es importante tomar en cuenta cómo evaluar la información proporcionada por estos, y el interrogatorio cruzado, es decir, el ejercicio de contradicción, aporta elementos

importantísimos al juez. Dice Andrés (2007) que el proceso acusatorio regido por el principio de contradicción, cuenta con una constante dimensión epistémica (p. 10). Veamos por qué.

Un hecho es vivenciado por una víctima que, si no se trata de un delito de homicidio, es la propia víctima quien relata al juez lo que vivió en su persona. Un hecho, es apreciado por testigos quienes reconstruirán al juez lo que pasó a partir de lo que percibieron antes, durante y después de los hechos. Un hecho es narrado por el acusado, dando su propia versión de lo que sucedió. Un hecho es reconstruido por peritos, que son profesionales o técnicos que tienen que ir ante el juez a darle cuenta de lo que peritaron y las conclusiones a las que llegaron demostrando las mismas partiendo de la teoría del caso del fiscal. Un hecho es esclarecido por la investigación que realiza un policía de investigación, que también es una persona que va a decirle al juez qué actividades realizó y cómo fue esclareciendo los hechos que constituyen la hipótesis acusatoria del ministerio público.

Esta es la realidad en un procedimiento penal: tenemos versiones en competencia (acusador y acusado), heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles; no contamos con información puramente objetiva, imparcial, completa.

Los órganos de prueba son personas; los peritos basan su dictamen en los conocimientos propios de la ciencia o técnica de que se trate; los policías, tienen que seguir técnicas de investigación para arribar a conclusiones, pero, los testigos y las víctimas son personas que no están sujetas a ningún protocolo para apreciar los hechos. Entonces, el juez se basa en personas para formar su convicción, claro, también habrá documentos o prueba material, pero el carácter probatorio fuerte en un caso penal radica en los testigos, peritos y policías. Como personas, cada quien capta su realidad y le imprime su propia interpretación tan sólo por el hecho de ser personas, somos subjetivos por el hecho de ser personas, y el carácter subjetivo está dado por condiciones como la educación, formación, medio social, etcétera, propio de esa persona. Un testigo analfabeta y otro que no lo sea, interpretan lo que perciben de modos diferentes.

Este es el material de trabajo del juez para llegar a una verdad legal, no hay más, entonces, ¿de qué forma o a través de qué método el juez puede confiar en la credibilidad de un testigo?, ¿cómo saber si el testigo miente o dice la verdad?, ¿cómo determinar hasta qué punto el testigo es objetivo o subjetivo? El juez es científico del Derecho, no es psicólogo ni nada por el estilo, ni confía en la sola actitud o lenguaje corporal de un testigo al momento de declarar: si vio a la izquierda o la derecha, si se sonrojó o no, si titubeo o no, si ve o no al oferente a la cara, porque todo eso está fuera de rigor metodológico. Entonces, el método de verificación es el interrogatorio cruzado del sistema adversarial: el principio de contradicción.

El interrogatorio cruzado es aquel en donde las partes son quienes interrogan directamente a los testigos bajo reglas específicas y el juez recibe la información sin que éste intervenga en el interrogatorio, sino exclusivamente para solicitar alguna aclaración o cuando la contraparte objeta la formulación de una pregunta por ser prohibida. Además, el oferente es quien realiza primero el interrogatorio (directo), posteriormente la contraparte realiza lo propio (contrainterrogatorio) y ambas partes tienen una segunda oportunidad de examinar (re-directo y re-contrainterrogatorio, respectivamente).

Este es el método que Taruffo critica. Dice que un primer método es en donde el juez es quien pregunta, pero lo rechaza porque el juez no conoce los hechos, entonces, qué es lo que puede preguntar. El segundo método es precisamente el cruzado y habla de una tercera posibilidad que no define concretamente: un método en donde las partes tengan un papel más amplio pero sin llegar al extremo de los norteamericanos tratando de eliminar los aspectos negativos de ambos modelos (¿!).

En cuanto al interrogatorio cruzado, esta es su postura: *“La examinación cruzada para lo que sirve es para deformar, esconder, destruir el testimonio contrario y, como se dijo, máxime si se sabe que dijo la verdad, particularmente porque estamos en un proceso de contraposición entre dos abogados, por lo que, francamente, ninguno está detrás de la búsqueda de la verdad.”* (Taruffo, 2012. p. 66).

Dice que la examinación cruzada deforma y destruye el testimonio contrario, porque los manuales de pruebas es lo que dicen al referirse al contrainterrogatorio: “*el objetivo es destruir la credibilidad de la prueba del adversario sobre todo si sabes que dijo la verdad*” (p. 66). Me parece que esto debe matizarse como es.

El interrogatorio directo lo realiza en primer término el oferente de la prueba; consiste en obtener de su testigo la información que éste sabe y que es conforme a la teoría del caso del oferente (Fiscal principalmente por la carga de probar). Este interrogatorio directo es estricto en su formulación porque las mismas leyes dicen cuáles son las preguntas prohibidas, es decir, las que no deben hacerse, por ejemplo, la pregunta sugestiva, la capciosa, incidiosa, confusa, ambigua, argumentativa o conclusiva. Generalmente se trabaja con pregunta abierta, por ejemplo: ¿Qué hizo el día 31 de marzo a las 13:30 horas?, ¿A qué distancia se encontraba de María?, ¿qué fue lo que sucedió?

Una vez que concluye el interrogatorio directo, corresponde a la contraparte formular preguntas, que por supuesto no tienen la misma intención que las del oferente, ni tampoco debe seguir las mismas reglas porque aquí quien pregunta no está trabajando con *su* testigo sino con el testigo de la contraria. Un contrainterrogatorio busca verificar si el testigo se conduce con verdad, busca sacar a la luz otros elementos importantes que quizá el ministerio público no obtuvo porque no son acordes a su postura. El contrainterrogatorio es un elemento para el carácter epistémico del proceso muy importante, porque de esta forma se contrasta la teoría de quien acusa, y tiene una doble finalidad: o el testigo se sostiene en todo, o el testigo se derrumba precisamente porque no dice la verdad o porque, si bien no miente, en realidad su apreciación de los hechos no fue directa sino de referencia. Todo esto lo logra conocer el juez a partir de un adecuado ejercicio del contrainterrogatorio. Es falso que un contraexamen tenga la finalidad de destruir, si bien es el propósito de la defensa, se logrará si el fiscal presenta un testigo falso. Es el ejercicio del falsacionismo del que hablaba supra al que se refieren tanto Popper como Ferrajoli ya citados y es también el carácter dialéctico –la existencia de opuestos–, como método de convencimiento del juez.

Ahora, el contraexamen tiene otras reglas, una de ellas es que se permite la pregunta sugestiva (la que sugiere la respuesta ,es afirmativa y extraída de datos existentes: usted estuvo en el momento de los hechos; usted vio los hechos a 50 metros de distancia; usted vio que no había luz artificial en el lugar de los hechos...), precisamente por el hecho de que quien contraexamina está trabajando con un testigo hostil a su postura, pero sólo de esta forma se podrá verificar la veracidad del testimonio, dado que repetir un interrogatorio directo sólo abonaría información. Ahora bien, es cierto que podemos encontrar un defensor muy habilidoso que gracias a su experiencia en contrainterrogar logre hacer que un testigo titubee, precisamente para estos casos es que el oferente de la prueba tiene una segunda oportunidad de interrogar a *su* testigo, con la finalidad de rehabilitarlo, si es que el testigo no está alterando la realidad y su reacción se debe al bombardeo del defensor con el contrainterrogatorio (aunque esto es claramente advertido por el juez). De igual forma, por principio de contradicción y de igualdad, si el oferente tiene una segunda oportunidad, pues entonces también la deberá tener el defensor y realizar un recontrainterrogatorio. Estos últimos también tienen reglas: el re-directo versa únicamente sobre la información que se proporcionó en el contrainterrogatorio y el re-contrainterrogatorio versa sólo sobre lo que se contestó en el re-directo, precisamente porque tienen la finalidad de rehabilitar al testigo o confirmar la información del contraexamen.

No veo porqué no confiar en este método, la práctica que tengo desahogando más de novecientas audiencias (140 aproximadamente de juicio), me hacen afirmar la confiabilidad que existe en el interrogatorio cruzado. En estos distintos casos he visto cómo, gracias al contrainterrogatorio, detecté prueba ilícita, no otorgué valor probatorio a un dictamen pericial o confirmé la confianza en el dicho de un testigo. No es mi intención narrar todos los casos, sólo de manera ejemplificativa, en el caso judicial número 71/2008,⁶⁸ un perito en materia de patología forense expuso magistralmente su dictamen, explicó y detalló el método a seguir, demostró la conclusión a la que llegó y no parecía generar incertidumbre alguna cuando el fiscal concluyó el interrogatorio. Sin embargo, cuando el defensor inició el contrainterrogatorio, le preguntó si se había respetado la cadena

⁶⁸ Me refiero a casos judiciales con sentencia ejecutoriada, del Juzgado Primero de Primera Instancia Especializado en Justicia para Adolescentes.

