



LA PRUEBA LIBRE Y LÓGICA

Sistema penal
acusatorio mexicano

Iván Aarón Zeferín Hernández



LA PRUEBA LIBRE Y LÓGICA

Sistema Penal Acusatorio Mexicano

IVÁN AARÓN ZEFERÍN HERNÁNDEZ



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

SALVADOR MONDRAGÓN REYES
DIRECTOR GENERAL

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ
COORDINADOR ACADÉMICO

COMITÉ ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO
MIGUEL BONILLA LÓPEZ
ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS
HÉCTOR LARA GONZÁLEZ
JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ
JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ
ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA
CARLOS RONZÓN SEVILLA
FERNANDO SILVA GARCÍA
ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

EDITOR RESPONSABLE

RAMÓN ORTEGA GARCÍA
SECRETARIO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Primera edición: noviembre de 2016
Cuidado de la edición: Rafael Caballero Hernández y Joseline Gpe. Pantoja Villa
D.R. © 2016. Instituto de la Judicatura Federal
Calle Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque Delegación Venustiano
Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.
Impreso y hecho en México.

ISBN 978-607-9013-13-4

ÍNDICE

Prólogo	
Consejero Alfonso Pérez Daza	9

Acerca del autor	13
------------------	----

PRIMERA PARTE

LA PRUEBA PENAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Y SU CAMINO PROCESAL

I. La prueba	17
1. La prueba penal en el sistema penal acusatorio	18
A. El esclarecimiento de los hechos en el sistema procesal penal mexicano	19
B. La carga de la prueba	26
C. Fuentes de la prueba y medios de prueba	27
2. La prueba y sus diversas connotaciones	28
A. Evidencias	29
B. Datos de prueba	31
C. Medios de convicción	42
D. Medios de prueba	45
E. Prueba	47
3. El camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio	53
A. Anuncio de los medios de prueba	53
B. Descubrimiento probatorio	55
C. Ofrecimiento	72
D. Admisión	73
E. Exclusión de medios de prueba	74
a. Pruebas que generan efectos dilatorios	75
a.1. Sobreabundantes	76
a.2. Impertinentes	77
a.3. Innecesarias	77
b. Pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales	78
c. Pruebas declaradas nulas	85
d. Medios de prueba que contravengan las disposiciones señaladas en el Código Nacional para su desahogo	87

e. Medios de prueba sobre conducta sexual anterior y posterior de la víctima	88
F. Desahogo de pruebas	90
G. Valoración de pruebas	93
H. Excepciones al camino usual que sigue la prueba	98
a. Prueba anticipada y su camino procesal único	98
b. Pruebas supervenientes	104
c. Pruebas de refutación	105
d. Camino procesal de las dos anteriores	107
e. Pruebas por reclasificación del delito	109

SEGUNDA PARTE

LA VALORACIÓN LIBRE Y LÓGICA DE LA PRUEBA Y SUS ESTÁNDARES PROBATORIOS

I. Sistemas de valoración de la prueba penal, fundamento de la libre y lógica valoración	115
1. La prueba legal o tasada	115
2. El sistema de íntima convicción	119
3. Sistema mixto de valoración de la prueba	123
II. La libre y lógica valoración de la prueba	128
1. La valoración libre y lógica de la prueba	128
A. La libertad probatoria	132
B. Los parámetros objetivos de racionalidad	134
a. La lógica de la prueba	138
b. Las máximas de la experiencia	143
c. Los conocimientos científicamente afianzados	145
d. El contraste de los parámetros objetivos de racionalidad	149
C. La motivación como resultado de la valoración libre y lógica	153
2. Estándares de prueba en el sistema penal acusatorio	160
A. Estándar probatorio requerido en la ratificación judicial de las medidas de protección ministeriales en favor de la víctima u ofendido	162

a.	Estándar probatorio requerido en la ratificación o modificación (en beneficio de la víctima) judicial de las medidas de protección	165
b.	Estándar probatorio requerido en la cancelación de las medidas de protección	166
B.	Estándar probatorio requerido en la imposición de providencias precautorias	166
C.	Estándar probatorio requerido en los actos de investigación que requieren autorización judicial	167
D.	Estándar probatorio requerido en el libramiento de una orden de aprehensión (por cautela)	169
E.	Estándar probatorio requerido en el control de detención	171
F.	Estándar probatorio requerido en la imposición de prisión preventiva oficiosa	174
a.	Estándar probatorio exigido en la prisión preventiva oficiosa, previa al dictado del auto de vinculación a proceso	176
b.	Estándar probatorio en la prisión preventiva oficiosa dictada como consecuencia del auto de vinculación a proceso	177
G.	Estándar probatorio requerido en la imposición de medidas cautelares	179
H.	Estándar probatorio requerido en el dictado del auto de vinculación a proceso	189
a.	Estándar probatorio requerido en la acreditación de las causas de exclusión del delito y de extinción de la acción penal, en el auto de vinculación a proceso	191
I.	Estándar probatorio requerido en el sobreseimiento	191
J.	Estándar probatorio requerido en la sentencia condenatoria	192
	Referencias bibliográficas	195

PRÓLOGO

Es un honor y una satisfacción que el juez Iván Aarón Zeferín Hernández me haya distinguido para prologar su obra *La prueba libre y lógica. Sistema Penal Acusatorio Mexicano*. En la actualidad el derecho procesal penal ha cobrado igual o mayor relevancia que el derecho penal sustantivo, las discusiones técnicas y apasionadas de la imputación objetiva, la omisión por comisión, la diferencia entre la culpa consiente y el dolo eventual han dejado de ser fundamentales para la resolución de los conflictos penales, porque la determinación por parte del juez de la existencia o inexistencia de un delito quedaron en un segundo plano; ahora el sistema penal acusatorio incorporó nuevas figuras jurídicas que concluyen el proceso sin que se requiera la teoría del delito para su resolución (principios de oportunidad, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso y procedimiento abreviado).

Dentro del nuevo procedimiento resulta fundamental analizar si el tema del ofrecimiento, la admisión, la preparación, el desahogo, la valoración y la interpretación de la prueba es igual en el sistema tradicional respecto al penal acusatorio. El autor de esta obra parte de la siguiente premisa: ya no se trata de llegar al esclarecimiento de la verdad como lo contemplaba el sistema anterior, sino que ahora se busca en el Código Nacional de Procedimientos Penales que el juzgador pueda tener un acercamiento lo más estrechamente posible a lo acontecido y desde esa perspectiva se inician la interpretación y construcción conceptual en relación a la prueba y sus diversas connotaciones, su vinculación con el proceso y finalmente su valoración.

El autor nos hace ver que en el sistema penal acusatorio las partes buscarán a toda costa acreditar sus pretensiones procesales, de tal manera que, por regla general, la teoría del caso de la fiscalía será llegar a demostrar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado, mientras que la defensa su inocencia. Estos aspectos descansan en una de las finalidades del sistema adversarial, que es el de esclarecer los hechos. De esta manera, los sujetos procesales tratarán de convencer al tribunal de enjuiciamiento a partir de su respectiva teoría del caso, apoyada con elementos objetivos, contenidos jurídicos y actividad probatoria. El juzgador será quien finalmente, luego de analizar responsable y mesuradamente el material probatorio, resolverá en definitiva si las partes lograron el éxito procesal que afanosamente buscan; de ahí la importancia y trascendencia para los operadores del sistema penal acusatorio de tener claro cómo funciona el sistema de valoración de la prueba en el juicio oral.

Ante ello, destaco la utilidad de esta obra en la medida que el autor hace una descripción detallada y clara del concepto de prueba a través de sus diversas connotaciones, para enseguida continuar con el camino que sigue en el sistema acusatorio (anuncio, descubrimiento, ofrecimiento, admisión, exclusión, desahogo y valoración).

En especial da énfasis en la valoración libre y lógica, que ahora establece el Código Nacional, en donde no requerirá alguna tasación o regla estricta, sino que ésta se razonará en una libre apreciación, lo cual limita el paso de un sistema de íntima convicción, para dar cabida a la motivación y fundamentación de lo resuelto, a fin de dar certeza al gobernado de las determinaciones judiciales.

Es de tomarse en cuenta el análisis y la reflexión presentados por Zeferín Hernández en relación con la obtención de pruebas, en donde destaca que el legislador se encargó de eliminar cualquier tipo de diligencia para mejor proveer, dejando claro que el juzgador no puede recabar de oficio prueba alguna no ofrecida por las partes, aun cuando comprometan la verdad real o material; y lo justifica en la manera en que en el sistema acusatorio la verdad histórica no se encuentra al alcance de las partes; por tanto, el juez no está obligado a obtener la verdad material de lo acontecido, pues como rector del proceso no es su tarea llegar a esa meta, ya que de considerar que ésta es su labor estaría prácticamente maniatado para resolver el litigio, al no poder ejercer labores de investigación. En esas condiciones, las partes deberán demostrar la certeza de sus enunciados fácticos (verdad) a través de la acción probatoria y el órgano jurisdiccional, en emitir su fallo derivado de esa propia actividad de las partes, mediante una convicción objetiva, informada y apriorísticamente obtenida de la actividad probatoria; y, en caso de ser de culpabilidad, debe quedar ésta demostrada más allá de toda duda razonable, porque de existir alguna, el tribunal deberá absolver al acusado.

No debemos olvidar que la valoración de la prueba, es la labor más delicada del juzgador, pues además de implicar el respeto a los derechos humanos afecta de manera directa lo que se resuelva sobre la libertad y seguridad jurídica de las personas. En este contexto, resulta muy valioso que sea un juzgador a través de este texto quien nos comparta sus investigaciones, reflexiones y experiencia acumulada al frente de un Juzgado de Distrito especializado en el sistema de justicia penal acusatorio.

Las aportaciones que realiza Zeferín Hernández en este texto jurídico especializado, a mi juicio, son dos fundamentalmente, por una parte, realiza una sistematización que permite evidenciar la diferencia de la prueba en el sistema acusatorio y por la otra hace una propuesta innovadora de lo que a su juicio debe exigir el juzgador como estándar probatorio, en relación con esto último, seguramente habrá cuestionamiento o puntos de vista divergentes y en eso radica la aportación que nos hace el señor juez, porque constituye la punta de lanza o mejor dicho el inicio de un debate jurídico que será la base para que se construyan los precedentes judiciales. Lo cual inspirará a otros a escribir sobre el tema.

Abundando sobre lo referido, este texto jurídico hace una propuesta muy importante sobre el estándar probatorio para el sistema, en donde la valoración de la prueba no es comprobar los hechos, sino llegar a su esclarecimiento a través de la teoría del caso planteada por cada una de las partes; lo cual no significa necesariamente llegar a

la verdad real, sino que lo expresado o demostrado en el juicio le permitan al juzgador emitir un fallo objetivo y, sin duda razonable. Además comenta la necesidad de la subdivisión del estándar probatorio en uno diverso para cada una de las fases del proceso penal, pues dependiendo de la etapa deberán satisfacerse en mayor o menor grado las hipótesis que se sometan a consideración del órgano jurisdiccional.

Por ello, en la obra se hace un análisis por cada una de las etapas que a juicio del autor requieren un estándar probatorio, por citar algunos ejemplos: imposición de las providencias precautorias, actos de investigación que requieren autorización judicial, libramiento de la orden de aprehensión, control de la detención, imposición de prisión, auto de vinculación, acreditación de causas de exclusión, extinción de la acción penal y sobreseimiento. Al respecto, cabe comentar que destaca el estándar para emitir una sentencia condenatoria, como el máximo alcanzable en el proceso, en donde la verdad material no será la exigencia a satisfacer por los órganos acusadores, ya que sostiene que las partes no siempre la buscarán, porque sus intereses no son obtener la verdad, sino lograr sus pretensiones procesales; por ello, si no siempre es buscada en el proceso, no puede ser lograda en éste, pero la certeza de la responsabilidad al ser humana y materialmente accesible sí, de modo que será entonces la convicción de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable el parámetro probatorio a satisfacer.

Finalmente, quisiera reconocer particularmente la dedicación y empeño que muestra el señor juez en esta obra, a fin de expandir el conocimiento sobre el tema probatorio, ya que a través de su análisis, estudio, reflexiones y propuestas se contribuirá enormemente a construir una mejor práctica jurisdiccional. Invito a los estudiosos del derecho a consultar esta obra como una herramienta fundamental para el análisis y debate de la prueba libre y lógica del sistema penal acusatorio.

Dr. Alfonso Pérez Daza
Consejero de la Judicatura Federal

ACERCA DEL AUTOR

Iván Aarón Zeferín Hernández es licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y especialista de la primera generación en proceso penal acusatorio por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, así como maestro en derecho procesal penal de ese sistema. Cuenta con diversos diplomados en delincuencia organizada, juicio de amparo y proceso penal acusatorio. Asimismo, es docente certificado por examen por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal desde 2010. Ha sido docente en la referida universidad nacional y el Instituto de la Judicatura Federal. Se ha desempeñado como agente del Ministerio Público de la Federación especializado en delincuencia organizada, secretario de juzgado y tribunal colegiado de circuito en materia penal. Es también miembro de la Asociación Nacional de Especialistas en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio. Actualmente es Juez de Distrito especializado en el sistema penal acusatorio, cargo que ejerce en el estado de Yucatán.

PRIMERA PARTE

**LA PRUEBA PENAL
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
Y SU CAMINO PROCESAL**

I. *La prueba*

Cuando hablamos de prueba necesariamente tenemos que referirnos a un conflicto entre partes hecho litigio, el cual se somete al análisis del órgano jurisdiccional que, derivado de la exposición de las partes, inicialmente permite que aquél tenga una versión aparente de los hechos que eventualmente deberá ser llevada a un estadio de convicción que subsumirá la apariencia de lo expuesto, en una realidad objetiva y verosímil; en ese camino por demás complejo del juzgador, surge la necesidad de la prueba.

Entonces, el íter procesal del aspecto probatorio cobra relevancia, ya que el juez, mediante mecanismos legales previamente establecidos, deberá cerciorarse y, más aún, convencerse de los hechos discutidos y discutibles de las partes, que lo llevarán a emitir su resolución con base en ese convencimiento obtenido a través de la actividad probatoria.

Debe entonces, destacarse que para que exista un conflicto de las partes hecho litigio necesariamente le deben preceder hechos, los cuales serán el objeto de la prueba, ya que indiscutiblemente la veracidad o el convencimiento al que llegue el juzgador como consecuencia del íter procesal de la prueba tendrá como base determinados sucesos acontecidos en el pasado, que al ser puestos a su discernimiento, lo conducirán a una única convicción de esos eventos que serán la materia prima de su resolución, todo ello a través de juicios lógicos, razonables y objetivos.

Esa labor, extraordinariamente compleja, no debe concebirse como un logro a cargo del juzgador como búsqueda de la verdad histórica, la cual, precisamente por su naturaleza real y exacta, no está al alcance de persona alguna, pues de ser así, la ciencia del derecho entraría al terreno de las ciencias absolutas, no permisible para algo que se obtiene de un debate probatorio; más bien, estas apariencias planteadas subsumidas en una única versión objetiva y verosímil a la que llegará el juzgador no son más que la aplicación de la norma jurídica a un caso concreto a través del convencimiento probatorio.

Por ello, esos conceptos *in veritate inquirenda* o descubrimiento real de lo que sucedió son aspectos que nuestro derecho mexicano abandonó con la incorporación del sistema penal acusatorio y más específicamente con la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, que contempla —entre otras— una expresa finalidad el proceso, que es tener por esclarecidos los hechos. Derivado de lo anterior, el sistema penal acusatorio no trata de llegar al esclarecimiento de la verdad, como lo contemplaba su antecesor el Código Federal de Procedimientos Penales bajo el amparo del sistema

tradicional, sino que aquél busca que el juzgador pueda tener un acercamiento lo más estrechamente posible a lo acontecido, reconociendo expresamente sus limitaciones.¹

1. *La prueba penal en el sistema penal acusatorio*

Cuando hablamos de prueba penal necesariamente nos referimos a un conflicto entre partes hecho litigio, con motivo de la probable comisión de un delito. Inicialmente se tenía la concepción, bajo el esquema monopólico de la acción penal a cargo de la institución ministerial, que ese conflicto ocurría entre un gobernado y el Estado; no obstante, con la aparición de la acción particular —abandonada por el constituyente de 1917, con la creación de la institución del Ministerio Público— el conflicto con motivo de la comisión de un hecho que la ley señala como delito también acontece no sólo con relación al Estado, sino también entre particulares. Esta dicotomía del papel acusatorio le ha conferido una posición de especial importancia a la víctima u ofendido del delito, sujeto procesal que si no es que fue desabrigado legislativamente en antaño, sí fue proyectado en segundo término, bajo el papel procesal preponderante que se daba al Ministerio Público.

Derivado de lo anterior, los hechos calificados por la ley como delito, que son el objeto de la prueba penal, ya en el sistema acusatorio, se rigen por los principios de libertad probatoria y de investigación, pero ésta ya no es sólo oficial, sino además particular, al conferirle esa propia facultad no solamente al Ministerio Público, sino además a la víctima u ofendido (por sí o a través de su asesor jurídico) e incluso al imputado (por sí o a través de su defensa); por ello, la prueba penal como instrumento de acreditación de los hechos y de la investigación en sí misma, ya no es propia y exclusiva del Estado, sino también de las demás sujetos procesales que buscarán demostrar su teoría del caso.

Ahora bien, la actividad probatoria en materia penal, como toda prueba materia de un litigio, busca producir en el ánimo del juzgador una convicción que le permita sustentar su resolución basado en un convencimiento ya no matemático o puramente científico, sino psicológico, con respecto a aquello que le fue planteado a través de la teoría del caso de los sujetos procesales. Claro está que enunciarse un concepto psicológico de convencimiento del juzgador no significa que no estemos ante una certeza objetiva, más bien se asume que el órgano jurisdiccional tenga evidencia propia de que su decisión fue tomada de manera reflexiva y apriorística.

De esa manera, en términos generales, la prueba en materia penal se trata de un instrumento utilizado por las partes procesales (todas) para proporcionar al órgano

¹ Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, España, Marcial Pons, 2010.

jurisdiccional información de lo acontecido; constituye, así, un instrumento de conocimiento que ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en proceso,² de esa manera, cobra especial relevancia que el juez, como órgano receptor de la prueba, no tiene encomendada la tarea de establecer la verdad de los hechos, habida cuenta de que se trata de un árbitro pasivo en el debate de los sujetos procesales, con la única función de tutelar derechos fundamentales y, derivado de esa tarea específica, no le puede ser encomendado investigar lo que históricamente ocurrió, por lo que esa función, en esencia, corresponde a las partes, quienes mediante la actividad probatoria deberán influir en el juzgador a través de métodos cognoscitivos y persuasivos, a fin de ver culminadas exitosamente sus pretensiones procesales.

Por ello, la prueba en el sistema penal acusatorio no sólo es un instrumento utilizado por las partes para trasladar información al juzgador, sino que además busca influir (de manera cognoscitiva e incluso persuasiva) en el ánimo de aquél. De esa manera, no podemos claramente afirmar que el sujeto procesal busca llegar a la verdad material, ya que ésta incluso podría representar una posición antagónica a su teoría del caso, de ahí que tal parte procesal no va a buscar esclarecer la verdad real e infalible, sino su verdad, o más puntualmente dicho: su versión de los hechos, la cual incluso podría verse afectada si, en el ejemplo de la defensa, se advierten pruebas que le son desfavorables y, como consecuencia de ello, se opta por no descubrirlas a la contraparte en la etapa intermedia y, por ende, no llevarlas a juicio. Bajo esa óptica, se tienen dos vertientes importantes: primero, los sujetos procesales no necesariamente van a tratar de descubrir la verdad material al aportar pruebas y, segundo, el órgano jurisdiccional no puede, bajo su función de árbitro pasivo en la contienda, tratar de descubrir la verdad material mediante una función activa, pues evidentemente las diligencias para mejor proveer³ y todo lo concerniente a ellas desaparecen en el sistema penal acusatorio; de ahí, entonces, que el hecho de que el legislador mexicano, al dar vigencia al Código Nacional de Procedimientos Penales, contemplara el esclarecimiento de los hechos como finalidad del sistema penal acusatorio es, considero, un aspecto acorde con el sistema recién adoptado, de lo cual incluso nos ocuparemos enseguida.

A. El esclarecimiento de los hechos en el sistema procesal penal mexicano

Como ha quedado puntualizado, el sistema penal acusatorio tiene como finalidades a) esclarecer los hechos, b) proteger al inocente, c) procurar que el culpable no quede im-

² Taruffo, Michele, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, Chile, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana.

³ Contempladas en el sistema mixto tradicional, específicamente en materia federal, en el artículo 150 del Código Federal de Procedimientos Penales.

pune y d) que se repare el daño, circunstancias todas ellas que patentizan en forma ostensible una protección de derechos fundamentales para todos los sujetos procesales, que van desde la víctima u ofendido a los que deberá repararse el daño que sufrieron, hasta el imputado o acusado, de quien se procurará que no quede impune el acto que cometió, pero siempre privilegiando su calidad inicial de inocente.

No obstante, lo que nos interesa en este apartado es la primera de las finalidades; esto es, esclarecer los hechos; aspecto que pudiera no ser tan figurativo en un contexto generalizado, pero especialmente importante cuando se ingresa al terreno de la institución probatoria.

Así es, en este constante devenir por demás complejo de la actividad judicial se crean las interrogantes de si la actividad probatoria tiene como finalidad descubrir la verdad, si esta verdad está al alcance de las partes, si el esclarecimiento de los hechos es llegar a la verdad o si sólo esclarecer los hechos conlleva a resolver el conflicto o acercarse a la verdad.

Existen en la doctrina diversas acepciones respecto a la verdad que puede alcanzarse en el proceso; en primer término, por citar algunos ejemplos, tenemos la hipótesis que establece Lawrence Jonathan Cohen,⁴ basado en el modelo inductivo, en los que señala que existe probabilidad de que exista aquello que es demostrable sólo cuando es verosímil o tangible. Para Cohen, la probabilidad se entiende como un concepto que surge no del azar, sino de las causas;⁵ esto es, se basa directamente en las reglas derivadas de la obtención de evidencias (las cuales deben ser más de una para que corroboren una verdad); no obstante, la crítica más sensible al respecto sería que su hipótesis rechazaría la aplicación de la figura del testigo único, que ocurre regularmente en los delitos de realización oculta y que han demostrado eficacia en los ordenamientos jurídicos.

Por su parte, Marina Gascón Abellán nos habla de que justificar un enunciado fáctico (hecho expresado por las partes) es argumentar que es verdadero a probable y las razones que constituyen esa justificación son los criterios de probabilidad o aceptabilidad de su verdad; así, del mismo modo que la justificación de la premisa normativa del silogismo judicial remite a un sistema normativo más amplio, en el que el derecho debe integrarse, la justificación de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico.⁶

⁴ Laurence Jonathan Cohen (07 de mayo de 1923 - 26 de septiembre de 2006) filósofo británico, cuyas obras principalmente se basan en las facultades y el uso del razonamiento y cómo se deben utilizar correctamente razonamientos en profesional evaluación de las pruebas en los ensayos jurídicos y científicos.

⁵ Cohen, L. J., *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, p. 272.

⁶ Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, España, Marcial Pons, 2010, p. 193.

A su vez, Michel Taruffo sostiene que en el ámbito del proceso se puede hablar solamente de una verdad relativa y *context-laden*, del mismo modo que se pueden hablar de procesos más o menos orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia; empero, el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso no constituye una razón suficiente para afirmar que solamente se puede hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto al contexto procesal y de las narraciones que en él se dan.⁷

Ferrer Beltrán, por su parte, introduce un contexto basado en la probabilidad de lo ocurrido, lo cual va a ser obtenido a través de los diversos estándares de prueba, a la que se concibe como un instrumento si bien legal, también limitado por razones objetivas.⁸ Sea el criterio que se siga, los anteriores juristas parten de una misma circunstancia: no es posible alcanzar la verdad histórica o absoluta, ya que no está al alcance de persona alguna; por ello, puede hablarse de una verdad basada en los esquemas propios de la epistemología general, como señala la autora Gascón Abellán, o de una verdad procesal, como apunta Michel Taruffo, o bien de una probabilidad, como lo contextualiza Ferrer Beltrán; no obstante, en el sistema mexicano, cuando se hace referencia a la locución “verdad”, se erige el cimiento procesal para esclarecer los hechos o más propiamente dicho, para tener por demostrada la teoría del caso de los sujetos procesales.

Así es, cuando hablamos de esclarecer los hechos tenemos necesariamente que pensar en la resolución judicial de un conflicto hecho litigio, el cual suele presentarse como un «silogismo», es decir, se parte de una premisa mayor (que es la norma jurídica) y de una premisa menor o fáctica, que es la calificación de hechos aplicados a esa norma; consiste, entonces, en subsumir un supuesto de hecho concreto (un caso) en el campo de aplicación de una norma. El resultado de tal interpretación es un enunciado normativo (no general y abstracto sino) individual y concreto que califica el supuesto de hecho en mención.⁹ Por ello, inicialmente como premisa mayor tendríamos la ley que regula el caso concreto, más propiamente dicho, el tipo penal que establece el hecho que la ley señala como delito. Así, la premisa menor constituiría el enunciado fáctico que se debe subsumir a la norma, esto es, los hechos materia de litigio, los cuales serán puestos a consideración del órgano jurisdiccional en forma verbal¹⁰ por

⁷ Taruffo, Michel, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Chile, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, p. 68.

⁸ Ferrer Beltrán, J., *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons, 2007.

⁹ Guastini, R., *L'interpretazioni revisitata*, Turín, Giappichelli, 1996.

¹⁰ De conformidad con el artículo 44 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se debe propiciar que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones que demuestren falta de

parte del fiscal en el momento en que formula la imputación;¹¹ esta exposición no es más que el enunciado fáctico de lo que ocurrió, el cual se debe acreditar a través de la institución de la prueba, ya que el procedimiento probatorio judicial va encaminado a determinar que ciertos enunciados son verdaderos, esto es, que presuponen una cierta realidad, porque se adecuan a una verdad objetiva, que no es necesariamente real o material. De lo que entonces puede concluirse que los enunciados fácticos (o hechos expuestos) son verdaderos si corresponden a la contextualización de una realidad.

En efecto, la finalidad de la prueba y su valoración a cargo del órgano jurisdiccional tiene que ser el acercamiento a los hechos acontecidos, no como verdad material o histórica, sino como acercamiento a lo que aconteció; esto es, no se trata de buscar en cada proceso una obtención «imposible» de la realidad exacta acontecida, pero tampoco debemos apartarnos de buscar un acercamiento a la verdad, con las evidentes limitantes que acarrearán los aspectos humano y jurídico. De lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrechamente posible, reconociendo expresamente sus limitaciones evidentemente.¹² Por ello, como lo hemos sostenido, el litigante buscará probar su versión de lo acontecido, esto es, su verdad, pero no puede apartarse en forma indiscriminada de lograr influir en el juez, a fin de que éste tenga un convencimiento objetivo de lo que realmente aconteció, esto es, de tener una cercanía a la realidad ocurrida, basado en lo expuesto por las partes en su teoría del caso y sustentado con la institución probatoria.

De esa manera es que cobra especial relevancia la aproximación o al menos un acercamiento a ella a través del *id quod plerumque accidit*,¹³ porque un sistema mixto de corte acusatorio no puede tener matices de *averiguador* de la verdad, propia de los inquisitivos y que, aunque nuestro sistema anterior se jactaba de ser mixto, tenía directrices que lo hacían indagador, pues entre muchas otras facultades, se debe enfatizar la atribución del juez de realizar diligencias para mejor proveer, las cuales (cabe decirlo con todas sus letras), tenían como base una función investigadora de la autoridad judicial. Actividad que incluso se retoma en algunos sistemas de corte acusatorio de diversos países, en virtud de que el órgano jurisdiccional tiene la facultad de hacerse allegar diversos medios de prueba para mejor proveer o la finalidad de ser *averiguador* de la verdad.

argumentación y desconocimiento del asunto.

¹¹ Nótese que los hechos materia del proceso no se especifican en el auto de vinculación a proceso, en virtud de que para esa etapa procesal la institución ministerial ya sometió a debate los eventos en la etapa de imputación; por ello, al no poder variar los hechos del auto de vinculación a proceso con los diversos expuestos al formular la imputación, los que serán la columna vertebral del proceso estarán señalados en esta última etapa.

¹² Nieva Fenoll Jordi, *op. cit.*, nota 1, p. 23.

¹³ *Ibidem*.

Por ejemplo, en Puerto Rico¹⁴ el juez tiene la atribución de llamar a juicio a testigos que no han sido ofrecidos por las partes; asimismo, el Código de Procedimiento Penal Alemán le otorga facultades al tribunal de ejercer actos de investigación tomando el lugar de la fiscalía;¹⁵ por su parte, el derecho penal procesal costarricense establece que el objeto de la instrucción judicial es el descubrimiento de la verdad;¹⁶ de igual modo, el Código Procesal Penal de Colombia preceptúa que el juez puede decretar pruebas de oficio, ya que el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real.¹⁷ Esta misma circunstancia es retomada en el sistema penal salvadoreño, al darle atribuciones al juez de ordenar pruebas de oficio cuando lo estime conveniente.¹⁸

Lo anterior pone de manifiesto que algunos países de corte acusatorio buscan descubrir la verdad e, incluso, en caso de no obtenerla con el elenco probatorio de las partes, los tribunales pueden de oficio ordenar su realización, con tal de no ver comprometida esa verdad, con lo cual considero que puede verse trastocado el principio de imparcialidad, pues se debe recordar que los hechos materia del proceso (o enunciados fácticos a probar) son los propuestos por el fiscal y si se toman las riendas de la actividad probatoria para descubrir una verdad afanosa, podríamos caer en una inevitable y no intencionada violación de derechos procesales en uno u otro sentido.

En el recién adoptado (a nivel nacional) sistema penal acusatorio mexicano el legislador se encargó de eliminar cualquier tipo de diligencias para mejor proveer, dejando entonces claro que el juzgador no puede recabar de oficio prueba alguna no ofrecida por las partes, aun cuando comprometan la verdad real o material; cuestión que encuentra armonía en la finalidad del sistema a la que se ha hecho referencia en este apartado.

En esas condiciones, pueden enfatizarse los siguientes aspectos: primero, el juez, en el ámbito de sus atribuciones, no está legitimado para realizar diligencias para mejor proveer; segundo, tampoco tiene facultades de investigación de lo ocurrido, ya que, como se ha expuesto, se trata de un árbitro pasivo en la contienda que sólo hace que se respeten las reglas, solicita la aclaración de algunos puntos, pero no participa en ella como contrincante, sino como rector del juego; tercero, asumiendo el rol pasivo, no está obligado a buscar la verdad material de lo sucedido, pues como director del proceso no es su tarea llegar a una verdad histórica, ya que de considerar que ésa es su labor, estaría prácticamente maniatado para resolver el litigio, al no poder ejercer

¹⁴ Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975.

¹⁵ Sección 169 del Código de Procedimiento Penal Alemán.

¹⁶ Artículo 185, inciso 1, del Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica.

¹⁷ Artículo 234 del Código de Procedimiento Penal de Colombia.

¹⁸ Artículo 320, inciso 10, del Código Procesal Penal.

labores de investigación; cuarto, al serle impedido actuar dentro la contienda (como litigante), así como serle vedado el buscar la verdad y menos estar facultado para investigar, entonces lo que le queda es ejercer pasivamente su labor de árbitro, esto es, hacer que se cumplan las reglas procesales, ser receptor de los enunciados fácticos, captar la prueba, valorarla y, finalmente, emitir su fallo, con lo cual se cumpliría la labor de todos los sujetos procesales: las partes¹⁹ en demostrar la certeza de sus enunciados fácticos (o su verdad) a través de la actividad probatoria y el órgano jurisdiccional, en emitir su fallo derivado de esa propia actividad de las partes, mediante una convicción objetiva, informada y apriorísticamente obtenida de la institución probatoria que le fue producida.

De ello, entonces podemos entender que el esclarecer los hechos es una actividad que surge cuando cada sujeto cumple su función, pues sólo a partir de enunciados fácticos expresados a través del instrumento denominado teoría del caso, apoyado con elementos objetivos, contenido jurídico y actividad probatoria, las partes pueden llegar a generar el tan buscado convencimiento del órgano jurisdiccional; lo anterior, desde luego, con el conocimiento previo de los factores detonadores condicionantes que de esa convicción generan los entornos lógicos, psicológicos, sociológicos y jurídicos, los cuales rodean al juez en su toma de decisiones y que entonces serán los contenidos de carácter objetivo y lógico que arroja la actividad probatoria los que fundarán aquella determinación.