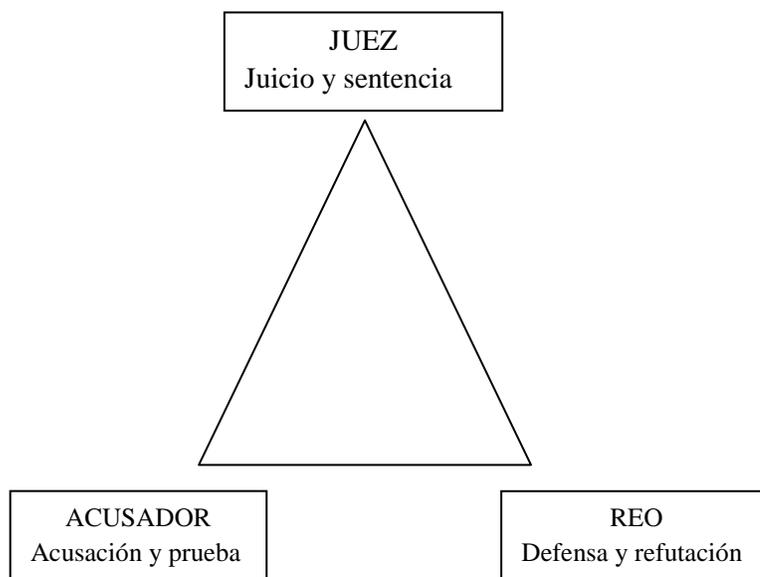
de custodia, el perito respondió afirmativamente, cuestiona nuevamente el defensor si él había tomado la muestra al imputado para su posterior análisis, a lo que contestó en sentido negativo afirmando desconocer quién había tomado la muestra. La muestra consistía en la obtención de filamentos pilosos de área púbica de un adolescente, sin que el fiscal demostrara el procedimiento que siguió para la obtención de la muestra y quién la había tomado. Ese dictamen, del que no podemos alegar su falsedad y sí su consistencia científica, no fue tomado en cuenta en la sentencia porque la obtención de la muestra fue ilícita y no se respetó cadena de custodia, elementos que conocí sólo a través del contrainterrogatorio. Como se ve, la idea del defensor en este caso no fue *destruir* al perito, sino proporcionar al juez elementos para la valoración de la prueba. En el caso judicial 63/2008, un perito incorporó su dictamen en el que asignó un determinado valor a un vehículo (en un delito de robo), basándose en su estado y uso de conservación y que el automóvil era eléctrico. Excelente interrogatorio directo. En el contrainterrogatorio, el defensor preguntó al perito si servía el aire acondicionado, si funcionaban los vidrios eléctricos, si el motor encendió a la primera, etcétera, contestando el perito desconocer dichas circunstancias para terminar diciendo que nunca abrió el coche, que incluso, nunca tuvo las llaves. Entonces, cómo podemos creer en el valor que le asignó si para ello se basó en las condiciones mecánicas y de uso en que se encontraba pero en realidad nunca las verificó, advirtiéndose su dictamen subjetivo y parcial. En otro caso, el 107/2011, el fiscal presenta un homicidio calificado y la postura de la defensa era la de un homicidio en riña. Viene una testigo presencial muy importante, es interrogada por el fiscal y posteriormente por el defensor. En el contrainterrogatorio, el defensor, cada que preguntaba, utilizaba la palabra *riña*. El fiscal lo detecta y solicita re-directo para rehabilitar a la testigo en el sentido de que quien habla de *riña* es el defensor pero no la testigo, y le pregunta si conoce la figura jurídica de la riña y sus elementos, a lo que la ateste contesta en sentido negativo. Con eso, nos cercioramos que la ateste nunca habló de riña. Sin embargo, el defensor solicita re-contrainterrogatorio y le pregunta a la testigo qué es lo que entiende por riña, respondiendo la testigo que es un pleito de todos contra todos. Aquí se confirma entonces que la testigo, efectivamente, se estuvo refiriendo a una riña. De igual forma, puedo hablar de innumerables casos en donde a pesar del contrainterrogatorio del defensor, el testigo se

sigue sosteniendo en su dicho o incluso lo confirma con otros elementos obtenidos por la defensa.

Decía antes: si se presenta sólo la postura –la teoría–, de quien acusa sin que cuente con un estricto control de la contraparte, podemos llegar a confirmar verdades de Estado. Como afirma Ferrajoli (2004), la principal condición epistemológica de la prueba, es la refutabilidad de la hipótesis acusatoria (p. 613) y el interrogatorio cruzado es la forma de refutarla, de contradecirla, de corroborar la veracidad de la prueba, mucho más, en tratándose de testigos.

Por otro lado y siguiendo con la cita de Taruffo, cuestiona que el juez en este sistema de interrogatorio cruzado, es un simple espectador que nada más asiste, funge como un árbitro y sólo interviene ante la objeción de la contraparte. Cierto, pero esto es porque ese es el papel que le corresponde al juez, lo cual no significa, como sostiene Taruffo, que las partes disponen y pueden hacer cualquier cosa, claro que no. El juez controla y dirige el debate, efectivamente, interviene sólo si se objeta una pregunta, porque el juez debe ser imparcial y no tiene porqué formular las preguntas si el caso es de las partes y quien más conoce el caso pues son precisamente los adversarios. Ahora, si un juez advierte que hay demasiadas preguntas prohibidas sin que la contraparte objete, quizá por desconocimiento, eso no significa que el juez no haga nada: llamará la atención de las partes para que se ciñan a las reglas de un interrogatorio y contrainterrogatorio, advirtiéndoles sobre el riesgo que corren de que se afecte la valoración de la prueba. El hecho de que el juez respete el caso de las partes, no lo convierte en un monigote que únicamente *presencie* la audiencia, por el contrario, el juez debe realizar un ejercicio real de *inmediación* de la prueba y dar sus razones sobre tales aspectos al momento de sentenciar. Ferrajoli (2004) nos recuerda la relación triangular en el proceso, tanto sus actores: 1) acusador; 2) reo; y, c) juez, como las funciones que les corresponden respectivamente: a) acusación y prueba; b) defensa y refutación; c) juicio y sentencia (p. 674).

Figura 2 (F.2). Figura triangular con actores y funciones



Otro aspecto de Taruffo, es que sostiene que el interrogatorio cruzado no tiene un carácter epistémico, es decir, de búsqueda de la verdad, porque los abogados que representan a las partes no tienen dicha finalidad, sino la de acreditar lo que cada uno dice. Aquí coincido con Taruffo. Efectivamente, los adversarios no tienen como fin la búsqueda de la verdad, porque esa es la teleología pero del proceso y lo que el juez debe llegar a establecer en la sentencia basándose en el trabajo de las partes. Pero esto tampoco significa que las partes alteren la realidad o alteren la *verdad*, me parece que esto sería difícil en un hecho de naturaleza penal, en donde los hechos, indicios, evidencia nos hablan o nos aproximan a lo que sucedió. Un defensor podrá decir que el imputado no es el responsable, pero si existen señalamientos creíbles en su contra y elementos científicos que lo incriminan, así nos lleve a testigos que digan que lo vieron en otro lugar al momento de los hechos, no tendrán credibilidad. Un ofendido podrá decir que lo golpearon hasta el cansancio, pero si la revisión médica únicamente arroja lesiones leves, esto es lo que se acredita porque es lo más aproximado a la verdad, y digo *aproximado* o *verdad aproximativa* porque sabemos que nunca podemos encontrar la verdad absoluta.

El último de los puntos en los que Taruffo se basa para negar el carácter epistémico del proceso acusatorio, es por el papel del juez de este sistema, al que concibe como un juez pasivo, versus, el juez activo, apostando Taruffo por éste último.

El juez pasivo es el que se limita a controlar y dirigir el proceso, mientras que el juez activo es el que busca la verdad, el que interviene en el caso de las partes, porque, como los contrarios no tienen el fin de la búsqueda de la verdad, el juez sí y debe encontrarla. Sostiene Taruffo (2012): *“El juez debe tener poderes de instrucción autónomos que pueda utilizar en todas las ocasiones en las cuales las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para llegar a un juicio, es decir, se trata de un perfil activo en la función instructora del juez que corresponda justamente a la función epistémica del proceso”* (p. 68). *“Desde el punto de vista epistemológico es necesario que el juez disponga de poderes, de iniciativas instructoras que pueda utilizar en cada ocasión en la cual la iniciativa de las partes no le ofreció los instrumentos de conocimiento necesarios para llegar a la averiguación de los hechos”* (p. 70). Perdón Taruffo, pero ¡NO! Dice que va en contra de la epistemología el que un científico adquiriera elementos de conocimiento únicamente de lo que le ofrecen los terceros, cuando lo que él debe hacer es ir en búsqueda de lo que le sirve para el descubrimiento de la verdad. Sí, un científico, pero el juez no quiere descubrir ciencia nueva.

Por un lado, Taruffo rechaza el sistema inquisitorial pero no lo comprendo cuando apuesta por la figura de un juez activo como el ya descrito, dado que esas funciones únicamente tienen correspondencia en un procedimiento inquisitorial, en donde el juez indaga, busca, acusa y juzga, es decir, es juez y parte. En un Estado Democrático, el juez, que representa al Estado en su función de impartir justicia, es el tercero ajeno a las partes, ajeno al conflicto, que debe dirimir la controversia y para que su actuación sea imparcial, requiere de objetividad. La objetividad se logra cuando no interviene en el caso indagando, ordenando pruebas oficiosamente, interrogando directamente a los testigos de las partes; debe mantenerse distante de estos para que su actuación sea imparcial que es un derecho del justiciable, todo justiciable reclama, exige y merece un juez competente e imparcial, por ello, se revisan presupuestos competenciales, tanto objetivos (territorio, grado, cuantía)

como subjetivos (amistad o parentesco con las partes, etcétera). El juez no debe ser juez y parte, por eso, es importante mantener la relación triangular tantas veces referida y para lograr el conocido *sine ira et studio*. Uno de los derechos que conforman el debido proceso, consiste en el juez imparcial, así lo dice el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el debido proceso: toda persona tiene derecho a ser oída por un juez competente, independiente e imparcial.