Tomemos así, un ejemplo al respecto: imaginemos que una persona es acusada de privar de la vida a otra; sin embargo, el único testigo de cargo declaró que por la madrugada estaba en la planta alta de su casa viendo televisión cuando escuchó un disparo en la calle; se asomó y vio cómo la víctima estaba sobre la acera sin vida y se advertía que había sufrido un disparo en la cabeza, mientras que vio al acusado (plenamente reconocido) corriendo a 10 metros del cadáver, en dirección opuesta al lugar en que éste se encontraba, guardando en la cintura lo que parecía ser un arma de fuego. Nunca se aseguró el arma de fuego que el testigo vio portaba el acusado y tampoco se logró la detención de éste en ese momento, sino que aconteció con posterioridad.

Bajo ese supuesto, la premisa mayor es clara: se cometió el delito de homicidio calificado; la premisa menor entonces sería determinar si el acusado fue quien privó de la vida a la víctima al dispararle en la cabeza con un arma de fuego.

El Ministerio Público intentará probar que sí lo hizo, al ser la única persona que estaba en el sitio y además armado y huyendo del sitio; por su parte, la defensa inten-

¹⁹ Que de conformidad con el artículo 105, último párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, por “partes” debe entenderse al imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico.

tará demostrar que en realidad ese día hubo un altercado donde participó una tercera persona que fue la que le disparó a la víctima, al haber discutido previamente con ella.

En esas condiciones, se tienen claramente dos enunciados fácticos: el de la fiscalía, que atribuye el delito al acusado y el de la defensa que establece que el responsable fue un tercer sujeto. Será la actividad probatoria de las partes que, mediante una extracción de su contenido lógico y objetivo, influya en el juzgador para emitir su fallo; esto es así porque el órgano jurisdiccional se verá influido por aspectos de índole lógico, psicológico y sociológico que lo determinarán en su convencimiento, como el conocer si se acreditó la existencia de esa tercera persona, si está identificada, si había más gente en la calle; así como la posición del cadáver, la distancia del disparo, la trayectoria de la ojiva o la relación distancia-tiempo de la escucha del disparo a cargo del testigo en el momento en que vio al acusado corriendo a 10 metros del cadáver, por citar algunos ejemplos de la universalidad de circunstancias y vicisitudes que puedan resultar de un evento delictivo y las sendas posibilidades de la forma en que éste ocurrió; esto es, se intenta entonces esclarecer los hechos, sin que se pretenda necesariamente llegar a una condición afanosa de saber acuciosa y exactamente qué fue lo que ocurrió y, desde luego, mucho menos que el juez tenga que recabar de oficio diversos medios de prueba no aportados por las partes para llegar a una verdad absoluta.

Es cierto que existen ocasiones en que la actividad probatoria sí puede probar una verdad, por ejemplo, un certificado médico de defunción puede probar que una persona ha perdido la vida o una prueba material incorporada a juicio puede demostrar la existencia corpórea de un objeto; esto es, la prueba sí puede averiguar la verdad. No obstante, dentro de un proceso, lleno de complejidad y circunstancias especialmente disímiles, debatidas y sobre todo debatibles, no es posible lograrlo.

De lo anterior, entonces se pueden establecer las siguientes directrices:

- La prueba en ocasiones sí puede averiguar una verdad.
- En el proceso penal, debido a su ostensible complejidad y al debate de las partes, no es posible llegar a una verdad absoluta.
- Por ello, cuando se dicta sentencia no se resuelve alcanzando una verdad absoluta sino una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.
- En consecuencia, en el proceso no siempre se obtiene la verdad.
- Asimismo, en cuanto a los intervinientes en el litigio:
- La verdad, en el proceso penal, no siempre es buscada por las partes.
- Esto es así, porque sus intereses no son obtener la verdad, sino lograr sus pretensiones procesales.
- Por ello, si la verdad no siempre es buscada por los intervinientes en el proceso, no puede ser lograda en éste.

En mérito de ello, entonces el juzgador:

- No tiene que erigir su determinación en una verdad absoluta, porque ésta no puede ser conseguida.
- Es viable, entonces, que resuelva teniendo en cuenta que el estándar probatorio no es la verdad absoluta, sino el esclarecimiento de los hechos, reflejado en la convicción más allá de toda duda razonable, de la culpabilidad del justiciable.
- Esclarecer los hechos no es llegar a la verdad, sino que objetivamente lo expresado y demostrado por las partes le cree convicción al juez.
- Esclarecer los hechos, entonces, representa un estándar probatorio menos exigible para el juzgador que encontrar la verdad absoluta.
- Aunque este estándar es menos exigible, es material y humanamente alcanzable.
- Por lo tanto, lo que es material y humanamente alcanzable es viable y útil para la finalidad para lo cual se estableció.

Es importante mencionar que las anteriores expresiones serán retomadas en las distintas etapas procesales que se analizarán en capítulos subsiguientes; de ahí que tales afirmaciones *grosso modo*, representan solamente directrices de lo que se abordará en este trabajo.

B. *La carga de la prueba*

Ya hemos hecho referencia a la verdad que se busca en el sistema penal acusatorio, cuya construcción deontológica se basa en esclarecer los hechos. No obstante, dentro del devenir de la institución probatoria aparece el *onus probandi*, o carga de la prueba que, aunque parezca paradójico, es una consecuencia de la falta o deficiencia de la actividad probatoria, que conlleva una consecuencia jurídica contra la parte procesal que la ley específicamente señale.

Esta institución, contemplada incluso desde el Código de Hammurabi, cuyo numeral 101, basado en la ley del tali3n, confería la facultad de imponer tratos crueles e incluso la muerte a la persona que cometiera un delito, a menos que aportara prueba que demostraran su inocencia, guarda estrecha relación con las instituciones que se han analizado en páginas anteriores, pues —como se ha indicado— la finalidad del sistema penal acusatorio es esclarecer los hechos; empero, cuando una parte procesal no produce de manera eficaz la actividad probatoria, la consecuencia procesal será que su acción no prospere y, como consecuencia lógica, los hechos no estarán esclarecidos, sino que más bien no estarán suficientemente demostrados, lo que necesariamente conllevará a la absolución del acusado. De lo que entonces se evidencia

que, por imperativo constitucional y legal,²⁰ la carga de la prueba, en el sistema penal acusatorio, le corresponde necesariamente al sujeto procesal acusador, es decir, al Ministerio Público o al gobernado que ejerce su correspondiente acción penal particular.

Así, esta institución guarda armonía con la facultad vedada al órgano jurisdiccional de recabar medios de convicción, ya que al no serle autorizada al juzgador la facultad de ordenar prueba por sí mismo, con independencia de que las partes la practiquen o no, la figura de la carga de la prueba cobra relevancia, pues la institución ministerial o el particular acusador tendrá esa labor procesal, dejando a un lado el juzgador esa tarea, para hacerse cargo de administrar justicia. De esa manera, si el órgano acusador (público o privado) no puede probar lo que afirma (derivado, desde luego, de su actividad probatoria), se absolverá al acusado (bajo las reglas del criterio racional), sin posibilidad del juez para valorar la prueba de éste, ya que en este caso no se trata de esclarecer los hechos, sino que la tarea del litigante acusador no aprobó el estándar probatorio necesario para entrar en disputa con los diversos medios de prueba del acusado, esto es, los medios de convicción de cargo ni siquiera tendrán la fuerza procesal necesaria para ser puestos en la mesa del debate probatorio, ya que ni siquiera han alcanzado a subir a la mesa.

Desde luego, es necesario dilucidar qué estándar tendrá el órgano acusador para que el alcance de sus pruebas sean suficientes para entrar a la contienda probatoria; esta connotación, más compleja de lo que pudiera conceptualizarse, tiene relación con el concepto anglosajón *beyond any reasonable doubt*, heredado a nuestro sistema penal acusatorio y que será abordado en capítulos siguientes.

C. Fuentes de la prueba y medios de prueba

Cuando nos referimos a las fuentes de la prueba necesariamente hablamos del origen de una cosa, de su fundamento o principio; así, al mencionar la fuente de prueba, la

²⁰ Artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra establece:

“Art. 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

A. De los principios generales:

(...)

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente...”.

Así como el diverso 130 del Código Nacional de Procedimientos Penales que preceptúa:

“Artículo 130. Carga de la prueba

La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.

conceptualizaríamos como el origen de la información de los hechos. Por ello, la fuente de la prueba conlleva una independencia del proceso, ya que no se debe a él, sino que existe por sí misma, lo que quiere decir que es extraprocesal. Por ello, la fuente de la prueba es un concepto extrajurídico, anterior al proceso y extraño a él.²¹ Puede subsistir aunque nunca exista un litigio procesal.

Por su parte, los medios de prueba (*lato sensu*), en contraposición, tienen un carácter puramente intraprocesal, ya que están constituidos por la actividad procesal y, en consecuencia, nacerán, se formarán y concluirán en el proceso.

Concatenando ambos conceptos, las fuentes de prueba se van a incorporar al proceso a través de los distintos medios de prueba, los cuales se hallan conformados por la actividad del juez mediante el cual se busca esclarecer el hecho; por su parte, la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve para deducir el propio esclarecimiento de los hechos.²²

En esas condiciones, será fuente de prueba la materialidad de un documento, su contenido y el hecho declarado por la víctima o testigo; mientras que los medios de prueba constituyen la forma en que esas fuentes son incorporadas a juicio. De esa manera, los medios de prueba, que pueden clasificarse en reales y personales, serán la prueba documental y material (reales), así como la testimonial y pericial (personales).

Por ello, el medio de prueba será la actividad procesal por la que el litigante introduce al juicio una fuente. Para efectos ilustrativos podemos enunciar el ejemplo de un policía que detiene a una persona que acaba de robar un establecimiento mercantil y le asegura el arma de fuego utilizada en el hecho punible. El agente y el objeto bélico serán fuente de prueba (existirán incluso aunque nunca se denuncie el hecho) y se introducirán al proceso como testimonial y material incorporada a juicio (medios de prueba).

2. La prueba y sus diversas connotaciones

Constituye un actuar habitual de los juristas nombrar a la prueba bajo diversas acepciones. Cotidianidad aceptada en el ámbito generalizado del derecho, ya que enunciar a aquélla como medio de prueba, medio de convicción, medio demostrativo, elemento probatorio, entre otros significados, es —digamos— jurídicamente correcto. No obstante, en el sistema penal acusatorio la conceptualización de la prueba y la especificidad de su enunciación sí encierran un especial significado, ya que se derivan ni más

²¹ Una visión de conjunto en Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Argentina, Ejea, 1979, pp. 9-27.

²² Carnelutti, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, Argentina, 1.1, 1950, p. 299.

ni menos que del espíritu del constituyente y del legislador creadores del sistema y, por ende, no deben pasar inadvertidas tales connotaciones, pues aquella cuestión está directamente relacionada con su alcance probatorio e incluso con la etapa procesal en que se producen.

En ese orden, dentro de las acepciones de la prueba en el sistema penal acusatorio, tenemos las evidencias, los datos de prueba, los medios de convicción, los medios de prueba y las pruebas en sí mismas. Significados que si bien se refieren a una misma fuente de prueba (real o personal), tienen alcances y efectos jurídicos diversos y, por ende, deben necesariamente ser diferenciadas. Se analizarán a continuación en ese orden.

A. Evidencias

El término “evidencias” tiene una acepción material, pues se refiere propiamente a una fuente material que eventualmente podrá ser introducida al proceso como dato o medio o como prueba en sí misma. No obstante, se dice que es material porque se trata de un indicio apreciable por los sentidos, el cual tiene relación con un hecho que la ley señala como delito; de ahí que se trata de un vestigio o indicio que puede ser captado a través de los órganos de los sentidos.

La palabra evidencia, que proviene del latín *evidentia*, constituye una prueba en un proceso,²³ por ello, no necesariamente todos los objetos que se encuentren en la escena del hecho serán evidencia, sino sólo aquellos que sean de utilidad para el procedimiento y que en consecuencia recorrerán, eventualmente, el camino de toda prueba penal.

Ahora bien, la evidencia o indicio tiene diversas formas de vincularse con el hecho, ya que puede ser localizada, descubierta o aportada por alguna persona.²⁴ En el primer caso, será localizada cuando se requiera averiguar o indagar el lugar en el que se halle; por ejemplo, en el caso de un arma de fuego utilizada durante un robo calificado, la cual, de conformidad con las entrevistas realizadas a los testigos en el sitio de los hechos, fue proyectada hacia un lote baldío por parte del activo, por lo que después de escudriñar en su búsqueda los agentes logran ubicarla en ese sitio. Asimismo, la evidencia será descubierta, cuando se halle escondida o se ignore su existencia; así, será descubierta la evidencia en el ejemplo apuntado, si de la búsqueda de indicios

²³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Tomo I. p.1013.

²⁴ Distinción que hace el artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer:

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

(o recolección en el lugar de los hechos) se descubre la pistola en el lote baldío de la cual no se sabía hasta ese momento de su existencia, pero que necesariamente tiene relación con los sucesos delictivos. Finalmente, la evidencia será aportada, cuando es conducida o llevada a la policía por tercera persona; en el ejemplo, si el arma de fuego es vista en el sitio específico por un testigo, el cual conduce a la policía hacia ese objeto, con el fin de que sea recopilada por tener relación con el evento. Desde luego, sin que el propio testigo la tome de propia mano y la conduzca físicamente hacia la policía, pues de lo contrario podría alterar su naturaleza demostrativa.

Ahora bien, la evidencia puede ser determinada o indeterminada; en el primer caso será determinada cuando no requiera un análisis minucioso o pormenorizado para demostrar su naturaleza, tal como sucede con los objetos como alguna navaja, un martillo, un palo, entre otros, que no requiere más que la simple apreciación a través de la vista; no obstante, serán indeterminadas cuando se necesite un análisis más minucioso para conocer su naturaleza, como sería el polvo que parece estupefaciente, el líquido que se asemeja al hemático, entre otros.

La evidencia, como ente corpóreo relacionado con el hecho, debe seguir ciertos lineamientos para conservar íntegramente su eficacia probatoria, es decir, debe existir un registro sistemático de todo su recorrido, de donde surge entonces la llamada cadena de custodia, que no es más que el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión;²⁵ así, la cadena de custodia deberá tener en cuenta la identidad, el estado original, las condiciones de recolección, la preservación, el empaque y el traslado; los lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos;²⁶ por ello, una vez que la evidencia ha sido localizada, descubierta o aportada, debe ser recolectada, con lo cual se embalará en un recipiente acorde con la naturaleza del objeto y se anotará en ese mismo contenedor los datos del funcionario que lo recopiló; en el entendido de que deberán ser registradas numéricamente, en el orden en que fueron descubiertas, localizadas o aportadas; lo anterior, porque debe tener congruencia cronológica con la forma en que se relacionen los eventos denunciados, a fin de que ese mismo orden sea el que rija durante todo el proceso.

Es importante mencionar que en el sistema penal acusatorio mexicano ese mismo número de registro que se otorga al objeto recopilado desde su inicio, lo conservará el

²⁵ Lo anterior, de conformidad con el artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁶ *Idem*.

objeto en todo el proceso, desde la etapa de investigación inicial hasta incluso cuando fuera incorporado a juicio. Lo que significa que la incorporación material a juicio del objeto ocurrirá precisamente en ese momento, ante el tribunal de enjuiciamiento, pero su número de identificación será otorgado desde que es recolectado por la policía; circunstancia que es disímil, por ejemplo, de los sistemas anglosajones, en los que el objeto se identifica en el juicio, se marca con un número en ese preciso momento, se muestra a las partes, para finalmente marcarlo como *exhibit* y darle publicidad;²⁷ esto es, el objeto se marca en esa instancia por el alguacil y no antes, como ocurre en nuestro sistema.

Ahora bien, las evidencias durante la cadena de custodia pueden sufrir alteraciones, ya que es necesario en muchos de los casos que sea manipulada para determinar su naturaleza, por ejemplo, en tratándose de evidencia indeterminada, la cantidad de polvo puede sufrir un menoscabo, derivado del análisis químico que tendría que hacerse; no obstante ello, por el solo hecho de que se alteren no perderán su valor probatorio, a menos que se demuestre que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate, como sucedería por ejemplo, en un estudio de identificación de genoma humano, para corroborar la correspondencia de ADN, en caso de que no se preservara de manera necesaria la muestra seminal localizada en la víctima y que conllevara a que la prueba pudiera arrojar resultados no óptimos.