Ahora, el juez del sistema acusatorio, es un tercero ajeno, distante de las partes por razones de imparcialidad, pero eso no significa que las partes dispongan libremente del proceso, sino que el juez tiene poderes negativos, es decir, de control, no de acción; el juez está para juzgar, no para debatir con las partes y una decisión justa se logra si el juez es el tercero ajeno al conflicto. Si se cree que el juez sólo tiene un rol de árbitro pasivo, como lo concibe Taruffo, entonces no se espera que el juez establezca la verdad de los hechos, como él mismo lo afirma; no se trata de una libre competencia entre las partes en donde el juez parece árbitro deportivo, gana el más hábil o el más fuerte, no aquel que tenga razón sobre la base de los hechos y de las reglas del derecho. Pero el juez del sistema acusatorio gobierna el proceso y además es el garante de la correcta aplicación de la ley, tiene la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos, y ello es así porque se constituye en los criterios en los cuales el juez formula su decisión. En esta perspectiva, del juez imparcial y garante, es de donde se espera una decisión justa que es condicionante para un debido proceso.

Estos puntos señalados de Michele Taruffo, tienen como común denominador la *verdad* o la *búsqueda de la verdad*, partiendo de la base de que un procedimiento tiene ese fin, entonces, según el procesalista italiano, para alcanzarla, el juez debe tener poderes activos en el caso de las partes e indagar directamente, debe buscarse una forma de obtener información de los testigos que no sea ni el interrogatorio por parte del juez ni tampoco el interrogatorio cruzado y debe eliminarse lo más posible la exclusión de medios de prueba porque ello limita la obtención de conocimiento. Sin embargo, en un procedimiento acusatorio y adversarial, el juez es pasivo, no porque no haga nada, sino porque no tiene funciones partivas, pero sí gobierna y controla a las partes en el proceso, verifica la calidad

de la información que le proporcionan los litigantes y tiene que basarse en la prueba de cargo válida y además lícita, de lo contrario, ninguna resolución puede preciarse de ser justa. Sostiene Taruffo (2012): "...existen buenas razones para considerar que el proceso acusatorio puro es anti-epistémico, es decir, que no está estructurado de forma tal como para permitir la averiguación, la búsqueda o el encuentro de la verdad, puede, a lo mejor, permitir todas las otras bellezas que uno se puede imaginar pero no es el instrumento para la búsqueda de la verdad." (p. 67).

Pero en el tema de la *verdad* me parece que hoy tenemos una nueva ideología constitucional en la materia penal. De siempre se ha hablado de dos tipos de procedimiento: a) el que tiene como fin la resolución de los conflictos de manera efectiva (propio del derecho civil), en razón de que el conflicto se da entre particulares; y, b) el que tiene como fin la búsqueda de la verdad histórica (el derecho penal), en donde interviene el Estado como representante de la sociedad que ha sido ofendida en general con la conducta delictiva. Este fin de búsqueda de la verdad en la materia penal se originó con el sistema inquisitorial, como ya antes lo mencioné, y a pesar de que transitamos a un procedimiento mixto, del inquisitorial se conservó la función de acusación por parte del Estado como representante social y el legitimado para hacer efectivo el *ius puniendi*.

Indudablemente hoy tenemos una ideología constitucional distinta en este rubro, de ahí que no se justifique seguir con el discurso de búsqueda de la verdad. Es obvio que en cualquier tipo de procedimiento, ya civil, ya penal, la sentencia del juez constituye una verdad legal coactiva, pero el resultado para dirimir la controversia no debemos verlo como el fin teleológico del procedimiento penal. Por la naturaleza de la materia penal: comisión de un delito y todas sus circunstancias, los hechos que deben darse por probados son de gran complejidad, existen casos en los que no hay testigos presenciales, por ejemplo, un homicidio que se da en el interior de un domicilio en donde sólo estuvieron presentes víctima y victimario o también los delitos de índole sexual en donde sólo se cuenta con la versión de la víctima, casos en los que se decide a partir de la llamada prueba circunstancial que sea suficiente para determinar con certeza la existencia del delito y la responsabilidad de una persona, o casos en donde, aún teniendo prueba directa, se trata de tipos penales con

elementos subjetivos (dolo, engaño, ánimo de dominio...) que es posible conocerlos si el imputado los expresara y los tipos penales con elementos valorativos para el juez (infringir un deber de cuidado, castidad, honestidad, salud pública, daño grave...). Todas estas problemáticas nos limitan para conocer lo que verdaderamente pasó a detalle y entonces con lo que contamos es con las versiones que describen lo que sucedió desde el punto de vista de la acusación y de la defensa, lo que aporta la investigación, lo que arrojan los dictámenes periciales y esta es la realidad de un escenario penal, aquí también hay versiones en competencia que deben verificarse y cuando el juez emite su sentencia, nadie puede sostener que descubrió la *verdad*. Autores de esta nueva corriente de pensamiento, indican que un procedimiento penal, más que búsqueda de la verdad, trata de una cuestión de tipo estratégico, sin que con esto se quiera decir que se diseña toda una falsedad para presentarla como verdad. Baytelman y Duce (2008), afirman que: “...*resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos y esa es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba la información –real– que la prueba contiene y cómo estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente.*” (p. 81).

Decía que hoy tenemos una ideología constitucional diferente en cuanto a la verdad en la materia penal y una muestra de ello es que esta visión estratégica de las partes se plasma en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando dice que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral,⁶⁹ obvio, a cargo de las partes litigantes, y también cuando señala que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.⁷⁰

También, esta nueva ideología en cuanto al fin del proceso penal, está claramente normativizada en el artículo 20, apartado A, fracción I, al precisar la constitución cuál es el objeto del proceso penal: el *esclarecimiento de los hechos*, proteger al inocente, *procurar*

⁶⁹ Artículo 20. A. IV, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁰ Artículo 20. A. V, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Nada nos dice sobre la búsqueda de la verdad, sino más bien, esclarecer los hechos.

Hoy esta ideología nos habla de que el procedimiento penal –y no sólo el civil– tiene como finalidad la composición de intereses, esto es, resolver el conflicto de manera efectiva, partiendo de que el objeto del proceso penal es reparar el daño causado. Así, a partir del 18 de junio de 2008, la constitución nos habló de nuevas formas de proceder para resolución de los conflictos, al incorporar en el artículo que consagra la tutela jurisdiccional efectiva –artículo 17– los mecanismos alternos: *las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

Impensable era, bajo un procedimiento inquisitorial o mixto, que el Ministerio Público dejara de ejercitar la acción penal, pero hoy, bajo esta nueva ideología, la constitución permite que el ministerio público aplique criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal en los supuestos y condiciones que fije la ley (artículo 21 párrafo séptimo). Igual de impensable era que un procedimiento concluyera con una sentencia a pesar de no agotar todas las etapas del procedimiento ordinario, ofreciendo a cambio de ello, beneficios a un acusado si éste acepta su responsabilidad en los hechos. Ello hoy será posible porque la constitución lo permite en el artículo 20, apartado A, fracción VII, en donde se regulan los procedimientos de terminación anticipada.

Y por último, esta nueva ideología se plasma al permitir que un particular pueda ejercitar la acción penal directamente ante un juez y que es precisamente la acción penal por particular (artículo 21, párrafo segundo constitucional).

Lo anterior es demostrativo de que tenemos que alejarnos de las concepciones propias del sistema inquisitorial partiendo desde el objeto y fin del proceso penal: éste no es más ya la búsqueda de la verdad que faculta al juez a obtener conocimiento *motu proprio*, sino que es el esclarecimiento de los hechos y resolver los conflictos de manera efectiva, en donde el juez competente e imparcial, pone fin a una controversia penal, ya a través de una

sentencia en procedimiento ordinario o abreviado, ya a través de sancionar un mecanismo de solución al que llegaron las partes de común acuerdo, lo que se traducirá en una verdad legal, pues dice Ferrajoli (2004): “...el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos, a través de la garantía de la verdad – una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones– frente al abuso y el error”. (p. 546).

Entonces, la epistemología del proceso está dada por:

- La forma en que se verifica y se refuta la prueba, como condición del cumplimiento de las garantías de acusación y prueba.
- La prueba con la que verifique los hechos el ministerio público ante el juez, debe ser legal y legítima.
- Esa prueba está sujeta a controles en todas las etapas del procedimiento, tanto de límites normativos, como actividad a cargo de las partes: verdad controlada y controlable.
- Por las reglas que han de observarse para la obtención, ofrecimiento e incorporación de la prueba.
- Porque solo es prueba la que produce en la fase del juicio, que respete derechos fundamentales y quede sujeta a la contradicción del imputado.
- Porque a través de la refutación se verifica la credibilidad y autenticidad de la prueba.
- Porque la inmediación, oralidad, contradicción y continuidad, son principios procesales que permiten al juez un mejor ejercicio de apreciación de la prueba para la obtención de conocimiento.
- Cada órgano de prueba es sujeto a un examen crítico.
- Por la existencia de reglas específicas tanto para interrogatorio como para contrainterrogatorio.
- Por el sistema de libre valoración de la prueba por parte del juez, con límites de sana crítica.
- Por la presencia de garantías orgánicas que permiten un juez imparcial e independiente.

Todo lo anterior es el contenido del concepto de procedimiento acusatorio que Ferrajoli (2004) define como: “...*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 compete 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*” (p. 564).⁷¹

⁷¹ Lo único que modifiqué de este concepto, es “intima convicción” por “sana crítica”, porque es el sistema de valoración libre y lógica de nuestro procedimiento penal.

5. EL CARÁCTER EPISTEMOLÓGICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO Y ORAL.

Todo el procedimiento penal acusatorio y oral tiene un carácter epistemológico incluida, por supuesto, la sentencia; aquí es en donde se refleja esa rigurosidad que se requiere para que la verdad legal coactiva que establece la sentencia sea razonablemente sostenida, de ahí que exige: rigor en el proceder para llegar hasta ese momento y rigor en su emisión. Del primer punto, del rigor en el proceso, ya me he ocupado. En este apartado trato lo relativo al rigor de la sentencia, que necesita como condicionante el primer aspecto.