Así entonces, en resumen, las evidencias se van a localizar, descubrir o aportar generalmente en el sitio de los hechos; se procederá así a su recolección, esto es, a su levantamiento; posteriormente se embalarán, lo que significa que se guardarán y protegerán en un recolector idóneo para ello; luego se marcarán con un número de registro y se firmarán por su recopilador, con lo cual se iniciaría la cadena de custodia que eventualmente deberá ser cuidada, continuada, proseguida y firmada por los intervinientes en ella, con la finalidad de que el objeto no pierda su alcance probatorio, ya que eventualmente será ponderado o valorado en etapas tempranas o en la propia de juicio.

B. *Datos de prueba*

Ya se analizó lo relacionado con las evidencias, el camino físico que éstas siguen y la cadena de custodia a la que son sometidas en el procedimiento penal; no obstante, es

²⁷ Fontanet. Maldonado, Julio E., *Principios y técnicas de la práctica forense*, 3ª ed., Puerto Rico, 2010, p. 111.

importante ahora analizar la vía jurídica que atraviesan esos indicios en las diversas etapas procesales.

En efecto, en ese camino, encontramos el dato de prueba; el cual, de conformidad con el numeral 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierte idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

En esas condiciones, tenemos que el dato de prueba se trata propiamente de referir que existe un determinado medio de convicción, esto es, una evidencia o indicio, el cual será tomado en consideración como elemento demostrativo, pero que como ya se encuentra referenciado en un documento o mejor dicho, enumerado y relatado en la carpeta de investigación, constituye así un dato de prueba.

Los datos de prueba son abordados desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que los numerales 16, 19 y 20 los contemplan como sustento jurídico para librar orden de aprehensión, dictar auto de vinculación a proceso o como como elementos del derecho fundamental del debido proceso; así, se trata de una innovación que la Ley Fundamental hace para el sistema penal acusatorio, al sustituir la palabra “prueba” con “dato”, este último, que se trata de un antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho,²⁸ de esa manera, cuando hablamos de dato de prueba, necesariamente nos constreñimos a un antecedente referenciado en la carpeta de investigación, que va a tener utilidad jurídica en el procedimiento penal.

Ahora bien, sabiendo de antemano que el dato de prueba es un antecedente, se hace necesario el precisar que constituye precisamente el antecedente de un hecho, cuyos elementos tienden a generar la certeza jurídica de que algo aconteció de determinada circunstancia; esto es, se hace ostensible que el dato de prueba pretende demostrar una cuestión concreta, circunstancia que podría traducirse en que propiamente se trata de una prueba; no obstante lo anterior, más adelante analizaremos las diferencias que existen entre datos de prueba, medio de prueba, medio de convicción y prueba, locuciones que si bien todas ellas tienden a demostrar hechos y circunstancias diversas, sí tienen una concepción distinta, al ser parte de disímiles etapas procesales y para fines diversos. Así, entonces, vamos a analizar los elementos que componen ese dato de prueba, para explicarlo de manera holística.

La ley establece que el dato de prueba debe advertirse idóneo; es decir, que responda a la idea previa de algo requerido. Lo que significa que debe tener como finalidad el acreditar la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del

²⁸ *Diccionario de la lengua española. op. cit.*, nota 23, p. 728.

imputado. Nótese que el Código Nacional de Procedimientos Penales hace un especial énfasis en que el dato de prueba está erigido para demostrar la probable participación del imputado (claro está, el término correcto tendría que ser probable intervención, en virtud de los diferentes grados de autoría y participación que existen en materia penal); por ello, es evidente que ese dato de prueba no va a servir nunca para acreditar la plena intervención del acusado, ya que se encuentra ideado por el legislador para que acredite el hecho y la probable autoría o participación del imputado en etapas tempranas, previas al juicio. Así, un dato de prueba será idóneo, por ejemplo, en tratándose del informe pericial en materia de genética con el que se pretenda demostrar que los residuos de fosfatasa ácida localizados en la escena de los hechos pertenecen al imputado o aquel informe de medicina forense que determine las causas de la muerte de una persona.

Por esa razón, aunque al dato de prueba se trata de un elemento demostrativo perteneciente a las etapas previas al juicio, no pierde la naturaleza que tiene toda prueba penal, esto es, que se relaciona con un hecho delictivo o con el responsable de ese hecho, sea directa o indirectamente, pero siempre con tendencia a esos fines; ello, para efecto de que pueda ser ponderado por el órgano jurisdiccional en esas etapas tempranas.

Así también, el dato de prueba tiene que ser pertinente, es decir, que debe ser ajustado o venir a propósito de algo y, por ende, debe ser adecuado a un determinado contexto o situación. El dato de prueba, entonces, será pertinente cuando tenga relación con el procedimiento penal o más claramente dicho, cuando sea adecuado para los fines de aquél. De manera que debe tener una relación entre un hecho a probar y el dato de prueba en sí mismo; por ello, será impertinente, por ejemplo, el dato de prueba consistente en un informe pericial en materia de contabilidad que pretenda acreditar que el imputado no cometió el delito de lesiones. Como no existe correspondencia entre el hecho que se pretende acreditar y el dato de prueba aportado, la consecuencia es que no se admita por ser impertinente.

Es conveniente precisar que el artículo 250 del código modelo del proceso penal acusatorio de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib),²⁹ establecía que el dato de prueba debía ser suficiente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado, circunstancia que fue correctamente eliminada del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que sería sumamente complicado en la práctica calificar procedente un dato de prueba por ser suficiente para demostrar tales aspectos,

²⁹ Artículo 250. Dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

habida cuenta de que la suficiencia probatoria de un elemento demostrativo radica en el criterio del órgano jurisdiccional que lo va a ponderar, pero nunca corresponde al dato de prueba, en sí mismo, autocalificarse de suficiente para establecer el hecho delictivo o la intervención del imputado, ya que de lo contrario podría existir un pre-sunción anticipada en perjuicio de la persona sujeta a proceso.

Ya se ha establecido, entonces, que el dato de prueba debe ser idóneo y pertinente para establecer el hecho delictivo y la probabilidad del que el imputado intervino en su comisión; no obstante, resta analizar la siguiente locución que preceptúa el referido numeral 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que consiste en que ese dato de prueba no haya sido desahogado ante el órgano jurisdiccional, circunstancia que de primera lectura pareciera no tener mayor importancia; no obstante, al profundizar en su alcance, parecía encontrar contradicción con el propio sistema que contempla el código, pues si bien el legislador estableció los requisitos de procedencia y ponderación de los datos de prueba (que deben ser idóneos y pertinentes), cuando se habla de su alcance probatorio empezaría a tener dificultades para armonizarse con el contenido de los restantes numerales del Código Nacional (y que, de hecho, esa cuestión fue detectada por el legislador y corregida en la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, como más adelante se detallará).

En efecto, el numeral 316 del código en comento establece, entre otros requisitos, que para el dictado del auto de vinculación a proceso deben existir (de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público), datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; circunstancia que incluso se establece en el artículo 19 constitucional, al preceptuarse la palabra “datos”, como elemento necesario para vincular a proceso al justiciable. De lo que se colige que para el dictado de ese auto es necesaria la ponderación de datos de prueba.

En mérito de ello, si hacemos especial énfasis en la naturaleza de esos datos de prueba, para subsistir como tales, necesariamente no deberían haber sido desahogados ante el órgano jurisdiccional, pues de lo contrario ya no serían datos de prueba. Sin embargo, al respecto, la interrogante que surge es: ¿qué sucede una vez que el imputado o su defensa, en el plazo constitucional, ofrecen datos de prueba en su favor y éstos son desahogados ante el juez de control? ¿Ya no son datos de prueba? ¿El auto de vinculación a proceso se dictaría entonces con pruebas y no con datos de prueba?

Lo anterior resulta relevante, porque de conformidad con el artículo 20, apartado A, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sola-

mente puede ser prueba aquello que se desahoga ante el tribunal de enjuiciamiento,³⁰ por lo que el desahogo que se haga de los datos de prueba ante el juez de control no pueden ser considerados como prueba; asimismo, en sentido estricto, tampoco serían considerados datos de prueba, en virtud de que ya fueron desahogados ante el órgano jurisdiccional, lo que entonces quiere decir que el auto de vinculación a proceso no siempre se dictaría tomando como base probatoria los datos de prueba, pues es evidente que éstos sí pueden ser desahogados en etapas tempranas, tal como lo establece el numeral 315 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que contempla que los medios de prueba en la audiencia inicial ofrecidos por el imputado o su defensa, deberán desahogarse bajo las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral.

De esa manera, se evidenciaba una inconsistencia legislativa (ya que fue atendida por el legislador en la llamada miscelánea penal), al establecer como elemento de existencia del dato de prueba, que éste no hubiera sido desahogado ante el órgano jurisdiccional, pues evidentemente al ser desahogados en la audiencia inicial, *stricto sensu*, no tendrían la naturaleza de dato de prueba, al haber sido perfeccionados ante el órgano jurisdiccional; así tampoco era medio de prueba (hasta antes de la reforma penal), ya que, como se verá más adelante, el medio de prueba tenía una connotación diversa a la del propio dato y tampoco es prueba, porque no ha sido desahogado ante el tribunal de enjuiciamiento.

De lo anterior surge la interrogante del porqué el legislador previó como requisito sustancial que el dato de prueba no debía ser desahogado ante el órgano jurisdiccional.

Pues bien, esta expresión es ideada en la Iniciativa con Proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales presentada por el titular del Poder Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 2011, en la cual se justifica que el dato de prueba será aquello que forme parte de la carpeta de investigación ministerial, aún no judicializado, para solicitar órdenes de aprehensión y dictarse autos de vinculación a proceso, como se puede leer de dicha iniciativa:

En cuanto al dato de prueba, nos habremos de referir con mayor profundidad en el punto 2.5 de esta exposición, en este apartado solamente diremos que para los efectos de este Código se considera dato de prueba: “la referencia al contenido de un determinado medio de

³⁰ Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

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

prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”.

Lo anterior, partiendo de la premisa de que el Constituyente pretendió racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión o la vinculación a proceso, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo; ello en virtud de que en el nuevo proceso resulta inviable mantener un nivel probatorio alto para solicitar orden de captura o de vinculación a proceso, en razón de que no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, pues de ser así, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la actual averiguación previa, ni la de fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente del juicio.

En ese sentido, se advierte que el Constituyente varió en cuanto al estándar probatorio, requiriendo solamente datos de prueba, para determinar la existencia del hecho delictivo o el grado de intervención del activo en el mismo; sin embargo, quiso conservar los supuestos relativos a los elementos integradores de la descripción típica, a efecto de evitar vulneración a las garantías de los gobernados, de manera que aquellos datos probatorios deberán ser suficientes para establecer la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica.³¹

Derivado de lo anterior, la iniciativa planteaba en su artículo 289 el concepto de dato de prueba, como se indica:

Artículo 289. Para los efectos de este Código se considera dato de prueba, la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta

³¹ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SETEC; disponible en: http://www.cwagweb.org/pdfs/AP/codes_and_references/INICIATIVA_CFPP_new.pdf.

idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”.³²

Como puede advertirse, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal proponía que el dato de prueba fuera un medio de convicción propio de la etapa de investigación, plasmado en la carpeta respectiva, con la condicionante de que, para subsistir como dato de prueba era necesario que no hubiere sido desahogado ante el tribunal de enjuiciamiento, es decir, en la etapa de juicio; así, se proponía darle la connotación de prueba de etapas preliminares, con un alcance probatorio limitado a la orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso, circunstancia que era acorde con el sistema procesal penal propuesto, pues la propia iniciativa planteaba la posibilidad de que los datos de prueba fueran desahogados en la duplicidad del plazo constitucional, como se lee del propuesto artículo 408:

Artículo 408. El plazo de 72 horas para resolver sobre la vinculación o no a proceso del imputado, a que se refiere el párrafo primero del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se duplicará cuando lo solicite el imputado por sí, o por su defensor, después de escuchar la imputación, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar datos de pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica, el juez deberá señalar fecha y hora para tales efectos. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio.

La ampliación del plazo se deberá notificar a la autoridad competente en donde se encuentre internado el imputado, para los efectos a que se refiere la última parte del cuarto párrafo del artículo 19 constitucional.

Poco después apareció el código modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib), que cambió la concepción de dato de prueba, al sustituir la locución “juez de juicio oral”, por la de “juez”, en sentido genérico, circunstancia que comenzó a complicar la armonización del sistema, porque evidentemente el juez podría ser el de control, el de juicio o el de ejecución de sentencias. Lo anterior lo plasmó en el numeral 250 de su código modelo, en los siguientes términos:

³² *Idem.*

Artículo 250. Dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Ahora bien, el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales retomó la postura del llamado código Conatrib y prácticamente hizo una copia del referido numeral 250, con la salvedad de que sustituyó la palabra “juez”, por “órgano jurisdiccional”, como se lee:

Artículo 261. El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Además de lo anterior, en la redacción del Código Nacional se hizo una especial distinción entre el dato de prueba y el medio o elemento de prueba, retomada en ese propio numeral 261, en su párrafo segundo, en los términos siguientes:

Artículo 261.

(...)

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

De lo que entonces se puede establecer: El Código Nacional de Procedimientos Penales retomó literalmente la propuesta que hacía el código Conatrib, sólo que sustituyó la palabra “juez” por “órgano jurisdiccional”; asimismo, reemplazó la locución “medio de prueba” que establecía el modelo de Conatrib por la frase “medio de convicción” y además hizo una específica distinción entre dato y medio de prueba. De ello se colige que si bien el Código Nacional pretendió incorporar literalmente el concepto de dato de prueba en el sistema penal acusatorio, al preceptuar el enunciado “aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional”, parece que se pretendió retomar la figura del Proyecto de decreto que Expide el Código Federal de Procedimientos Penales presentada por el titular del Poder Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 2011 que, como se ha indicado, consideraba al dato de prueba como aquél que no había sido desahogado ante el juez de juicio oral, pero al modificar la esencia de ese

numeral y considerar que el precitado dato de prueba era aquel que no había sido desahogado ante el órgano jurisdiccional, el resultado legislativo fue adverso y encontró desarmonización con el sistema, porque no todo dato de prueba es aquel que no ha sido desahogado ante el órgano jurisdiccional, como es el caso, se reitera, de aquellos perfeccionados en la duplicidad del término constitucional.

Ahora bien, es importante mencionar que el dato de prueba —dado que sólo está ideado por el legislador para establecer el hecho delictivo y la intervención del imputado de manera probable— tiene un alcance probatorio ciertamente limitado, pues le corresponde un estándar menor en comparación con el relativo a las sentencias (como se analizará más detalladamente en el último capítulo de este trabajo), ya que será ponderado para dictar órdenes de aprehensión, medidas cautelares y autos de vinculación a proceso. De lo que se colige que el dato de prueba guarda relación estrecha con a) la etapa procesal en que se desahoga (antes de la etapa intermedia); b) la autoridad judicial que la desahoga (juez de control); y c) su alcance probatorio (estándar menor). Por ello, evidentemente tendría que ser desahogado en etapas tempranas ante la autoridad judicial, especialmente en la audiencia inicial (sin desatender que, incluso, el dato de prueba puede ser desahogado ante el Ministerio Público, como sería el caso de una entrevista a un testigo); por ello, se considera que no por haber sido desahogado ante el órgano jurisdiccional perderá su naturaleza de dato de prueba, lo que, es más, acentúa su naturaleza de medio de convicción, al haber sido perfeccionado en sus términos, bajo las mismas reglas del juicio oral.

Este aspecto fue corregido en la reforma penal de 17 de junio de 2016, ya que el legislador, creo yo, que al notar lo anterior, esto es, que existían ciertos datos de prueba que sí eran desahogados ante el juez de control y no por ello perderían su naturaleza de dato de convicción, adicionó una clase más de datos: los medios de prueba desahogados en el plazo constitucional, tal como se advierte de la lectura del artículo 314 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

Artículo 314. Incorporación de datos y medios de prueba en el plazo constitucional o su ampliación.

El imputado o su Defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.

Exclusivamente en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, de conformidad con lo previsto en este Código, el juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su defensor, cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente.

De lo anterior se evidencia lo siguiente:

- El dato de prueba será aquel que constará en la carpeta de investigación y que será referenciado por el sujeto procesal ante el juez de control, al exponerlo en forma oral.
- El medio de prueba será desahogado ante el órgano jurisdiccional, en el plazo constitucional, tratándose de delitos de prisión preventiva oficiosa.
- Asimismo, ese medio de prueba será aquél que se perfeccionará en el plazo constitucional, bajo las reglas del juicio y que su alcance demostrativo será el mismo que se otorgará al dato de prueba, pero desahogado como medio ante el juez.

Un ejemplo de lo anterior, tocante a una resolución judicial de auto de vinculación a proceso, con datos y medios de prueba sería:

Este juzgador pondera, en forma libre y lógica, el dato de prueba relatado oralmente por el fiscal (y que no fue controvertido por la defensa), consistente en el parte informativo por el cual pusieron a disposición a la persona detenida y que evidencia que..., así como también se pondera el medio de prueba desahogado ante este juez de control, relativo a la testimonial de la víctima que emitió su declaración ante este juzgador, bajo el interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, de lo que derivó que... Lo anterior, dado que se advierten congruentes y razonables, además de que se contextualizan en sus términos, ya que...

Así, los datos de prueba, para efectos del dictado del auto de vinculación a proceso serán aquellos narrados por las partes que consten en las carpetas de investigación y los medios de prueba serán, entonces, aquellos que se perfeccionarán en el plazo constitucional, por delito que tenga prisión preventiva oficiosa, ante el juez de control y bajo las reglas del juicio.

Sin embargo, por imperativo del artículo 320 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los medios de prueba desahogados para el dictado del auto de vinculación a proceso, no podrán ser utilizados para efectos de fundar una sentencia, salvo el caso de la prueba anticipada.

Ahora bien, por otro lado, cuando hablamos de medio de convicción, nos centramos a entender, en una terminología generalizada, que es aquel que tiende a demostrar algún hecho concreto; no obstante, en el sistema penal acusatorio y a pesar de mencionarse reiteradamente en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el medio de convicción tiene una especial conceptualización, ya que se trata de aquel que sirve de sustento (bajo la naturaleza de dato de prueba analizado en su congruencia

y suficiencia), a las sentencias de procedimiento abreviado, como se abordará de manera más a fondo en el apartado siguiente.

En efecto, el legislador consideró que si bien el inicialmente llamado dato de prueba podría ser la base de una sentencia condenatoria, sin alguna otra modificación que la etapa en la que se valora (ya que en ocasiones, inmediatamente después de dictarse el auto de vinculación a proceso, esos mismos datos, sin sufrir transformación alguna, sirven para sustentar el procedimiento abreviado), no podría conceptualizarse como dato de prueba, porque su alcance probatorio será diverso a aquél propio para sustentar una sentencia, ya que por regla general, los datos de prueba, en la audiencia inicial, se ponderan (es decir, se determina su peso³³ procesal, al analizar su suficiencia y congruencia) para el dictado de órdenes de aprehensión, medidas cautelares o autos de vinculación a proceso. Así, se dice que los datos de prueba se ponderan por la sencilla razón de que se va a evaluar si en el caso concreto, son suficientes para aprehender a una persona, continuar la etapa complementaria o imponer medidas cautelares, sin que con ello se haga una valoración en sentido estricto, porque por regla general las pruebas son las que se valoran, no así los datos de prueba, propios de etapas tempranas. Por ello, se analizará la suficiencia de esos datos y además su razonabilidad para el fin que se persigue.

Ahora bien, si centramos esos datos de prueba en el auto de vinculación a proceso, tenemos que éstos se ponderan por el juez de control, quien analizará si existe suficiencia probatoria y razonabilidad jurídica para continuar el proceso; dicho en otras palabras, se estudia el fondo del asunto en su variante de suficiencia y congruencia probatoria para su eventual prosecución.

Este análisis jurisdiccional es propio de los sistemas acusatorios del mundo, ya que por regla general resulta necesario que el juzgador, previo al juicio o en el juicio mismo (este último caso en los sistemas anglosajones) analice si existen elementos de prueba necesarios para llegar a esta etapa, porque de lo contrario la fiscalía tendrá que reunir los suficientes para ello.

En efecto, en el derecho anglosajón existe la llamada vista preliminar, la cual consiste en que la fiscalía debe establecer la causa probable de que el delito fue cometido y el acusado fue quien lo hizo³⁴ y, en esa etapa, bajo los argumentos de las partes, el juez de juicio va a ponderar si existen medios de prueba suficientes para ir a esa etapa. Por su parte, en el derecho colombiano, aunque se reconoce la existencia de audiencias preliminares a juicio, tales como el aseguramiento, la inspección corporal, la audiencia de control, entre otras, no cuenta con una etapa preliminar que analice la

³³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Tomo II, p. 1801.

³⁴ Desde luego, tratándose de delito grave, lo cual se lleva ante la Corte baja.

suficiencia de pruebas para ir a juicio; empero, esta circunstancia la zanja de manera diversa: el juez de juicio presenta identidad con el que realiza el filtro de pruebas en la etapa preparatoria y así no es necesario que analice él mismo lo que ha estado estudiando a lo largo del proceso.

México no es la excepción al establecer una etapa de estudio previo de suficiencia para ir a juicio, sólo que lo hace en una institución única a nivel mundial: el auto de vinculación a proceso. En esa determinación, nuestro país también analiza la suficiencia probatoria para ir a juicio, o más específicamente dicho, para continuar el proceso, ya que realiza un estudio pormenorizado de los datos de prueba existentes y se ocupa de determinar su suficiencia y razonabilidad para dictar tal vinculación a proceso, a fin de que prosiga la investigación complementaria (principal, a cargo del Ministerio Público y paralela, a cargo de la defensa, el imputado, la víctima u ofendido y su asesor jurídico). En capítulos siguientes se analizará más a fondo este tópico.

C. Medios de convicción

Como ya se ha expuesto, existen datos de prueba que sin sufrir una especial transformación no sólo sirven para ser ponderados para el dictado del auto de vinculación a proceso, sino que, debido a la etapa procesal en que se encuentran, podrán ser tomados en consideración incluso para el dictado de una sentencia condenatoria.

En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado A, fracción VII, establece que una vez iniciado el proceso penal se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley; para ello, se requerirá que el imputado reconozca ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación. Esta misma cuestión es reiterada por el Código Nacional de Procedimientos Penales cuando en su numeral 201, fracción II, inciso e), establece que el justiciable aceptará ser sentenciado con los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular acusación; empero, lo especialmente relevante es lo que esa codificación, en su numeral 203 contempla, al preceptuar que serán medios de convicción los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación.

Lo anterior pone de relieve una cuestión: cuando estemos en la etapa de terminación anticipada de un proceso, intitulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales como “procedimiento abreviado”, los datos de prueba se nombrarán entonces “medios de convicción”, sin que esta cuestión amerite un ejercicio valorativo de pruebas, en tanto no se está en la etapa de juicio y, ante ello, en el procedimiento abreviado el juez de control sólo analizará la suficiencia de esos medios de convicción para fincar una responsabilidad penal y la razonabilidad y congruencia de esos elementos;

de esa manera, los precitados medios de convicción también se ponderarán por el órgano jurisdiccional (y no se valorarán como sucede con las pruebas en el juicio), lo cual se hará en dos momentos: en el primero, como presupuesto para dar cabida al procedimiento abreviado y en el segundo, para establecer la responsabilidad penal de la persona e imponer las penas que correspondan (derivadas de la transacción que las partes previamente hicieron de esas sanciones).

Ahora bien, es importante mencionar que esta distinción entre dato de prueba y medio de convicción para el procedimiento abreviado es creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues incluso la Iniciativa con Proyecto de decreto que Expide el Código Federal de Procedimientos Penales establecía en el párrafo segundo de su artículo 289³⁵ que las sentencias de procedimiento abreviado serían sustentadas con datos de prueba y no con medios de convicción, lo que significa que para el creador del sistema penal acusatorio en México en esa época los datos de prueba prácticamente eran los mismos que los medios de convicción, sin hacer especial distinción entre uno y otro.

Incluso, es una innovación del legislador del Código Nacional el hecho de establecer que los medios de convicción deberán servir para corroborar la imputación y así dar cabida al procedimiento abreviado; esto es, en el Código Nacional se establece que la suficiencia de los medios de convicción existentes en la carpeta de investigación deben constituir un presupuesto para la apertura de la terminación anticipada del proceso, lo cual no lo contemplaban las legislaciones de las entidades federativas que ya aplicaban el sistema penal acusatorio, como Oaxaca o Chihuahua, inclusive tampoco se preceptuaba esta figura en el código modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib), ya que en aquellas legislaciones sólo era necesario que el todavía imputado reconociera libremente su intervención en el hecho, que estuviera informado de la posibilidad de llegar a la etapa de juicio y que renunciara a él, que aceptare ser juzgado con los antecedentes que existen en la carpeta y que tuviera conocimiento de las consecuencias de su decisión; empero, los códigos mencionados no establecían la suficiencia probatoria como presupuesto para la apertura del procedimiento abreviado, como sí lo hace el nacional.

En mérito de lo anterior, entonces surge la interrogante de ¿qué diferencia existe entre datos de prueba y medios de convicción? Considero que en su materialidad no

³⁵ Artículo 289.

(...)

Los datos de prueba serán considerados para valorar la existencia del hecho delictuoso y la probabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión, se resuelva el conflicto penal por alguna de las formas de terminación anticipada del procedimiento previsto en este Código o cuando deba resolverse cualquier cuestión distinta a la sentencia definitiva en juicio oral.

existe disimilitud alguna, esto es, ambos se tratan de meras referencias contenidas en la carpeta de investigación, que al no haber tenido los filtros jurídicos de depuración propios de la etapa intermedia (como regla general) como medios de prueba para ser llevados a juicio, no sufren alteración alguna y, por ende, ambos son ponderados o determinados en su peso procesal.

Sin embargo, es la propia finalidad procesal donde surge la primera de sus diferencias, pues si bien ambos son ponderados en su peso procesal, los datos de prueba guardan estrecha relación con las etapas preliminares a la intermedia y las determinaciones ministeriales y judiciales respectivas, que van desde el sustento al ejercicio de la acción penal, así como a las órdenes de aprehensión, medidas cautelares y autos de vinculación a proceso. Aquí la naturaleza de los datos de prueba es la ponderación que de ellos hace el juzgador, para la continuación del proceso para las etapas subsiguientes, es decir, para que se logre la aprehensión de la persona para presentarlo al proceso, así como para dictar alguna medida de cautela o proseguir la etapa de investigación complementaria.

Ahora bien, cuando estamos ante los medios de convicción, si bien también son ponderados por el juez de control, su finalidad es que éste determine, además de su peso procesal, su suficiencia para fincar una responsabilidad penal, basada primordialmente en el reconocimiento del hecho a cargo del acusado y la lógica y congruencia que conlleva la acusación planteada. De tal manera que el órgano jurisdiccional analizará además del reconocimiento del justiciable en el hecho punible, la contextualización periférica a ese reconocimiento, de medios de convicción idóneos y suficientes, para reprochar ese suceso delictivo al acusado.

En mérito de ello, entonces los medios de convicción, contrario a los datos de prueba, no tienen como finalidad material la ponderación judicial para la continuación del proceso, sino —contrario a ello— para su terminación anticipada; de donde surge, entonces, la expresión multitudinaria de que los datos de prueba se nombran de esa manera, porque son referencias que conllevan en su generalidad a la continuación del proceso, mientras que los medios de convicción, tal como su nombre lo indica, son referencias que sirven para convencer al juzgador de que el justiciable es proclive a ser sujeto del *ius puniendi* del Estado, entendiendo este convencimiento no como una postura plena de responsabilidad penal, sino como convencimiento suficiente del juzgador de que existe congruencia entre el reconocimiento del acusado, la acusación ministerial y los elementos que la sustentan.

Finalmente, al respecto surge una interrogante: ¿es viable absolver al acusado en procedimiento abreviado? La respuesta a este cuestionamiento parecería menos enmarañada de lo que parece: el procedimiento abreviado se trata de una ramificación del proceso principal y no del proceso en sí mismo; así, en caso de que el órgano jurisdiccional advierta, por ejemplo, una causa de exclusión del delito, el límite del juez de control es declarar la improcedencia de la vía del abreviado, pero no tendrá el alcance

de absolver al acusado del proceso en lo principal, porque (me permito utilizar un lenguaje figurado) una ramificación no tiene la fuerza de derribar el tronco de donde emerge, ya que de lo contrario, al absolver al acusado en procedimiento abreviado, se coartaría el derecho ministerial de, en el proceso principal, plantear la reclasificación del delito (que repercutiría en la prescripción, la descripción típica, etcétera), demostrara que no existe esa causa de exclusión del delito o realizara cualquier otra cuestión que estime necesaria para acreditar la teoría del caso acusatoria.

Por ello, el límite del procedimiento abreviado es la propia vía del abreviado, sin que tenga la fuerza procesal de afectar el juicio en lo principal.

D. Medios de prueba

Los medios de prueba, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. Veamos de dónde proviene esta concepción.

Se dice que es toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, porque precisamente los medios de prueba no son, en sentido estricto, prueba, sino que son el instrumento o medio a través del cual se presenta la prueba en la etapa de juicio. Por ello, los medios de prueba serán propios de las etapas tempranas a juicio o más específicamente, de la etapa intermedia, en la cual se ofrecerán y admitirán los que eventualmente serán llevados a juicio.

Sin embargo, como se ha indicado, si bien anteriormente los medios de prueba eran únicos y exclusivos de la etapa intermedia, existe una subespecie de ellos, que son los medios de prueba dentro del plazo constitucional, que como se ha indicado, se trata de aquellos elementos de convicción que, derivado de un delito que prevé prisión preventiva oficiosa, se desahogan ante el juez de control, bajo las reglas de juicio y a petición del imputado o su defensa, con la finalidad de que no se dicte un auto de vinculación a proceso. De esa manera, los medios de prueba aparecerán en la etapa intermedia como elementos a desahogar en el juicio ante el tribunal de enjuiciamiento y dentro del plazo constitucional, como medios a desahogar ante el juez de control, pero estos últimos, por imperativo del numeral 320 del Código Nacional, sólo podrán servir para fundar el auto de vinculación a proceso, pero no para efectos de una sentencia, salvo que se trate de la prueba anticipada.

Ahora bien, ya en capítulos anteriores hemos hecho referencia a lo que es fuente de prueba y medios de prueba. Cuando nos referimos a la fuente de la prueba necesariamente hablamos del origen o del lugar donde emerge algo. Así, la llamada fuente de información se refiere a aquello que existe, que subsiste con independencia del proceso y que, en consecuencia, no subyace a partir de él, sino que es incluso pretérita a aquél; de ahí su connotación de extraprocesal.

Derivado de ello, la fuente de información, entonces, será aquella que nace por la relación fáctica-sensitiva del hecho delictivo mismo y que por esa razón llegará sólo a ser intraprocesal si se lleva al proceso; esto es, la persona que aprecia un homicidio desde su ventana mirando a la calle es la fuente de información; si ese evento se denuncia y eventualmente inicia una investigación y un proceso, entonces esa fuente de información adquirirá una connotación específica, es decir, será un medio de prueba y será, particularmente, un testigo; no obstante, si esa fuente de información no llegare al proceso, será siempre una fuente de información, pero nunca constituirá un medio de prueba.

Así, de ser llevada al proceso bajo el esquema de medio de prueba y particularmente de testimonial, esa fuente de prueba servirá para reconstruir los hechos, y estos hechos, desde luego, son aquellos que son materia de prueba en el proceso, es decir, aquellos planteados por las partes en sus respectivas teorías del caso. Por ello, los medios de prueba puramente intraprocesales nacerán y fenecerán en el proceso

Así entonces, la fuente de información se va a incorporar al proceso para reconstruir los hechos, es decir, para recrearlos o trasladarlos al órgano jurisdiccional bajo los lineamientos que establece la ley, lo cual se hace a partir de darle un distingo de medio de prueba; por eso, será fuente de prueba la materialidad de un documento, su contenido, la propia víctima o testigo, el objeto encontrado en la escena de los hechos, las imágenes grabadas por sistemas de circuito cerrado, entre otros; mientras que los medios de prueba constituyen la forma en que esas fuentes son incorporadas a juicio que, como ya se indicó, pueden clasificarse en reales y personales; como ejemplo de los primeros serán la prueba documental y material y de los segundos la testimonial y la pericial.