En primer término, es importante revisar cómo se emite la sentencia en un procedimiento penal mixto, al final, también es una verdad legal. Una sentencia de este tipo de procedimiento, se basa en la prueba que recabó el Ministerio público en la etapa de investigación, prueba que no vio ni presenció el juez (ni sus auxiliares), porque era en etapa pre-procesal, actuando el ministerio público como autoridad. Esas pruebas, al ser las primeramente recabadas, tienen un importante valor probatorio y el juez las conoce porque constan en documentales públicas al formar parte de la averiguación previa que posteriormente se convierte en el expediente. Cuando se han agotado todas las etapas procesales y se declara visto el proceso, el juez está preparado para emitir la sentencia, basándose en la lectura y análisis de prueba por prueba que cronológicamente conforma el expediente; analiza si cada medio de prueba cumple con las exigencias legales y si es así, concede valor probatorio, determina si la prueba es suficiente para generarle la convicción de la existencia de un tipo penal determinado así como la responsabilidad del acusado. De lo anterior se sigue que el juez conoce los hechos a través de la prueba que consta por escrito y de ahí toma su decisión: condena o absolución. Esta forma de sentenciar es cuestionable desde el punto de vista de que el juez se *convence* de una *verdad* que *no verificó* sino sólo a través de la revisión del cumplimiento de requisitos legales formales: si la actuación está firmada, sellada, etc., si el testigo fue protestado, si al imputado que confesó se le dieron a conocer sus derechos y si estaba asistido de defensor, si una diligencia de confrontación cumplió con los requisitos de forma exigidos por la ley, y así,

pero el juez, no vio ni conoció al testigo, no escuchó directamente de él la información relacionada con los hechos, no verificó si el testigo se llama de la forma que dice el ministerio público, y si realmente dicho testigo existe, y no lo digo por el hecho de que el sistema mixto no permite cumplir con la inmediación, sino por el hecho de que la *prueba* la recabó el ministerio público en la etapa de investigación, esto es, la *prueba* se desahogó ante el ministerio público y no ante el juez. Algunos, pero sólo algunos, de esos testigos podrán ser llamados a ampliar su declaración ante el juez, pero aún así, su declaración ministerial sirve para fundar la sentencia.

Hoy la constitución impone como estándar para sentenciar, la *convicción* del juez respecto de la culpabilidad del procesado (artículo 20, apartado A, fracción VIII). Convencer significa probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar,⁷² es decir, las partes tienen que convencer al juez a través de la prueba válida que introducen al juicio. En un procedimiento mixto el juez se convence con lo que lee del resultado de la prueba; en uno acusatorio y oral, se convence con la información que directamente le proporcionan testigos, peritos, policías y las argumentaciones de viva voz de las partes. En el procedimiento mixto el juez conoce los hechos y toma sus decisiones con base en lo escrito; en el acusatorio y oral, a través de lo que directamente recibe y percibe de los órganos de prueba. Estos dos métodos de lograr convencimiento generan dos modos diferentes de resolución, de sentencia, y también, dos niveles de complejidad distintos.

La sentencia del procedimiento mixto se va articulando a través del análisis de cada una de las pruebas, generalmente se transcribe parte o la totalidad de la misma, al final se valora y posteriormente se analiza en conjunto con otros medios de prueba hasta obtener el resultado: dar por acreditado los elementos del tipo penal y la responsabilidad del acusado. Es un estudio directo y espontáneo del juez partiendo sólo de los elementos del tipo penal a estudio. En estas sentencias existen pruebas directas: todas las que recabó el ministerio público en la investigación, en donde hay, comúnmente, confesión del imputado. Una sentencia que cuenta con prueba directa, no requiere demasiadas exigencias en la argumentación y tiene mayor grado de probabilidad.

⁷² Concepto consultado en www.rae.es el 5 de mayo de 2014.

La sentencia del procedimiento acusatorio y oral se va articulando a partir de cada hipótesis de acusación en relación con el elemento del tipo penal de que se trate, es decir, partiendo de la calificación jurídica del ministerio público, tomamos el primero de los elementos jurídicos (se inicia por el elemento objetivo, posteriormente los subjetivos para culminar con los normativos del tipo penal de que se trate), relacionado con la premisa fáctica que en ese sentido formuló el ministerio público y que se comprometió a demostrar; por ejemplo, en un delito de robo, el primer elemento objetivo de análisis será una acción de apoderamiento, buscamos la premisa fáctica que corresponda a ello “*X se llevó de la casa de Y una computadora marca LG*”. A continuación, buscamos la prueba que el fiscal llevó para acreditar dicha proposición fáctica (el testimonio de Y, de sus testigos de propiedad, preexistencia, etc.), se valora cada medio de prueba en lo individual y posteriormente en conjunto, para concluir si la proposición fáctica quedó demostrada o no; para finalizar, buscamos si la defensa presentó contraposición a dicha proposición fáctica para su análisis y determinar qué postura cuenta con mayor soporte probatorio. Así se procede con cada elemento, con cada proposición fáctica. En este sentido, Perfecto Andrés Ibáñez (en Atienza, 2013, p. 671), señala que el proceso inferencial del juez tiene por punto de partida la previa formulación de una hipótesis acusatoria (la del ministerio público), “...esa hipótesis debe ser contrastada, discutida, en el curso de la actividad probatoria, donde resulta confrontada con otras hipótesis, las de la defensa...”.

Aunado a lo anterior, en este tipo de casos, un juez trabaja sentencias con prueba circunstancial y no prueba directa. La naturaleza de los hechos penales es compleja, como ya decía; existen casos en los que no hay testigos presenciales o puede ser que existan demasiados testigos pero no directos de los hechos sino de sus circunstancias. Estos son casos difíciles que exigen una argumentación adecuada al caso, que será aquella que la complejidad del asunto requiera, por ello, vamos a transitar de sentencias de prueba directa a sentencias de prueba indiciaria en donde nunca (o poquísimas veces), vamos a tener confesión del acusado por lo garantista del procedimiento, porque en todo momento se le recuerda su derecho a permanecer callado y porque lo que confesó ante el ministerio público no sirve para fundar la sentencia. Así, una sentencia que se sostiene en un mayor

número de inferencias, requeriría de mayor argumentación para justificar la decisión porque el grado de probabilidad es menor. Como señala Marina Gascón Abellán (en Carbonell, 2004, p. 312), con prueba directa hay una menor cadena de inferencias y entonces hay mayor grado de probabilidad, mientras que en prueba circunstancial hay mayor cadena de inferencias y menor grado de probabilidad.

Esto exige en el juez del nuevo sistema un perfil que le permita un cambio de mentalidad, porque pudiera resultar *más* fácil decir que el ministerio público no aportó prueba suficiente, a realizar un ejercicio de mayores exigencias intelectivas por parte del juez para justificar su decisión a pesar de no contar con prueba directa.

Todo esto es importante porque si el nuevo procedimiento penal busca una mejor justicia, no podemos encaminar todos los esfuerzos a diseñar una forma de proceder distinta y dejar en iguales términos la sentencia, así no habría correspondencia ni tampoco una decisión justa. Es cierto, la decisión justa está dada por el procedimiento que se siga (la verdad controlada y controlable), pero también por la forma en la que el juez decide. Señala Taruffo (2008) que un proceso será justo en la medida que esté encaminado hacia la producción de decisiones justas (p. 28).

Aquí cabe preguntarnos ¿qué requiere una sentencia del nuevo procedimiento penal para ser justa? Muchos autores de argumentación jurídica han precisado los puntos mínimos que una sentencia debe contener para ser justa, aquí relaciono esos aspectos con el procedimiento penal diseñado en nuestra Constitución.

Menciona Taruffo (2012) que la sentencia justa debe tener: a) corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; y, c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión (p. 237).

El primer aspecto, lo relativo a la elección de la norma aplicable y la interpretación adecuada, es el juicio de derecho que el juez debe realizar y claro, esto no depende de un

tipo de procedimiento o de otro, es concerniente a todos los jueces en todos los procedimientos. El juzgador debe ser conocedor de los diferentes tipos de problemas con los que se enfrenta al analizar la norma aplicable al caso concreto (problemas de lenguaje – ambigüedad o vaguedad–, de lagunas o de antinomias) y de los métodos de solución que proporciona la hermenéutica jurídica, básicamente dos tipos de interpretación siguiendo a Ricardo Guastini (2004), que es la declarativa o literal y la correctora (con sus cuatro tipos de interpretación: extensiva, restrictiva, sistemática y adecuadora). Pero también, los problemas con lo que hoy nos enfrentamos bajo la ideología de la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos a favor de las personas, interpretando las normas secundarias siempre conforme a la constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano favoreciendo a las personas la protección más amplia, lo que nos lleva a nuevos ejercicios de interpretación de las normas locales bajo el esquema de la convencionalidad y analizarlas bajo el parámetro de control de regularidad constitucional o de validez de las normas del orden jurídico mexicano.⁷³ Y esto es algo muy recurrente en la materia penal porque de constante se están afectando o limitando derechos fundamentales de las personas a quienes se atribuye la comisión de un delito, de ahí que ahora no bastará con que lo pida el fiscal y el juez resuelva con base en la norma local, sino que deberá hacer el análisis de dicha norma y contrastarla con las disposiciones constitucional y convencionales, así como afectar o limitar el derecho justificando debidamente la decisión a partir del principio de proporcionalidad ya supra mencionado.