Por otro lado, el legislador además estableció que esa fuente de información que permite reconstruir los hechos, debe también reunir las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos, lo que entonces significa que la incorporación de esos medios de prueba debe ser a partir de lo preceptuado en la ley y, de esa manera, es que tienen cabida en el sistema penal acusatorio figuras como el descubrimiento probatorio (inspirada en el derecho procesal colombiano), así como la exclusión de medios de prueba por generar efectos dilatorios, por ser ilícitos, nulos o ilegales, lo cual se abordará en el siguiente capítulo.

En mérito de lo anterior, los medios de prueba que sean anunciados, descubiertos, ofrecidos y admitidos en términos de ley podrán ser susceptibles de desahogo en el juicio; de ahí que se afirme que una de las muchas diferencias que hay entre dato de prueba y medio de prueba consiste en que, por lo que hace a los primeros, sirven para sustentar resoluciones judiciales en etapas tempranas (van al pasado, al hacer referencia a una evidencia contenida en la carpeta de investigación), mientras que los segundos servirán para ser desahogados en la etapa de juicio (van al futuro, al

ser depurados en la etapa intermedia, pero desahogados en el audiencia de debate); especial diferenciación que le confiere el legislador a los datos y medios de prueba al colocarlos en etapas diversas y otorgarles una finalidad y naturaleza jurídica disímil.

De esa manera, retomando los capítulos anteriores y a manera de ejemplo, tenemos una escena de los hechos, donde se descubre a la víctima, ya fallecida, que se tiene conocimiento de que fue envenenada en su propia casa por tercera persona. Será objeto (fuente material) en la escena de los hechos un vaso que contiene agua y un líquido con color peculiar (hasta ese momento será extraprocesal); luego, elevará su rango a evidencia, cuando se descubre que ese vaso tenía veneno, ya que de ser un simple objeto extraprocesal se vuelve intraprocesal al tener vínculo con el hecho punible; posteriormente, al hacer referencia escrita de él, en una carpeta de investigación ministerial será dato de prueba y servirá para demostrar al órgano jurisdiccional que es necesario continuar el proceso para esclarecer los hechos; después, si en el plazo constitucional se ofrece la testimonial del policía que lo aseguró y se desahoga ante el juez de control, será medio de prueba dentro del plazo constitucional; si posteriormente ese vaso que contenía veneno, al ser anunciado, descubierto, ofrecido y admitido en la etapa intermedia será medio de prueba, consistente en la prueba material, relativa a un vaso con agua y lo que resultó ser veneno; finalmente, ya en juicio, será la prueba material consistente en un vaso con agua y lo que resultó ser veneno, que será incorporado a juicio por el policía que lo encontró.

E. Prueba

Como una cuestión innovadora, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera puntual qué debe entenderse por prueba, al preceptuar en el artículo 20, apartado A, fracción III que, para efectos de sentencia, “sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”.

Esta circunstancia, por demás novedosa en nuestra Constitución, brinda las directrices que deberán seguir todas las legislaciones relacionadas con el sistema penal acusatorio y también los aspectos jurisprudenciales y doctrinales, al darle esa connotación a la prueba, tal como también lo reproduce el numeral 259 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su último párrafo:

“Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código.”

En esas condiciones, de conformidad con lo establecido en la Ley Suprema y el Código Nacional, sólo serán pruebas las siguientes:

- Aquellas que hubieran sido reproducidas en la audiencia de juicio.
- Aquellas que no siendo desahogadas en la etapa de juicio, tengan la naturaleza de ser anticipada; esto es, perfeccionada previamente por una cuestión excepcional.

En este último caso, cobra cabida la locución “salvo las excepciones previstas en este Código”, que no es otra cosa que la ya invocada prueba anticipada, que se perfeccionará antes de la audiencia de juicio, en virtud de peligrar la fuente de información o el órgano de prueba que la desahogará, sea por imposibilidad material de acudir a la audiencia de debate por vivir en el extranjero, sea por temer su muerte, su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar en esa etapa.

Resulta claro, entonces, que la prueba sólo será aquella que se desahogará en el juicio, en presencia personalísima del tribunal de enjuiciamiento, la cual valorará (dicho con todas sus palabras) para emitir sentencia definitiva; nótese que sólo podrá ser considerada para la sentencia definitiva y no para la sentencia de procedimiento abreviado, donde todavía no se celebra la audiencia de juicio y que, por consiguiente, sólo se ponderará la suficiencia y razonabilidad de los medios de convicción, como ha quedado asentado en párrafos precedentes.

Retomando lo anterior, una de las principales diferencias entre la prueba con los ya analizados indicios o evidencias, datos de prueba, medios de convicción y medios de prueba, radica primordialmente en el estándar probatorio. Ciertamente, como se ha indicado, los indicios o evidencias tienen una acepción material, pues se refieren propiamente a una fuente material, por lo que sólo prueban físicamente lo que existe; los datos de prueba, como se ha sostenido, son ponderados para las determinaciones de etapas tempranas, tales como la orden de aprehensión, las medidas cautelares o el auto de vinculación a proceso; los medios de convicción sólo pueden ser materia de los procedimientos abreviados y no de las sentencias definitivas; por su parte, los medios de prueba son propios de la etapa intermedia, por ello, no son propiamente valorados, sino sólo enunciados y admitidos para desahogarse en juicio; y los medios de prueba dentro de plazo constitucional regirán sólo para esa determinación. Así, cuando hablamos de prueba sí estamos en presencia de una figura procesal que será valorada en todos sus aspectos para efectos del dictado de una sentencia definitiva, por lo que constituye, entonces, la cúspide del alcance probatorio y sus límites demostrativos serán sólo los que el juzgador le otorgue o no con base en la percepción que tuvo de ella, pero ya no habrá restricciones procesales, como sucede con las precitadas figuras jurídicas de las etapas tempranas.

Establecido lo anterior, es conveniente precisar el concepto que de prueba hace el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su último párrafo:

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

En esas condiciones, tenemos que prueba es propiamente una información que va a ser allegada al tribunal de enjuiciamiento, a través de los instrumentos, personas, métodos o circunstancias (medios de prueba) previstos en la ley (testimonial, pericial, prueba material y documental). Información que puede ser cierta o probable, porque evidentemente en el sistema penal acusatorio se elimina la valoración tasada, para dar cabida a que aquélla sea libre y lógica; por consiguiente, basado en esa libertad valorativa, el conocimiento obtenido podrá arrojar una determinada certeza o bien una posibilidad respecto de un hecho determinado, pero en cualquier caso formará en el juzgador elementos de juicio con los cuales resolverá la *litis* planteada a partir de la teoría del caso de la fiscalía basada en la acusación.

Desde luego, estos medios de prueba serán desahogados bajo los principios de inmediación y contradicción y de aquí surge la interrogante del porqué el legislador sólo preceptuó estos dos principios para las reglas de la prueba.

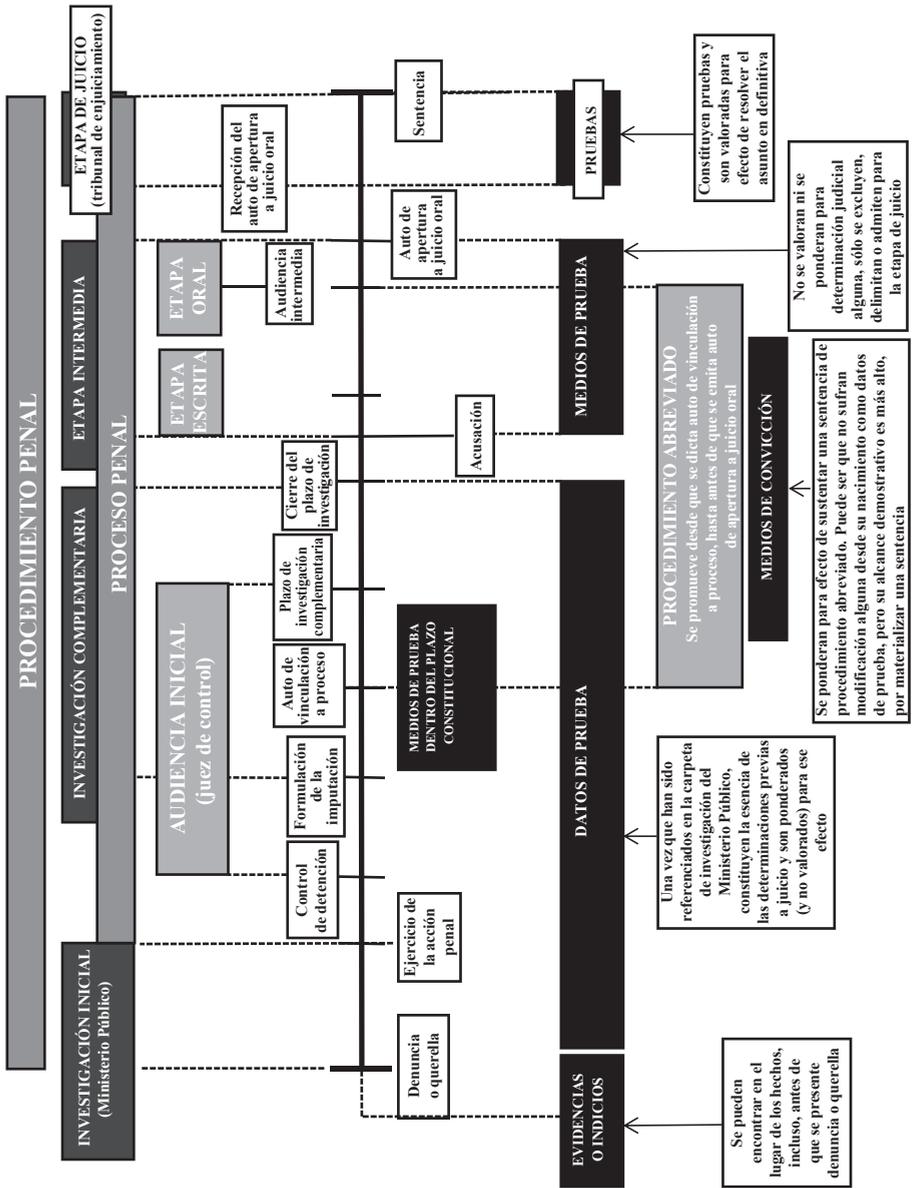
Considero que si bien el sistema penal acusatorio se basa en los principios de publicidad, continuidad, concentración, contradicción e inmediación, es en estos dos últimos donde se enfatizan los aspectos relacionados con las pruebas y de los cuales no se puede prescindir para que aquélla surta efectos procesales en forma íntegra; esto es, puede haber probanzas desahogadas sin que se observe estrictamente la publicidad (cuando, por ejemplo, se ponga en peligro un secreto oficial), la continuidad (cuando el acusado tiene que ser atendido por alguna cuestión médica en plena audiencia) o la concentración (cuando son numéricamente considerables los órganos de prueba que tengan que ser desahogados y se tengan que perfeccionar en consecuencia en varios días), sin que ello nulifique la naturaleza jurídica de la prueba; empero, una probanza no puede ser desahogada sin que se cumplan los principios de contradicción o inmediación, so pena de nulidad; claro está, en el entendido de que, como todo principio, estos dos tienen excepciones; a saber: la contradicción con los acuerdos probatorios y la inmediación con la prueba anticipada; no obstante, son excepciones permitidas en la propia ley y que, de cualquier manera, los acuerdos probatorios tuvieron su origen en una *litis* inicialmente planteada y la prueba anticipada se perfecciona en presencia personalísima de un juez; de ahí que de cualquier modo, la prueba pasó en su camino por los citados principios de contradicción e inmediación.

De ese modo, resumiendo los anteriores apartados y en términos generales, las diversas connotaciones y acepciones que se le dan a la prueba durante el desarrollo del procedimiento penal acusatorio serían, en sí, las siguientes:

- a) Objeto o fuente material. Que es constituido por los simples objetos que subyacen en el mundo fáctico y que son extraprocesales, al existir por sí mismos, aunque no nazca el proceso ni estén vinculados a él.
- b) Evidencia o indicio. Que, como se ha indicado, constituye la fuente material perteneciente a la etapa investigación inicial, que es donde prácticamente inicia la cadena de custodia de los objetos asegurados. Para este momento, la investigación ministerial va comenzando (incluso, puede ser que ni siquiera exista denuncia o querrela, porque apenas se tuvo conocimiento de los hechos presuntamente delictivos); la evidencia es lo materialmente palpable o captable por los sentidos, que existe por sí misma, pero que si tiene relación con la recién nacida investigación, entonces tendrá que seguir las reglas de la cadena de custodia y ser conducida ante la fiscalía, la cual va a referenciar esa evidencia en un documento-resumen de lo investigado.
- c) Dato de prueba. Cuando esa evidencia es conducida ante la fiscalía, siguiendo las reglas procesales de cadena de custodia, el Ministerio Público va a referenciar ese indicio o evidencia en un documento idóneo para ser plasmado como antecedente de la investigación, propiamente como un registro documental de ella. Es cuando nace el dato de prueba, referenciado en la carpeta de investigación. Ese dato de prueba será, entonces, un elemento demostrativo perteneciente a las etapas previas al juicio (que para seguir existiendo como tal pudo o no ser desahogado ante el órgano jurisdiccional) y será eficiente para ser ponderado por el juez de control, incluso después del ejercicio de la acción penal (que acontece cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación); ello, para sustentar el libramiento de una orden de aprehensión, la imposición de medidas cautelares y/o el dictado de un auto de vinculación a proceso.
- d) Medio de convicción. Una vez dictado el auto de vinculación a proceso, el dato de prueba podrá ser utilizado —procesalmente hablando— para sustentar una sentencia de procedimiento abreviado. Para ese momento, los datos de prueba, ya sustentados en una carpeta de investigación y expuestos bajo las reglas del procedimiento abreviado, adquirirán una fuerza procesal más ostensible, al ser la referencia para fincar una sentencia condenatoria. De esa manera, la sentencia de procedimiento abreviado no será sustentada con datos de prueba, sino con medios de convicción.

- e) Medio de prueba dentro del plazo constitucional. Cuando el delito materia del proceso prevé prisión preventiva oficiosa, el imputado o su defensa, en el plazo constitucional, podrán ofrecer medios de prueba a desahogarse ante el juez de control, los cuales se ponderarán con el mismo valor que los datos de prueba y no podrán ser utilizados para efectos de sustentar una sentencia, sino solamente el propio auto de vinculación a proceso.
- f) Medio de prueba. Asimismo, de no optar las partes por un procedimiento abreviado y en caso de que los datos de prueba sigan su camino procesal usual y una vez anunciados (por escrito) a la contraparte en la etapa intermedia (que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio), el dato de prueba adquirirá la acepción de medio de prueba, que es toda fuente de información que permitirá reconstruir los hechos, es decir, los que van a ser materia de la etapa de juicio (por eso se dice que los medios de prueba van al futuro). Así, los medios de prueba van a sustanciar la etapa intermedia, pero ya no para ser ponderados o valorados por el juez de control, sino para ser excluidos, limitados o admitidos por aquél para la etapa de juicio. De esa manera, los medios de prueba constituyen la única subfase de la prueba en la que ésta es sólo un camino procesal para llegar a juicio, pero no tienen en sí mismos una fuerza probatoria determinada, ya que no probarán en sí mismos algo para esa etapa intermedia, sino sólo serán depurados para la audiencia de debate.
- g) Prueba. Acontecida esa etapa intermedia y en caso de no ser excluidos los medios de prueba por el juez de control y sí en cambio, admitir su procedencia, entonces ya adquirirán la cúspide jurídica de ser pruebas, para el efecto de sustentar una sentencia derivada de la etapa de juicio (que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento). Para ese momento procesal, las pruebas, al ser consideradas como tales, entrarán al escrutinio del juzgador para ser valoradas o desvaloradas.

Para efecto de ilustrar lo precedido, expondré el siguiente cuadro:



Fuente: elaboración propia

Pues bien, una vez que se ha hecho una introducción de las diversas acepciones de la prueba en el sistema penal acusatorio, ahora abordaré el camino procesal que sigue en su trayecto a la etapa de juicio.