El segundo aspecto, la comprobación fiable de los hechos relevantes del caso, es el llamado juicio de hechos, es decir, el análisis que debe hacer el juez para dar por probados o no los hechos materia de la acusación. Cuando el juez dice *X mató a Y*, no es un juicio simplista, no es una mera intuición, sino que deriva de un proceso racional y deliberativo una vez que los hechos, o más bien, las aserciones que describen los hechos (proposiciones

⁷³ De acuerdo con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, que derivó en la jurisprudencia con el rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Registro 2 006 224. Pleno; P./J. 20/2014 (10ª.); Décima Época; Publicación: Viernes 25 de abril de 2014, 09:32 h.

fácticas), son comprobadas de un modo racional y verídico, lo cual depende del método probatorio. Si una sentencia justa exige la *comprobación fiable* de los hechos, significa que éstos deben ser sometidos a demostración a través de la prueba y que el juez tendrá que analizar cada elemento probatorio con rigor, primero, para determinar que es prueba válida, es decir, que se obtuvo respetando derechos humanos y que se desahogó con las formalidades de ley, y segundo, para analizarla en conjunto con otras eficaces y eficientes para dar por probado un hecho. La forma en la cual el juez confía en el dicho de un testigo, es precisamente por el método de incorporación de la prueba, pues por principio de inmediación, el juez tuvo contacto directo con el testigo, de ahí que lo vio y escuchó la narrativa de lo que presenció, pero también, esa versión fue contrastada con la postura y conainterrogatorio de la defensa, a través del uso, generalmente, de pregunta sugestiva, que tiene como finalidad presentar al juez una versión alternativa de los hechos (Atienza, 2013, p. 749). Como ya decía en el capítulo anterior, el ejercicio del conainterrogatorio proporciona elementos al juez para la valoración del testigo: si el ateste se sostuvo en su versión, no hay razones para dudar de su dicho, no hay razones para no concederle valor e importancia para la decisión, pero, si el ateste incurrió en contradicciones sustanciales demostradas, entonces, el juez no deberá concederle valor y dar sus razones de ello.

Este método probatorio, permite, con mayor grado de probabilidad (no podemos hablar de certezas absolutas), afirmar que el hecho ocurrió o no ocurrió de la forma en que el órgano de acusación lo presentó (por carga de la prueba), así, el juicio: *X mató a Y*, es un enunciado verdadero que describe ese hecho determinado, pues como dice Taruffo (2012, p. 77) e Ibáñez (2005, p. 50), los hechos son las proposiciones, los enunciados que se formulan para describir lo que pasó (los hechos existieron y se agotaron en su momento; el género forense versa sobre cosas del pasado, como lo sostenía ya Aristóteles en arte retórica [2002, p. 92]), entonces, estamos hablando de enunciados, de palabras, de narraciones que finalmente son las que tienen que ser demostradas. De esta forma, el juez va analizando cada enunciado en contraposición con el enunciado relativo al mismo aspecto que haya formulado la contraparte.

Con este método, además de afirmar si un hecho (enunciado) se demostró, se logra hablar de una verdad sostenible establecida en la sentencia. La verdad judicial, debe ser entendida como correspondencia –autores que así lo afirman al referirse al tema de qué es la verdad en general, Tarski, por ejemplo, citado por Taruffo (2012, p. 40)– con los hechos (enunciados) probados durante el juicio bajo el método de la contrastación de hipótesis ya referido, pues como dice Foucault (2010): “...*La sentencia judicial, en las argumentaciones que emplea, en las pruebas que aporta, debe ser homogénea al juicio [...] Lo mismo que una verdad matemática, la verdad del delito no podrá ser admitida sino una vez que ha sido enteramente probada...*” (p. 112). La verdad como correspondencia así entendida, como lo indica Taruffo (2008) coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad (p. 29).

Una condición para tener una decisión justa es la verdad del juicio emitido y éste lo será, si y solo si, el juicio (“*X mató a Y*” o “*X no mató a Y*”) tiene correspondencia con el resultado de la prueba válida; si hablo de prueba, es porque realmente logró demostrar un extremo de la acusación o de la defensa. El procedimiento dialéctico de las partes a través del cual el juez obtiene la convicción, exigida como estándar constitucional, permite dar por probada o no la hipótesis de acusación de la fiscalía lo cual sucederá cuando ésta no logró ser refutada y las pruebas válidas disponibles la hacen probable, esto es, la confirman, y digo que no logró ser refutada, no porque no se haya sometido a refutación, sino porque, a pesar de ello, logró confirmarse y no sostenerse la refutación, como lo apunta Marina Gascón Abellán (en Carbonell, 2004, p. 310): “...*el sometimiento a la refutación de las hipótesis es la prueba de fuego para poder aceptarlas. Y por eso es necesario que exista en el proceso un momento contradictorio en el que poder refutar las hipótesis*” y agrega en una cita: “...además de que también deben descartarse, probatoriamente, las hipótesis contrarias, porque de lo contrario, continuaríamos bajo la inercia de sólo atender primordialmente la acusación del ministerio público y dejar de lado a la defensa, cuando el procedimiento dialéctico le exige al juez atender ambas posturas, y dar las razones de cómo no quedó, en su caso, demostrada la hipótesis de refutación, lo que implica dar cuenta de todas las pruebas...”. Y todas las pruebas, son *todas* las pruebas, es decir, el juez debe dar

las razones de su valoración de las que toma en cuenta pero también de las que no, diciendo por qué no son eficaces para la sentencia.

Entonces, en el juicio de hechos, una hipótesis es probada: a) cuando no logra ser refutada; b) cuando es confirmada; y, c) cuando la hipótesis tiene mayor grado de probabilidad que cualquier otra hipótesis contraria. Todo esto se conoce gracias al proceso dialéctico al que se somete cada hipótesis, cada prueba, por el principio de contradicción, pues como sostiene Perfecto Andrés Ibáñez (en Atienza, 2013): “...*para que prevalezca la hipótesis acusatoria no basta con que las pruebas que la sostienen hayan dado resultado positivo. También tendrán que resultar eficazmente desvirtuadas las hipótesis alternativas. Porque es obvio que en presencia de dos hipótesis, la acusatoria y otra que se le oponga, igualmente fundadas y de similar calidad explicativa, procesalmente, habría que optar por la segunda...*” (p. 672).

El tercer aspecto para una decisión justa, el *empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión*, tiene que ver con el diseño procedimental y si éste permite o no el equilibrio entre las partes. Se considera que hay un proceso más justo, en aquel donde la defensa de las partes encuentra un mayor espacio, y es menos justo, cuando la defensa de las partes se sacrifica (Taruffo, 2012: p. 212). Así, en un procedimiento en donde la contraparte no tiene garantías, resulta imposible la completa formulación de las hipótesis de la decisión, porque entonces sólo se estaría decidiendo con base en una postura: la de acusación, y esto precisamente es lo que genera el procedimiento penal mixto, cuando las diligencias del ministerio público recabadas únicamente por él en la etapa de investigación, tienen un estándar de prueba que si cumple con las formalidades será una prueba válida y con valor probatorio, lo que viene a reducir o eliminar las garantías procesales a favor del acusado, principalmente el principio de contradicción. También, cuando el ministerio público obtiene la *prueba* él solo, sin ningún filtro e invadiendo esfera de derechos de un imputado, tomar en cuenta esa prueba por parte del juez al momento de decidir, puede resultar poco confiable el juicio que sobre los hechos hace el juez, esto es, el decir qué hechos quedan probados.

Otra condición para un procedimiento válido y justo, es la imparcialidad del juez, pues si el juez no es neutral, no resulta asegurada la correcta interpretación y aplicación de las normas.

De tal forma que un procedimiento en el que faltan garantías y no se aseguran las condiciones mínimas para decisiones no erróneas o arbitrarias, es un procedimiento que será no justo y no válido y en el que, consecuentemente, no tendremos una decisión justa. El nivel aceptable de proceso es aquel en que se observe el debido proceso, se garantice el derecho de defensa, exista imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional y permita la libertad en la valoración de la prueba, lo cual genera el efectivo derecho de la tutela jurisdiccional (acceso a los tribunales).

El debido proceso, que no es un concepto exactamente definido y acabado, debe entenderse como el conjunto de requisitos y elementos de carácter jurídico procesal para poder afectar legalmente la esfera de derechos de los acusados, y esto es así porque en materia penal siempre estamos afectando derechos (a la libertad, privacidad, intimidad, etc.), pero de lo que se trata es que la afectación sea legal y legítima, para ello, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos dice el contenido mínimo de tal concepto debido proceso: derecho a ser oído, en un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por ley; presunción de inocencia; igualdad procesal; asistencia jurídica gratuita; comunicación previa al inculpado de la acusación en su contra; concesión del tiempo necesario para preparar su defensa; derecho de defenderse por sí mismo o a través de un profesional; derecho de interrogar a los testigos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; derecho a recurrir el fallo ante un juez superior; la confesión es válida sólo si obtiene si coacción de ninguna naturaleza; no ser juzgado dos veces por los mismos hechos; publicidad del procedimiento. Todos estos derechos reconocidos a favor de imputados, constituyen límites al poder, tanto del ministerio público como del juez y es lo que garantiza juicios justos.

A diferencia del procedimiento inquisitorial o mixto, el acusatorio llega a una verdad obtenida del enfrentamiento entre las partes y es entonces cuando hablamos de

decisiones justas, en el sentido de que el órgano jurisdiccional decide a partir de lo que hacen valer *ambas* partes y no solo de lo que lleva el ministerio público o peor aún, de lo que el propio juez *motu proprio* confirma. Las decisiones justas toman en cuenta el punto de vista de las dos partes en conflicto para saber, con base en los cálculos de la razón, a quién le corresponde el derecho y en este sentido es cuando hablamos del carácter epistemológico. A este respecto, Marina Gascón (en Carbonell, 2004), señala que en el proceso inquisitorio la búsqueda de la verdad se confía únicamente a la confirmación de la hipótesis por parte del juez sin dar posibilidad a las partes, mediante un contradictorio, de defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria y esto, “...es un proceso afectado de una tara epistemológica importante...” (p. 310).