3. El camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio

Según la teoría general del proceso, toda prueba tiene los siguientes caminos:

- a) Se ofrece.
- b) Se admite.
- c) Se desahoga.
- d) Se valora.

No obstante los anteriores aspectos, en el sistema penal acusatorio, por regla general, la prueba además se anuncia y se descubre; esto es, tiene dos fases previas a las diversas que sigue la teoría general del proceso, lo que deriva de la naturaleza, precisamente, del sistema procesal de corte acusatorio; de tal modo, que el camino que sigue la prueba en el sistema del Código Nacional de Procedimientos Penales es el siguiente:

- a) Se anuncia.
- b) Se descubre.
- c) Se ofrece.
- d) Se admite.
- e) Se desahoga.
- f) Se valora.

A continuación analizaremos cada una de esas fases de la prueba.

A. Anuncio de los medios de prueba

Las pruebas en el sistema penal acusatorio, o más bien dicho, los medios de prueba en dicho sistema, previamente a ser ofrecidos, se anuncian y luego se descubrirán; circunstancia que es innovadora en el derecho procesal penal mexicano.

En efecto, los medios de prueba que, como se ha indicado, son propios de la etapa intermedia, previo a ser admitidos tienen que ser anunciados. La interrogante es ¿a quién se anuncian?; desde luego, será a las demás partes procesales.

Así es, si bien la etapa intermedia no es una cuestión novedosa en el sistema penal acusatorio mexicano, en virtud de que los códigos de las entidades federativas ya la contemplan desde hace años en sus legislaciones, las figuras novedosas son el anuncio

y el descubrimiento probatorio, los cuales fueron reproducidos en México inspirados en el sistema colombiano.

Cuando hablamos de anunciar los medios de prueba significa que las partes, por escrito, van a dar a conocer a su contraparte los medios de prueba que eventualmente llevarán a juicio; nótese que sólo los van a dar a conocer, por lo que no se están ofreciendo (como incorrectamente lo establece el artículo 338, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales), ya que el ofrecimiento de los medios será en presencia del juez, quien los admitirá, excluirá o depurará. Por ello, cuando una de las partes le comunica a la otra los medios que llevará a la audiencia de debate, prácticamente se los está anunciando o como lo señala el diverso precepto 335, fracción VII del citado Código Nacional, pretende ofrecerlos ante el juez.

El momento procesal en que esto acontece es, por lo que hace al Ministerio Público, en el escrito de acusación; por su parte, la víctima u ofendido lo hará en el escrito en el cual se constituirá como coadyuvante de la institución ministerial, en el que además podrá señalar vicios formales y requerir su corrección. Finalmente, la defensa y el acusado harán lo propio en el escrito al que se refiere el artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, en el que además también señalarán vicios formales, solicitarán acumulación o separación de acusaciones y podrán manifestarse sobre acuerdos probatorios.

Es importante mencionar que, a partir de la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, el legislador se hizo cargo de algunas inconsistencias del Código Nacional de Procedimientos Penales y, específicamente, las establecidas en el precepto 340, habida cuenta que con antelación no se establecía que la defensa o el acusado podrían anunciar los medios de prueba que llevarán a la etapa de juicio y, en contra partida, el propio numeral, en el párrafo segundo, contemplaba que la defensa descubriría sus medios de prueba, por lo que era una incongruencia, ya que era evidente que debía existir previamente un anuncio de ellos, ya que no podría descubrirse lo que no se ha anunciado; por ello, el legislador modificó ese numeral y adicionó una fracción II, en la que estableció que el acusado o su defensor, por escrito presentado ante el juez de control, podrán, entre otros aspectos, II. Ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio. En el entendido de que, como se abordó en el capítulo 9 de este trabajo, el acto preciso que realiza la defensa es el anuncio de los medios de prueba, ya que de conformidad con el artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el derecho que se ejerce en ese escrito es el de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio, habida cuenta de que el ofrecimiento se hace en la audiencia intermedia, ante el juez de control, una vez que los medios han sido anunciados y descubiertos.

Pues bien, una vez anunciados los medios de prueba por escrito a las demás partes, la etapa que prosigue en el camino del medio demostrativo es su descubrimiento.

B. Descubrimiento probatorio

Como se ha sostenido, el descubrimiento probatorio es una figura que acogió el sistema penal acusatorio mexicano inspirado en el derecho colombiano, el cual contempla la figura de descubrimiento de la prueba, donde la defensa solicita al juez que la fiscalía le descubra un elemento material probatorio en específico o de alguna evidencia física de la cual tenga conocimiento; asimismo, la fiscalía tiene el propio derecho, con la salvedad de que la defensa le deberá descubrir todos los medios probatorios que llevará a juicio y, en mérito de ello, el órgano jurisdiccional velará porque esto se cumpla; todo ello en la audiencia de formulación de la acusación.³⁶

Como se puede advertir, en Colombia la fiscalía no está obligada a descubrir todos los medios de prueba con los que cuente en la investigación, pero la defensa sí tiene esa obligación (es decir, diametralmente opuesto al sistema procesal mexicano); de hecho, han existido diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional de ese país, en los que se reitera que la fiscalía no está obligada a develar todos los medios con los que cuente.³⁷

Asimismo, en el derecho colombiano existen restricciones al descubrimiento de la prueba, como pueden ser las conversaciones del abogado con el acusado, los apuntes tomados al respecto, información que afecte la seguridad del Estado,³⁸ entre otros.

³⁶ Código de Procedimiento Penal de Colombia.

Artículo 344. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Asimismo, cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

³⁷ Sentencia C-1154 de 2005 de la Corte Constitucional y la diversa de 12 de diciembre de 2006.

³⁸ Artículo 345. Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.

2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.

3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.

4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.

5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

En esa legislación, en caso de que alguna de las partes omita descubrir el medio de prueba correspondiente, la consecuencia procesal será que no será tomado como prueba en el proceso y el órgano jurisdiccional estará obligado a rechazarlo.

El Código Nacional de Procedimientos Penales retomó esta figura de descubrimiento de la prueba colombiano y lo adoptó como descubrimiento probatorio, con una esencia similar a la de ese país, pero con matices que la hacen semejante, pero no idéntica. Así es, en el Código Nacional, a diferencia del colombiano, la defensa no tiene por qué solicitar al juez de control que el Ministerio Público le descubra específicos y determinados medios de prueba, sino que aquél, bajo los principios de lealtad y objetividad, está obligado a hacerlo; de tal modo que tendrá que descubrir todos aquellos medios de prueba con los que cuente en su carpeta de investigación, sin que falte absolutamente alguno. Esta misma circunstancia es exigible a la víctima u ofendido; en caso de que alguno de esos dos sujetos procesales no lo hiciera así, el juez de control dará vista al superior jerárquico del Ministerio Público, para los fines conducentes y además impondrá una corrección disciplinaria a la víctima u ofendido (que, como dato curioso, el Código Nacional de Procedimientos Penales no prevé corrección disciplinaria alguna); de tal manera que existe la obligación de la institución ministerial y victimal, de descubrir todos los medios de prueba con los que cuente.

Esta cuestión, esto es, de descubrir todos los medios de prueba con los que cuente no es exigible a la defensa, la cual, por imperativo de ley, sólo descubrirá aquello que llevará a juicio; de esa manera, si la defensa, en la etapa de investigación complementaria (en la llamada investigación paralela), recaba datos de prueba que le son perjudiciales, podrá prescindir de descubrirlos y, eventualmente, de llevarlos a juicio; circunstancia que está basada en los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia, pues resultaría violatorio de esos tópicos el que el acusado estuviera obligado a presentar a juicio aquello que le perjudicará.

Bien, entonces ¿de qué se trata este descubrimiento probatorio?; no es más que el principio de contradicción plasmado en su máxima expresión en el sistema penal acusatorio, el mostrar las cartas al contrincante, para el efecto de que esté en plena aptitud de ejercer sus pretensiones procesales en la etapa de juicio.

Ahora bien, en cuanto a la actividad de las partes, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece claramente una diferenciación entre el descubrimiento probatorio a cargo de la fiscalía y a cargo de la defensa.

En efecto, de conformidad con la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, tanto el concepto de descubrimiento probatorio como la actividad misma de las partes en esa etapa sufrió modificaciones sustanciales, de tal manera que analizaremos cada una de ellas, comenzando por el concepto mismo de esta institución jurídica.

El numeral 337 reformado establece que por descubrimiento probatorio debemos entender la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los

medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio; lo que quiere decir que ya no sólo la etapa intermedia será sede de ese descubrimiento, sino además, en tratándose de la fiscalía, el descubrimiento abarcará todo el proceso, incluida la fase de investigación inicial.

Así es, ese mismo numeral establece que, en el caso del Ministerio Público, el descubrimiento probatorio comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio, lo cual deberá realizarse en forma continua, a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, a partir de que el justiciable se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o bien sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista; por ello, la institución ministerial deberá descubrir al justiciable todos los elementos de prueba con los que cuente y que eventualmente siga recabando con motivo de su función investigadora, con independencia de la naturaleza acusatoria o absolutoria que tengan.

Así entonces, tenemos que la fiscalía, cuando realiza su descubrimiento probatorio debe:

- En primer término deberá entregar copia de los registros de la investigación a la defensa. Dicho en palabras simples: extender copia fotostática de la carpeta de investigación, lo cual, desde luego, incluye la totalidad de ella, sin omisión alguna y, para efectos de dar certidumbre de ese actuar, deberá estar al menos foliada para verificar la identidad numérica entre la propia carpeta del fiscal con la extendida al abogado. Dar acceso a la defensa a las evidencias materiales recabadas durante la investigación; esto es, que el defensor físicamente pueda acceder a todas las personas, objetos e instrumentos relacionados con la indagatoria ministerial, para el efecto de que se imponga visual y materialmente de ellos, así como para realizar experticias en los objetos o formular entrevistas a las personas que estime pertinente para planear su teoría del caso. Esta misma regla se aprecia para la víctima u ofendido que se constituye coadyuvante, pues la fracción III del artículo 338 del Código Nacional de Procedimientos Penales, de manera sistemática, le impone las mismas obligaciones procesales que al órgano público de procuración de justicia.

Por su parte, en cuanto a la defensa, el descubrimiento probatorio debe reunir los siguientes elementos:

- Deberá entregar física y materialmente a las demás partes, a costa de éstas, copia de sus medios de prueba y dar acceso a las evidencias materiales, con

la salvedad del informe pericial, que puede ser descubierto a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia, pero que haya sido anunciado previamente a ella.

Nótese que a partir de la reforma se le exige a la defensa que entregue copia de los registros con los que cuente; es decir, de manera expresa el legislador, al reformar el numeral 337 (antes no le exigía esta carga), establece que el defensor llevará algo semejante a una carpeta de investigación, aunque no en los términos que se exigen a la institución ministerial, la cual está obligada a llevar un registro formal de los actos de investigación, en tanto se lo exige el numeral 217 del Código Nacional de Procedimientos Penales; precepto que además establece una serie de requisitos formales con relación a los actos de investigación que lleve a cabo, ya que deberán constar en registros por separado, ser firmados por sus intervinientes e, incluso, en caso de que no puedan signar las personas su rúbrica o firma, se asentará la huella dactilar correspondiente. Asimismo, deberá señalarse el lugar, fecha y hora de su verificativo, el nombre y cargo de los funcionarios intervinientes y una breve descripción de la actuación.

Ahora bien, llama la atención por qué el legislador le brindó la oportunidad a la defensa e incluso a la víctima u ofendido de poder descubrir (y no solamente anunciar) el informe pericial hasta tres días antes de la audiencia intermedia: la respuesta se encuentra en la práctica y en la ostensible complejidad temporal que puede generar la realización de un dictamen. En efecto, resulta evidente que si el defensor y el asesor jurídico de la víctima tuvieron acceso físico y material a los medios de prueba y los objetos de la fiscalía en último lugar, tienen que contar con un espacio temporal suficiente para poder elaborar sus informes periciales que, en muchos de los casos no representan una especial complejidad; empero, en otros sí, tal como acontece con un informe en materia de contabilidad, diverso en pureza de estupefaciente, disímil en materia bancaria, entre otros, y, destacadamente, porque la experticia a cargo de la defensa, dependiendo de la teoría del caso, tendrá la finalidad de contrarrestar las conclusiones científicas del experto propuesto por el Ministerio Público o en su caso por el asesor jurídico victimal; tarea que no es nada fácil, pues no hay una actividad de litigación más difícil que la de contrarrestar las opiniones científicas de un perito e intentar desacreditarlo personalmente o a sus opiniones, sin acceso a la información básica, que es la que contiene un dictamen. Es viable destacar que, como ya se indicó, en México la fiscalía está obligada a investigar y recabar datos que sean de cargo y de descargo, tal como lo señala el numeral 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer el deber de objetividad; empero, existen sistemas en los cuales esa cuestión está restringida; específicamente nos referimos al ya comparado en este apartado derecho colombiano, pues anteriormente la Fiscalía General de la Nación debía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a su propia teoría del caso; no obstante, el derecho procesal se transformó para dar cabida a que la fiscalía fuera un

mero ente acusador y la defensa realizara efectivamente su labor, ya que —considera el sistema colombiano— de lo contrario, la labor de la defensa sería innecesaria.

Atendiendo a ello, es claro que la finalidad del descubrimiento probatorio es la transparencia del juicio, pues a partir de ella se controla el material demostrativo y se evita la actividad sorpresiva de los litigantes, al presentar medios de prueba que no han sido conocidos por las partes, ya que si bien el sistema penal acusatorio está basado en el principio de contradicción, esto es, en un litigio abiertamente horizontal, los sujetos procesales deberán estar bajo las mismas condiciones en el campo de batalla, a fin de poder ejercer sus pretensiones.

En los siguientes apartados haremos referencia a aquellos medios de prueba que no serán descubiertos, por cuestión excepcional, atendiendo a su especial naturaleza, como sería el caso de la prueba anticipada.

Ahora bien, con relación al camino procesal de la prueba, relativo al anuncio y descubrimiento probatorio de los medios de prueba que serán llevados a juicio, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala los plazos y la forma en que esto acontecerá; no obstante, considero que existen ciertas inconsistencias y omisiones en la ley, que tornan necesaria su aclaración (incluso después de la reforma penal del 17 de junio de 2016), lo cual haré basado en el criterio de este autor y que incluso desarrollo en la praxis judicial cotidiana.

Claro, es importante mencionar que aunque esta obra no tiene la finalidad específica de delimitar y aclarar todas las fases del proceso, sí considero esencialmente importante retomar los aspectos relacionados con el camino de la prueba en la etapa intermedia, especialmente en la fase escrita, que es donde considero que existe una mayor complejidad de interpretación de la porción normativa correspondiente.

Pues bien, el camino procesal de la prueba, específicamente en la etapa intermedia escrita, está previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los numerales 334 al 340, donde se señalan los plazos y la forma en que esto acontecerá.

Es importante mencionar, que de conformidad con la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, fue modificado el contenido de los preceptos 336, 337, 338, 340 y 341, entre otros numerales, a través de los cuales el legislador se hizo cargo de algunas inconsistencias que existían en el Código Nacional y específicamente en la etapa intermedia escrita. Con ello zanjó algunas imprecisiones que existían previamente y que en términos generales se pueden citar las siguientes:

- Quedó establecido que en el momento de ser notificadas las partes de la acusación escrita ministerial se debía entregar una copia de ésta.
- Se definió en qué consiste el descubrimiento probatorio y la forma en que lo deben llevar a cabo las partes.

- Se concretó el plazo en el que debía llevarse a cabo del descubrimiento probatorio (en cuanto al Ministerio Público de manera continua durante el proceso y respecto a la víctima y el acusado en los plazos de los numerales 338 y 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, respectivamente).
- Quedó establecido que en caso de que el acusado o su defensa requieran más tiempo para preparar el descubrimiento probatorio, podrán solicitar un plazo razonable al juez para hacerlo, lo cual podrá hacerse valer incluso en la propia audiencia intermedia.
- Se especificó la forma en que la víctima u ofendido deberán aportar medios de prueba que llevarán a juicio.
- Se preceptuó que en el plazo de 10 días el acusado o su defensa ejercerán los derechos establecidos en el artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales y se incorporó la prerrogativa de ofrecer los medios de prueba que llevará a juicio (anteriormente no se contemplaba expresamente ese derecho, sino que debía incorporarse por armonía operativa).
- Quedó claro que el juez de control, en el mismo proveído en el cual tuviera por recibida la acusación ministerial, señalará hora y fecha para que tenga verificativo la audiencia intermedia.