Aunado a lo anterior, otras condicionantes para contar con una decisión justa, es lo relativo al sistema de valoración de pruebas por parte del juez y la motivación – justificación– de su decisión.

En cuanto a lo primero, el procedimiento acusatorio y oral da libertad al juez para la valoración de la prueba. Así lo señala ahora la Constitución, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008. En su artículo 20, apartado A, fracción II, señala que es el juez quien debe realizar el ejercicio de la valoración la prueba y que no puede delegarlo en ningún auxiliar. Este énfasis fue necesario en la Constitución tomando en cuenta la tradición mixta (más de tipo inquisitorial) de la que provenimos, en donde el juez encarga el proyecto de la sentencia a un auxiliar (proyectista) que es quien en realidad realiza la sentencia y ésta pasa a revisión del juez, de tal forma que, quien valora la prueba lo es el auxiliar y no propiamente el juez, aún y cuando –si así fuera–, éste diera la instrucción de cómo realizar dicho ejercicio. En el nuevo procedimiento, por principio de inmediación, el juez recibe toda la prueba en un acto concentrado y continuo, de tal forma que es él y únicamente él quien debe realizar el ejercicio de valoración porque es él quien debe lograr la convicción de culpabilidad o no. La misma fracción citada sigue diciendo que la valoración de las pruebas debe realizarse de manera *libre y lógica*. Ambos supuestos: no delegar la valoración y la forma de realizarla, es algo que por vez primera aparece en la Constitución General.

La Constitución está reconociendo el sistema libre de valoración de la prueba. Sabemos que hay tres métodos: 1) el tasado, propio del sistema inquisitorial, que se basa en una desconfianza hacia la razonabilidad de los jueces y por ello, de manera abstracta se les decía cómo asignar valor (numérico) a cada testigo, posteriormente se abandonó el valor numérico y el legislador le dijo al juez cómo valorar en general cada medio de prueba. Este sistema limita la función del juzgador para la decisión final. 2) el libre, que se divide en íntima convicción (el cual no tiene ningún límite y quien decide sólo emite la decisión final o veredicto sin dar razones de ello; es propio de jueces legos o jurados) y en sana crítica (el juez es libre de asignar valor, se basa en una confianza hacia la razonabilidad del juez, pero dentro de esa libertad debe respetar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos y dar razones de la valoración de todos y cada uno de los medios de prueba). 3) el mixto, en donde algunos medios de prueba son tasados y otros libres, como sucede en el sistema procesal penal mixto.

La sana crítica es el método de valoración de la prueba que tiene correspondencia con un procedimiento acusatorio y oral, porque como lo sostiene Taruffo (2012), para que exista una función epistémica es necesario que el juez sea libre de razonar, porque de esa forma él podrá establecer si un hecho es verdadero o no, *obligarlo a ser racional con la sana crítica* (p. 75). Esa libertad no es libérrima, sino con controles que lleven al correcto pensar a partir de los postulados de la lógica (identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente).

En cuanto a la motivación, la verdad de una sentencia se sostiene por su justificación, de tal forma que razonamiento, decisión y justificación de la decisión, forman un todo relativo a la motivación. En este aspecto, ¿cuándo podemos hablar de una adecuada motivación? En primer término, decir que la exigencia de justificación es porque las decisiones no son ni evidentes ni arbitrarias, por ello, dice Wróblewski (2003), las resoluciones deben estar debidamente justificadas a través de una argumentación apropiada (p. 46), y la argumentación apropiada será la que cada caso requiera de acuerdo con su complejidad.

Para hablar de una argumentación apropiada (o motivación adecuada), los criterios racionales con los que debe contar toda decisión judicial son la coherencia y la congruencia. Hay *coherencia* cuando la narración de los hechos no contiene contradicciones, es decir, que describe hechos compatibles entre sí (por observancia al principio lógico de la no contradicción). Hay *congruencia* cuando la narración coincide con el conjunto de las hipótesis de hechos que ya fueron probadas.

La justificación, además de ser coherente y congruente, debe ser *completa*. Dice Taruffo (2012), que hay motivación completa cuando se dan tres condiciones: a) que en la motivación se tomen en cuenta todos los hechos jurídicamente relevantes para la decisión; b) todas las pruebas relativas a cada uno de los hechos; y, c) se emitan los juicios de valor que el caso requiere. (p. 100-102). En cuanto a lo primero, el juez no debe excluir ningún hecho, ni principal ni secundario, con relevancia jurídico penal, porque de esta forma distinguirá un hecho probado de un indicio y si la decisión se basa en prueba circunstancial o indiciaria, entonces debe dar cuenta de todas las cadenas de inferencias que realiza para llegar a la decisión. Si un juez discrimina hechos, es porque su finalidad es demostrar *su* hipótesis y no la de las partes, lo que lleva, en términos de los psicólogos, según Taruffo (2012), al *prejuicio de confirmación*, que consiste en que “...*habiéndonos hecho una idea o hipótesis sobre un hecho determinado, tenemos la tendencia a seleccionar la información que confirma justamente la hipótesis que traemos en la cabeza, y a excluir aquella que finalmente está en contra, por lo que se busca la confirmación de nuestras propias ideas.*” (p. 58).

Por lo que ve a tomar en cuenta *todas* las pruebas relativas a los hechos, significa que, si una prueba se introdujo al juicio de manera válida, es decir, en términos de ley y sin violación de derechos fundamentales, pues entonces tiene qué tomarse en consideración aún y cuando el juez considere que ya no la necesita por existir otras pruebas con las cuales fue suficiente su convicción respecto de la culpabilidad o no de una persona. Si el juez estima que la prueba válida, no debe ser tomada en cuenta sencillamente porque no aporta nada relevante ni conduce a probar hechos de relevancia jurídico penal, pues entonces debe

decirlo así y no solamente dejar de mencionarla. Las partes llevan sus pruebas al juez y merecen, como parte de una decisión justa, el que se analicen *todas* sus pruebas y dar las razones (motivación) de su valoración, tanto las de valoración positiva, como las de valoración negativa; no hacerlo, encubriría un acto indebido, generaría una decisión arbitraria y, nuevamente, el juez puede incurrir en el prejuicio de confirmación, al *seleccionar* sólo las pruebas que sirven para justificar su decisión. En materia penal, por principio de inocencia, el juez debe analizar en primer término la prueba de cargo de la fiscalía, para determinar si es suficiente o no para acreditar las hipótesis de acusación, pero también le obliga a analizar las pruebas de defensa, aun cuando haya quedado confirmada la postura del órgano de acusación, y más, cuando esas pruebas refutan la hipótesis del ministerio público. Dice Taruffo (2012):

“...la fuerza de una justificación no se sostiene sólo sobre los elementos que confirman la conclusión, sino más bien, y sobre todo, sobre la demostración de que hay argumentos no eficientes que son contrarios, lo que significa que voy a demostrar que tengo razón no únicamente presentando los elementos que confirman mi opinión, sino sobre todo rechazando aquellos que la contrastan y que están en su contra” (p. 101).

Por último, la motivación completa requiere de una adecuada justificación de la valoración de juicios de valor que están implícitos en las normas; estos juicios de valor se refieren a cómo el juez determina, por ejemplo, que se causó perjuicio al *orden público*, que un sujeto activo incurrió en *negligencia o infringió un deber de cuidado*, si la conducta desplegada *causó un daño grave, si puso en peligro la vida*, etcétera, valores de los que están impregnadas las normas penales y que sólo a partir de hechos objetivos probados es como el juez concluye si se actualiza o no lo que exige la norma. En concreto, se refiere a que el juez haga explícitas las razones por las cuales valora un hecho o una situación determinada como juicio de valor.

En sí, la decisión, la sentencia, debe ser una decisión racional, y *“...por racionalidad se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y las valoraciones.”* (Wróblewski, 2003, p. 83).

Todo lo antes dicho son las condiciones necesarias y suficientes para el carácter epistemológico de la decisión judicial –que a la vez genera una decisión justa– en un procedimiento acusatorio, oral y adversarial, ya que en la decisión se refleja el, cómo conoce el juez los hechos y cómo toma sus decisiones, derivado del diseño procedimental propio del sistema acusatorio, en donde el juez recibe directamente la prueba que queda sujeta a la contradicción de las partes y a partir de la postura de cada adversario, es que el juez determina cuál de ellas queda demostrada y por qué. La oralidad permite este conocimiento riguroso y metodológico y la contradicción proporciona al juez los elementos para determinar qué constituye prueba que sirva para demostrar hechos penalmente relevantes.

Además, el diseño de un procedimiento oral en donde hay concentración de etapas procesales, en donde hay continuidad en el desahogo de la prueba y de inmediato se emite la sentencia, permite dar cumplimiento con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva proclamado en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, haciendo real y efectivo el derecho a una justicia pronta y expedita, lo que también se traduce en justicia, ya que es conocido que justicia retardada es justicia negada: la sentencia dictada a destiempo no puede ser calificada de justa (Cárdenas, en SCJN, 2010, p. 41).

Por último, considero que es muy importante mencionar que las audiencias de juicio oral, son altamente emotivas: el juez tiene frente a sí, a una víctima que exige y reclama justicia y a un acusado que reclama un juicio justo y no una venganza; el dar intervención a las partes materiales, el observar sus actitudes y estado de ánimo al declarar, el ver cómo se sorprenden con declaraciones e imágenes relacionadas con el hecho delictivo, escuchar el relato de una víctima y todo lo que le generó el hecho delictivo, el estar frente a frente una víctima con sus familiares (víctimas indirectas) y el imputado también con quien lo apoya, genera estados de ánimo de los cuales no puede sustraerse ningún ser humano y el juez lo es, pero el juez, es objetivo, imparcial e independiente, forjado en los principios éticos de la judicatura y también en los valores judiciales que adquirió a lo largo de su carrera judicial; es un juez profesional que sabe que un juicio es un

enfrentamiento de enunciados, de hipótesis y que como tal, debe determinar qué enunciado es el verdadero y declarar el derecho a favor, independientemente de los estados de ánimo que le genere el caso, el hecho, las partes involucradas o, incluso, la emotiva y patética persuasión que dirija un defensor o un ministerio público, obviamente, sólo una persona limitada puede dejarse seducir por argumentos emotivos y el juez profesional sabe que las construcciones lingüísticas de las proposiciones y enunciados que describen los hechos, quedan dentro del campo de la lógica y que la lógica distingue un razonamiento correcto del que no lo es, de tal forma que también se encarga del estudio y análisis de las falacias y si una de las partes materiales recurre y apela a los sentimientos, entonces incurre en una falacia porque no tiene razones jurídicas que aportar.

La fortaleza y templanza del juez profesional, le permite distinguir entre lo lamentable de los hechos para los involucrados y la rigurosidad metodológica del proceso de decisión en el que deberá dar por probados o no los enunciados que describen los hechos, independientemente de si el juez, subjetivamente, considera que si hay delito o que una persona sí es el responsable de un delito pero la prueba no lo demuestra así. Una decisión judicial debe fundarse sobre lo que ha sido probado, independientemente de las convicciones personales y del punto de vista particular del juez (Mazzarese 2012, p. 82).

En este sentido, señala Atienza (2013), que Perelman y Olbrechts-Tyteca (los precursores de la nueva retórica), hacen una distinción entre la retórica antigua y su nueva retórica, en el sentido de que la antigua es más proclive a la manipulación, razón por la que se interesan en el discurso escrito para evitarlo (p. 681). Sí claro, pero si se actúa ante juez lego (jurado) entonces la persuasión tendrá resultados, no así ante un juez profesional. El mismo Cicerón decía que es más culpable el que seduce a un juez con el prestigio de su elocuencia que el que lo seduce con dinero.

Concluyo este capítulo con una cita de Taruffo (2012): “El conocimiento de la verdad [...] tienen que ver con el método, la lógica, con los procedimientos a través de los cuales uno llega a la averiguación, confirmación, determinación, descubrimiento de lo mucho o poco de verdad que existe como correspondencia a una realidad que se puede

establecer dentro de un entorno de contextos individuales en los cuales nos encontramos nosotros.” (p. 50).

Entonces, el carácter epistemológico de la decisión judicial está dado por:

- La forma en que se produce la prueba: a través de la oralidad, intermediación, contradicción y continuidad, que le proporciona al juez el conocimiento de los hechos de manera directa de los órganos de prueba para la valoración adecuada de los mismos.
- Porque lo anterior le permite al juez confirmar o no las hipótesis de acusación de las cuales parte.
- Porque el juez da por demostradas las hipótesis, cuando no lograron ser refutadas por la contraparte y cuando son confirmadas.
- Por la mayor exigencia argumentativa al tener como material de trabajo prueba circunstancial.

La decisión justa existe cuando:

- Hay un correcto juicio de derecho: corrección en la elección e interpretación de la norma aplicable.
- Hay un correcto juicio de hechos: la comprobación fiable de los hechos.
- Hay un proceso justo: procedimiento válido para que el juez llegue a la convicción.
- Por la imparcialidad del juez.
- Porque la decisión es como resultado de un proceso dialéctico entre las partes.
- Por la valoración libre y lógica de los medios de prueba.
- Por la rigurosidad argumentativa al motivar la decisión: debe ser coherente, congruente y completa (será completa si da cuenta de todos los hechos, de todas las pruebas y razones sobre los juicios de valor que exige la norma).

6. CONCLUSIÓN.

Ferrajoli (2010), establece que las fuentes de legitimidad de la jurisdicción son la tendencia cognitiva del proceso de conocimiento del juez (su apego a la legalidad y a la motivación suficiente) y que el juez tenga realmente un papel como garante de los derechos (p. 29 y 34). Esto último implica que las decisiones de los jueces se legitiman cuando éstos son independientes, lo que exige un riguroso respeto de las garantías penales y procesales (más allá de la voluntad o el consenso de cualquiera), y así, estas son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmunidad de la persona contra el arbitrio policiaco y judicial.

A lo largo de este trabajo, he demostrado en qué consiste el carácter cognoscitivo del procedimiento acusatorio y oral y también dije, que una de sus teleologías es incrementar los niveles de confianza, es decir, de legitimidad, del sistema de justicia penal; una de estas exigencias, es que el juez decida, no con base en intuiciones o de manera subjetiva, sino a partir de un método dialéctico de contrastación de hipótesis en el que se demuestra la que tiene un grado más elevado de probabilidad lógica, es decir, la que lógicamente logra confirmarse: *el instrumento fundamental es el de la probabilidad lógica o de la confirmación lógica de las hipótesis con base en los elementos de prueba disponibles que, además, es el esquema fundamental del razonamiento probatorio* (Taruffo, 2012, p. 193). Y además de la confirmación de hipótesis, es fundamental el diseño procedimental que lo permita: si un procedimiento concede excesivas ventajas a quien acusa para generar un estado de indefensión al imputado, como es el caso del procedimiento penal mixto, es bajo un procedimiento con fallas epistémicas tan sólo por el hecho de que el juez se *convence* no por lo que ve y escucha directamente de las fuentes de información, sino de lo que lee a partir de escritos redactados por sus auxiliares. Pero si el procedimiento está diseñado para mantener el equilibrio procesal, en donde el juez es el tercero ajeno al conflicto que le corresponde decidir y se convence a partir de lo que las partes logran demostrarle directamente, entonces, es un procedimiento justo que genera una decisión justa y por ende con una verdad mayormente sostenible por tener correspondencia con lo acaecido durante el proceso. Lo justo debe ser tanto del procedimiento como de sus

resultados y también lo justo está dado por el tipo de pruebas que se introducen al juicio, es decir, que sea prueba válida: obtenida con respeto a derechos fundamentales y desahogada con las formalidades de ley.

Demostré que el procedimiento acusatorio tiene carácter epistémico, contrario a la tesis del procesalista contemporáneo Michele Taruffo, sosteniendo que la verdad de la sentencia, si tiene correspondencia con los hechos y la prueba, es la verdad que debe prevalecer. Efectivamente, no siempre se puede llegar a una verdad en correspondencia con lo que verdaderamente pasó (verdad material). El hecho de que la sentencia establezca: *X no mató a Y*, también es una verdad legal, una verdad procesal, que debe tener correspondencia con las pruebas introducidas al juicio aunque no la tenga con lo realmente acaecido. Es decir, *X no mató a Y*, porque realmente es así o porque no se logró demostrar de esa forma, aunque *X* sí haya sido el autor del delito. Esto, esto no es propio de un tipo de procedimiento o de otro, esta situación la encontramos tanto en procedimientos penales mixtos como acusatorios, porque depende de varios factores: 1) no hay prueba suficiente y aún así el ministerio público decidió ir a juicio, y puede no haber prueba suficiente porque hay hechos en los que no existieron testigos o hechos en los que se actuó demasiado tarde por la autoridad ministerial, de ahí que no hay testigos pero tampoco indicios, evidencias, etc., que demuestren que el hecho existió; 2) la prueba incorporada indica que el delito cometido es otro o la participación del acusado es otra, sin que se haya formulado acusación por ese otro delito; 3) en un procedimiento mixto y en uno acusatorio, no se puede sostener una condena con un solo dicho, con un solo señalamiento, incluso, ni siquiera con la propia confesión del acusado si es lo único que existe, porque no habría elementos que permitan confirmarla; 4) errores, negligencias, tanto en la investigación como en el juicio e indebida actuación al obtener medios de prueba que generan ilicitud. Pero me parece que todo esto, forma parte de la rigurosidad metodológica de un procedimiento y su decisión, porque si a toda costa queremos sentencias condenatorias, aunque no tengan correspondencia con lo producido en el juicio, entonces, no hablamos de justicia, sino de venganza y eso es propio de un procedimiento de corte inquisitorial.

Cierto es que la justicia de la decisión no puede ser asegurada a través del juicio oral, pero el diseño del juicio oral, sí provee de condiciones que facilitan la obtención de resultados *aceptables* (Coloma, 2005. P. 9). Esas condiciones son: el reconocimiento del método dialéctico como forma de obtención de conocimiento de los hechos por parte del juez para la toma de decisiones; el principio de contradicción al que se somete cada medio de prueba para verificar su verosimilitud; la igualdad y equilibrio que la oralidad garantiza entre las partes procesales; la inmediación que permite la oralidad, es decir, el contacto directo de las partes con el juez; y, de manera muy importante, la oralidad garantiza la autenticidad de las pruebas y el control que imputado y defensor tienen sobre su formación, porque habrá prueba sólo hasta la audiencia de juicio, que es continua y concentrada, ante el juez, por principio de inmediación, y sujeta a la contradicción, gracias a que las diligencias del ministerio público de la fase de investigación no son prueba (lo que generaba el desequilibrio y el juez desconocía el modo, el método, de su conformación).

Urbano (2008), al referirse al cambio procesal en su país, Colombia, señala algo de suyo importante: “La principal característica del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una verdadera revolución probatoria: de una concepción del proceso en la que regía el principio de permanencia de la prueba, se ha pasado a un esquema en el que solo es prueba la que surge ante los ojos del juez de conocimiento” (p. XIII). El acento está puesto en el tema probatorio: desde cómo se obtiene la prueba hasta cómo se produce en el juicio.

Con todo lo anterior estoy en condiciones de afirmar que el carácter epistemológico del proceso penal acusatorio y oral radica en:

- El respeto y observancia a las garantías procesales básicas de oralidad, inmediación, contradicción, concentración y publicidad, porque son esenciales para la obtención de conocimiento.
- La igualdad entre las partes e igualdad procesal, así como el equilibrio de la figura de la tríada procesal, a partir de la observancia a las funciones de cada actor: juez imparcial y objetivo; ministerio público con la carga de verificar la acusación; e imputado con la posibilidad de refutar la acusación.

- El establecimiento de una verdad legal en sentencia a partir de controles normativos y a cargo de las partes: verdad controlada y controlable.
- Mecanismos de obtención de prueba con respeto a derechos humanos: para no romper con la igualdad y para que la sentencia se base en prueba legal y legítima.
- Será prueba sólo la que se produce hasta la etapa de juicio, a cargo del ministerio público, enfrentándose a la defensa y en presencia del juez.
- Se eliminan diligencias con estándar de medios de prueba que el fiscal trabaja únicamente él solo en etapa de investigación.
- Verificación de la acusación a partir de prueba legal y legítima.
- Refutación de la acusación a través del interrogatorio cruzado.
- El juez no es activo en el caso de las partes, no interviene como garantía de objetividad e imparcialidad, solo cuando advierte violación a derechos fundamentales.
- El proceso justo debe generar como consecuencia una decisión justa que parte de las hipótesis acusatorias para determinar si están debidamente verificadas y así declarar la verdad judicial.

En el capítulo 4, describí en el cuadro número 3 (C.3), que en el modelo garantista, la averiguación de la verdad está garantizada por el carácter empírico de las hipótesis acusatorias –a lo que ya me he referido–, y por cánones de conocimiento, como la presunción de inocencia.

El nuevo proceso penal tiene un carácter epistémico por hacer real en la práctica el principio o regla de oro en materia penal: la presunción de inocencia, que es el eje rector del nuevo procedimiento penal delineado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si el acento está colocado en el tema probatorio, es por la presunción de inocencia que exige una regla de trato, es decir, que un imputado no sea considerado culpable antes de sentencia de condena, pero también, y de manera importante, como regla probatoria, es decir, que una sentencia se base en pruebas obtenidas de manera lícita, incorporadas en términos de ley y sujetas a contradicción, de lo contrario, el principio de inocencia es falacia garantista porque sólo estaría de adorno en una constitución, tratado o

ley, pero no real y efectivo en la práctica. Lo anterior como resultado de una verdad controlada y controlable.

También, las funciones pasivas y no activas del juez tienen que ver con el respeto al principio de presunción de inocencia, porque si el juez toma partido en una causa que él va a decidir, está rompiendo con la imparcialidad y objetividad que le exigen las partes, principalmente, el imputado. Como dice Andrés (2007): "...el juez debe ser neutro, imparcial, porque así lo reclama el principio de presunción de inocencia universalmente consagrado como rector de la justicia criminal..." (p. 26).

La obligación de probar a cargo del ministerio público con las exigencias del nuevo procedimiento penal, también es por observancia al principio de inocencia, lo que significa que la acusación del ministerio público debe tomarse, no como verdad preestablecida, sino como una hipótesis que debe demostrarse en el juicio, para así, encarnar un imperativo epistemológico.

La sentencia del juez debe partir, no de un relato sucesivo de pruebas, sino de las hipótesis de acusación y su verificación para obtener un saber empírico de calidad sobre los hechos, por ello, Andrés (2007) dice que el proceso es *proceso de obtención* de conocimiento, al que se orienta la sucesión de trámites que lo constituyen (p. 25).

Y por último, el carácter epistemológico está dado en la contradicción también por el respeto al principio de inocencia, pues es un derecho subjetivo de todo imputado el contradecir la acusación que se presenta en su contra, no sólo presentado contrapruebas, sino contrastando y verificando la *verdad* que surge de la prueba del ministerio público. Y así ha sido considerado históricamente, es decir, desde antiguo, como lo mostré en este trabajo, la *verdad* debe ser obtenida a partir de la contradicción y con un observador externo imparcial.

A ese juez –hoy más que nunca–, se le exige: rigor inductivo, racionalidad crítica en sus inferencias, honestidad intelectual en la justificación de su decisión, también, por respeto al principio de inocencia como estándar probatorio.

Lo anterior se corresponde con un procedimiento penal inserto en un estado democrático de derecho, en donde la finalidad es castigar las conductas que dañan al grupo social bajo los estándares que permitan un proceso y una decisión justa, porque el diseño procesal permite siempre la igualdad entre las partes y un juez independiente e imparcial, pero también, con un procedimiento que tiene como finalidad la resolución de los conflictos de manera eficaz y efectiva.

Culmino con Urbano (2008), señalando que hoy tenemos un proceso penal moderno en el que tenemos *la oportunidad de hacer del proceso penal un escenario de administración de justicia, compatible con la dignidad del hombre y con la democracia pluralista, en tanto cimientos de los estados constitucionales* (p. XIV).

BIBLIOGRAFÍA.

- Abreu, J. P. y Le Clercq, J. (2011). La reforma humanista: *Derechos humanos y cambio constitucional en México*. México: Porrúa.
- Alexy, R. (2012). Teoría de la argumentación jurídica. (2ª. ed). España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrés, P. (2005). Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara.
- Andrés, P. (2007). Justicia penal, derechos y garantías. Perú-Colombia: Palestra-Temis.
- Aristóteles. (2002). Arte Poética - Arte Retórica. (2ª. ed.). México: Porrúa.
- Atienza, M. (2013). Curso de argumentación jurídica. España: Trotta.
- Baytelman, A. y Duce, M. (2008). Litigación penal: *Juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bonesana, C. (1982). Tratado de los delitos y de las penas. (1ª. ed. Facsimilar). México: Porrúa.
- Carbonell, M., Fix-Fierro, H. (2004). Jueces y Derecho: *Problemas Contemporáneos*. México: Porrúa-UNAM.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (2005). Garantismo: *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. España: Trotta.
- Carbonell, M. y Ochoa, E. (2008). ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?. México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2010). Los juicios orales en México. México: Porrúa.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (2012). La reforma constitucional de Derechos Humanos: *Un nuevo paradigma*. México: Porrúa.
- Cárdenas, J. (2005). La argumentación como derecho. México: Porrúa.
- Coloma, R. (2005). La prueba en el nuevo proceso penal oral. (3ª. ed.). Chile: legal Publishing.
- Córdova, L., Murayama, C., Salazar, P., Coord. (2012). México 2012: Desafíos de la consolidación democrática. México: Tirant lo blanch.

- Damaska, M. R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Díaz-Aranda, E. (2008). *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*. México: Straf.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. (6ª. ed.). España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. (5ª. ed.). España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Foucault, Michel. (2010). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI editores, S. A. de C. V.
- Gadamer, H-G. (2001). *Verdad y Método*. (9ª. ed.). España: Ediciones Sígueme.
- Galindo, E. (2010). *La valoración de la prueba en los juicios orales*. México: Flores Editores y Distribuidores, S. A. de C. V.
- González, S., Mendieta, E., et al. (2005). *El sistema de justicia penal y su reforma: Teoría y Práctica*. México: Distribuciones Fontamara.
- Guastini, R. (2004). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. (6ª. ed.). México: Porrúa – UNAM.
- Hernández J. A. y García M. (1994). *Historia breve de la retórica*. España: Síntesis.
- Luhmann, N. (2009). *Introducción a la teoría de Sistemas*. (3ª. ed.). México: Universidad Iberoamericana, A. C.
- Mazzarese, T. (2012). *Lógica, derecho, derechos*. México: Fontamara.
- Natarén, C. y Caballero, J. (2013). *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*. México: UNAM.
- Parra, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. (17ª. ed.). Colombia: Librería ediciones del profesional Ltda..
- Popper, K. (1967). *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*. España: Paidós Ibérica, S. A.

- Sferlazza, O. (2005). *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*. México: Fontamara.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Estudios sobre historia de la oralidad en la Administración de Justicia en México*. Tomo I y II. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tamayo, R. (2003). *Elementos para una teoría general de derecho: (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*. México: Themis.
- Tamayo, R. (2004). *Razonamiento y argumentación jurídica*. (2ª ed.). México: UNAM.
- Tamayo, R. (2010). *El origen del proceso: (A la luz de la obra de Hans Julios Wolf)*. México: Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Tamayo, R. (2013). *Juris Prudentia: More Geométrico: Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*. México: Fontamara.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. (2ª. ed.). México: Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. España: Marcial Pons.
- Urbano, J. J. (2008). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Wróblewski, J. (2003). *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (anterior a la reforma del 18 de junio de 2008).
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro.

Páginas electrónicas:

- www.scjn.gob.mx
- <http://sjf.scjn.gob.mx/>

- www.rae.es
- <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=adversario>
- <http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/>
- www.coridh.gob.cr
- http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_210.pdf
- <http://www.congresochoihuahua.gob.mx/biblioteca/reformas/historialReformas/87.pdf>
- <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/cod/vig/codvig004.pdf>
- <http://ordenjuridicodemo.segob.gob.mx/Estatal/OAXACA/Codigos/OAXCOD08.pdf>
- http://www.yucatan.gob.mx/gobierno/orden_juridico/Yucatan/Codigos/nr2205rf1.pdf
- http://www.tsjdggo.gob.mx/Leyes/Codigo_Procesal_Penal_del_Estado_de_Durango.pdf
- http://www.tsjmorelos.gob.mx/biblioteca/codigos/codigo_de_procedimientos_penales_oraes.pdf
- <http://www.cjf.gob.mx/reformas/reformaPenal/documentos/BAJA%20CALIFORNIA%20CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES.pdf>