Pues bien, no obstante que algunas de las inconsistencias que la ley presentaba fueron atendidas con la reforma penal, existen algunas más que no quedaron del todo zanjadas, como se analizará a continuación.

Para referencia inmediata se transcriben los numerales conducentes.

Artículo 336. Notificación de la Acusación

Una vez presentada la acusación, el Juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con dicha notificación se les entregará copia de la acusación.

Artículo 337. Descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio

Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos de este Código.

El Ministerio Público deberá cumplir con esta obligación de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 de este Código, así como permitir el acceso del imputado o su Defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código.

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su Defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo en el momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

En caso que el acusado o su defensor, requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al Juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.

Artículo 338. Coadyuvancia en la acusación

Dentro de los tres días siguientes de la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público, la víctima u ofendido podrán mediante escrito:

- I. Constituirse como coadyuvantes en el proceso;
- II. Señalar los vicios formales de la acusación y requerir su corrección;
- III. Ofrecer los medios de prueba que estime necesarios para complementar la acusación del Ministerio Público, de lo cual se deberá notificar al acusado, y
- IV. Solicitar el pago de la reparación del daño y cuantificar su monto.

Artículo 339. Reglas generales de la coadyuvancia

Si la víctima u ofendido se constituyera en coadyuvante del Ministerio Público, le serán aplicables en lo conducente las formalidades previstas para la acusación de aquél. El Juez de control deberá correr traslado de dicha solicitud a las partes.

La coadyuvancia en la acusación por parte de la víctima u ofendido no alterará las facultades concedidas por este Código y demás legislación aplicable al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Si se trata de varias víctimas u ofendidos podrán nombrar un representante común, siempre que no exista conflicto de intereses.

Artículo 340. Actuación del imputado en la fase escrita de la etapa intermedia

Dentro de los 10 días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, el acusado o su defensor, mediante escrito dirigido al juez de control, podrán:

I. Señalar vicios formales del escrito de acusación y pronunciarse sobre las observaciones del coadyuvante y si lo consideran pertinente, requerir su corrección. No obstante, el acusado o su defensor podrán señalarlo en la audiencia intermedia;

II. Ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio;

III. Solicitar la acumulación o separación de acusaciones, y

IV. Manifestarse sobre los acuerdos probatorios.

El escrito del acusado o su defensor se notificará al Ministerio Público y al coadyuvante dentro de las 24 horas siguientes a su presentación.

Artículo 341. Citación a la audiencia

El juez de control, en el mismo auto en que tenga por presentada la acusación del Ministerio Público, señalará fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, la cual deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a 30 ni exceder de 40 días naturales a partir de presentada la acusación.

En primer lugar, con relación a lo establecido en el precepto 336, no se advierte un cambio significativo con la reforma citada, habida cuenta de que esencialmente presenta la misma correspondencia que el numeral reformado: notificar a las partes con una copia de la acusación ministerial, para estar en aptitud de ejercer sus derechos procesales.

Con relación a lo previsto en el artículo 337 citado, el legislador sí previó diversas modificaciones sustanciales. Como es sabido, antes de la multicitada reforma, el Ministerio Público debía realizar su descubrimiento probatorio dentro del término de cinco días, contados a partir de la presentación de su acusación escrita. Sin embargo, a partir de la miscelánea penal, la institución ministerial ahora debe realizar su des-

cubrimiento probatorio en forma continua, a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, a partir de que el justiciable se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o bien sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista.

Lo anterior pone de manifiesto una cuestión: el descubrimiento probatorio a cargo de la fiscalía ya no será llevado a cabo únicamente en la etapa intermedia, como sucedía con antelación, sino que esta obligación se hace extensiva desde el momento mismo en que aquél es detenido o se pretende obtener su entrevista; dicho de otra manera, se trata, en este aspecto, de una reforma en favor del justiciable, al no delimitar el acceso a las evidencias materiales al plazo perentorio de cinco días, sino que la obligación ahora será continua; de ahí que no resulta necesario fijar un plazo específico, como sucedía con antelación que debía descubrirse en cinco días después de presentada la acusación, pues al ser un acto continuo, desde luego no será necesario abrir periodo específico al respecto.

Lo anterior guarda armonía con lo previsto en ese propio numeral 218, párrafo segundo (reformado), que establece que la víctima u ofendido y su asesor jurídico podrán tener acceso a los registros de la investigación en cualquier momento. Lo que evidencia que también el sujeto pasivo podrá gozar de ese derecho. De esa manera, la fiscalía tendrá que dar acceso prácticamente a todas las evidencias materiales a las demás partes desde el momento mismo en que las está recabando.

Ahora bien, si se supone que el descubrimiento probatorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 337 del Código Nacional citado, consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio; ¿cómo es posible que la institución ministerial sepa desde esas etapas prematuras lo que llevará a juicio y lo descubra en consecuencia? La respuesta la encontramos en la propia naturaleza de la acusación ante la figura del descubrimiento probatorio. Es decir, ya que el invocado numeral 337 establece que el órgano de procuración de justicia deberá descubrir incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio, se evidencia que en suma, todos los elementos que recabe deberán ser descubiertos y por ello no es importante saber qué es lo que llevará a juicio, al menos no para efectos de perfeccionar tal descubrimiento probatorio.

Por otro lado, con relación al acusado y su defensa, así como la víctima u ofendido y su asesor jurídico. El mismo artículo 337, en su párrafo tercero, establece que los citados sujetos procesales deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente y si atendemos a lo que establecen esos preceptos, tenemos dos plazos: en cuanto a la víctima, tres días contados a partir de la notificación de la acu-

sación formulada por el Ministerio Público y en cuanto al acusado, dentro de los 10 días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, sin que se advierta algún otro término diverso a éstos.

De lo anterior se denota una inconsistencia: no puede acontecer un término de anuncio de pruebas al mismo tiempo que transcurre el tiempo de descubrirlos, porque evidentemente serían simultáneos y esto conllevaría a la imposibilidad de su coexistencia.

En efecto, si por ejemplo un acusado ejerce el derecho previsto en el artículo 340 y, entre otros aspectos, anuncia en ese mismo escrito los medios de prueba que llevará a juicio, faltando una hora para que venzan esos 10 días, la institución ministerial tendría sólo esa hora para poder acceder a esos medios de prueba, lo que evidentemente sería desproporcional y violaría derechos de igualdad de las partes, ya que el Ministerio Público habría estado descubriendo todos los medios de prueba desde que el acusado fue llamado a entrevista en la etapa de investigación inicial y, en contra partida, el fiscal sólo tendría un término absurdo que redundaría en una imposibilidad material para ejercer sus pretensiones procesales. Lo mismo acontecería con la víctima u ofendido, esto es, en el caso de que anunciara esos medios de prueba a la defensa en el último día que tuviera para ello o en el momento mismo en que está por culminar, se traduciría en imposibilidad de la defensa para acceder a ellos.

De esa manera, se tiene que realizar una interpretación correctiva al respecto; lo anterior, para el efecto de que la operatividad del sistema penal acusatorio no se haga nugatoria ante espacios temporales que resultaran ilusorios. Por esa razón es que los plazos establecidos en los artículos 338 y 340 no deben ser interpretados como uno solo que conlleve dos efectos (anuncio y descubrimiento simultáneos), sino más bien como un término genérico a seguir.

Lo anterior lo expreso así: los tres y 10 días se tendrán que respetar en su integridad por el juez de control, a fin de que tanto la víctima como el acusado hagan valer por escrito los derechos plasmados en tales preceptos. Luego, ya una vez que aquellos sujetos procesales hicieron valer esas prerrogativas, entonces se deberán computar nuevamente esos plazos, esto es, tres y 10 días, para el efecto de que lleven a cabo su descubrimiento probatorio a las demás partes. Con ello además se tutelaría el equilibrio procesal, ya que la institución ministerial tendría un espacio temporal razonable para acceder a los medios de prueba de la defensa y ésta, a su vez, tendría la misma prerrogativa con relación a los aportados por la víctima u ofendido.

Ahora bien, tratándose de la prueba pericial, tanto el sujeto pasivo ofendido como el acusado podrán entregar a su contraparte el respectivo informe en el plazo correspondiente al descubrimiento probatorio (esto es, los tres y 10 días siguientes después de anunciar los medios de prueba que llevarán a juicio); empero, en el caso de justificar que no se cuenta con tal informe, el descubrimiento del informe pericial acontecerá hasta tres días antes de celebrar la audiencia intermedia.

De igual modo, el último párrafo del artículo 337, establece que si el acusado o su defensa requieren mayor tiempo (que diez días) para descubrir sus medios de prueba, podrán solicitar al juez de control un plazo razonable para ello.

Así, la totalidad de estos términos encuentran armonía con el previsto en el artículo 341 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, la audiencia intermedia, la cual deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor de 30 ni exceder de 40 días naturales a partir de presentada la acusación.

En efecto, como puede advertirse, si presentada la acusación, la víctima u ofendido tienen tres días para hacer valer los derechos establecidos en el artículo 338, entre ellos, anunciar los medios de prueba que llevarán a juicio y además cuentan con tres días más para descubrirlos, se tienen seis días en total con respecto a esos sujetos procesales. Luego, si la defensa tiene 10 días para hacer valer la prerrogativas del numeral 340, entre ellos anunciar sus medios de prueba, y también cuenta con 10 días más para descubrirlos, tenemos 20 días en total con respecto al defensor y al acusado. Así, en total son 26 días por ambos sujetos procesales. A estos 26 días se le sumaría uno más, para encuadrar el espacio temporal de tres días antes de la audiencia intermedia en que deberá rendirse el informe pericial. El resultado: al día 29 ya se estaría en aptitud de celebrar la audiencia intermedia. Por ello, si ésta se debe celebrar después de 30 días y antes de 40 días después de presentada la acusación, los espacios temporales encuadran a la perfección.

Lo anterior, sin desatender que el plazo prudente para postergación del plazo de 10 días de la defensa para preparar su descubrimiento probatorio entraría antes de los 40 días citados.

Ahora bien, ya que se ha establecido la congruencia de los plazos procesales de la etapa intermedia escrita, vamos a atender diversos aspectos accesorios que la reforma penal no atendió a cabalidad con relación a esta propia fase intermedia.

En efecto, la parte inicial del artículo 338 del Código Nacional de Procedimientos Penales hace especial referencia al escrito que eventualmente suscribirán la víctima u ofendido o su asesor jurídico. A través de él, podrán solicitar el acceso al proceso como coadyuvante, aclarar la acusación, complementarla con medios de prueba, así como solicitar y cuantificar la reparación del daño. Como se advierte, el precepto establece de manera clara que esas pretensiones procesales se harán valer mediante escrito, sin especificar hacia quién va dirigido éste.

Pues bien, antes de la reforma, la fracción III de ese numeral zanjaba esa cuestión, al preceptuar que esas pretensiones deberán instarlas por conducto del juez; sin embargo, al modificarse ese artículo, el legislador ya no se hizo cargo de a quién estaría dirigido ese escrito; sin embargo, se antoja especialmente complicado, desde el punto material y jurídico, que se dirija al Ministerio Público, ya que el juez de control es el rector de los cómputos procesales.

De esa manera, las pretensiones contenidas en el artículo 338 deben dirigirse por escrito al órgano jurisdiccional, tal cual sucede con la acusación ministerial; ya que será el juez, como rector del proceso y de sus términos procesales, el que controle y delimite la función de cada uno de las partes, al ser un árbitro pasivo en la contienda, pero encargado de que se respeten las reglas del juego.

Por otro lado, como se ha indicado, con antelación a la multicitada reforma penal, en el diverso numeral 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regulaba la actividad del acusado en la etapa intermedia escrita, se advertían inconsistencias relativas a que el escrito de la defensa debía ser dirigido al Ministerio Público y no al juez de control y que debía descubrir los medios de prueba que llevaría a juicio, cuando el propio precepto no establecía la facultad de anunciarlos previamente. Sin embargo, con la reforma penal esas incongruencias quedaron atendidas, al preceptuarse actualmente en dicho numeral que tal escrito debe ser dirigido al juez de control y además incorporar como una hipótesis más, el que la defensa deberá, en ese escrito, anunciar los medios de prueba que llevará a juicio, los cuales deberán ser posteriormente descubiertos a su contraparte, lo que encuentra armonía con una de las funciones más importantes del órgano jurisdiccional, que es el velar por la igualdad de las partes y vigilar que se desarrolle en forma correcta el proceso.

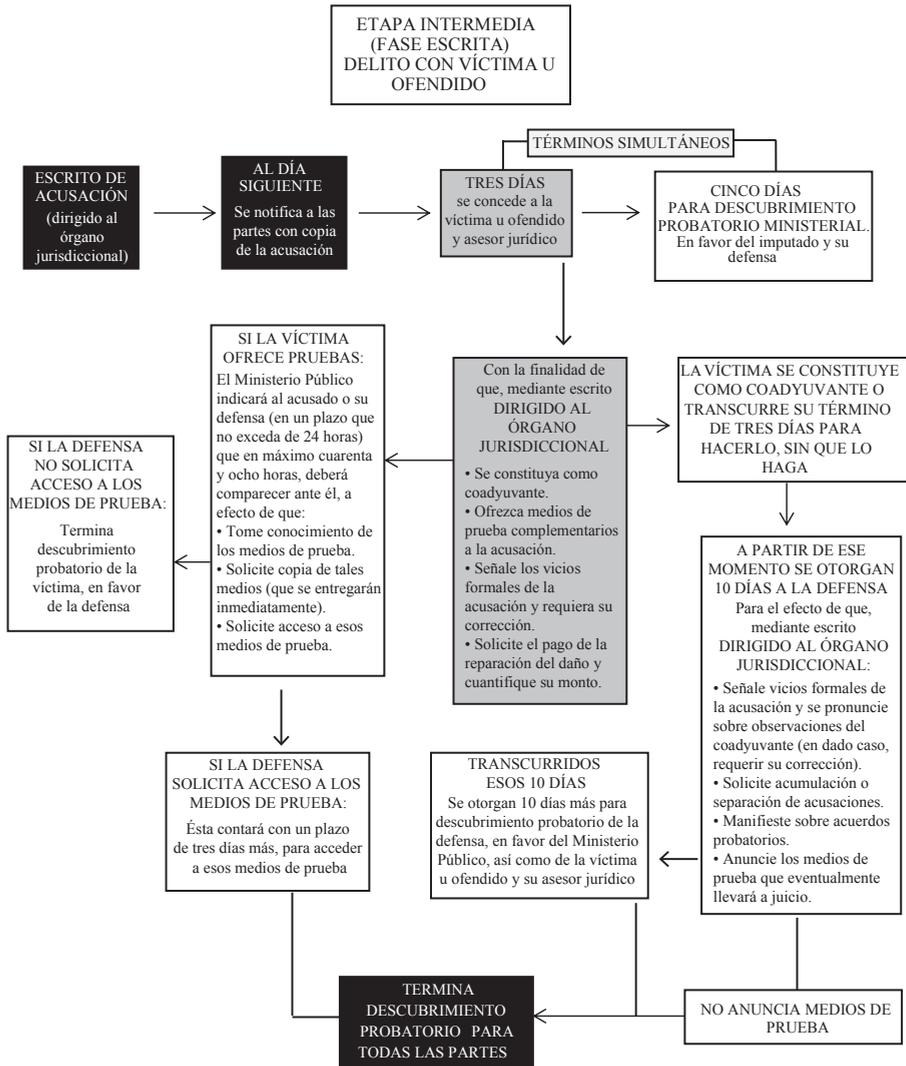
Derivado de ello, no podría haber un garante judicial de derechos fundamentales y de los términos procesales, si se constriñera el derecho de anuncio de prueba de la defensa, a dirigirla directamente a su contraparte, pues evidentemente daría lugar a una ostensible incertidumbre jurídica y pérdida del control procesal; primero, al dejar la interpretación de los espacios temporales a una parte con —generalmente— intereses antagónicos a los de la defensa y del acusado y, segundo, al hacer una excepción en el ejercicio del derecho de defensa con respecto a su destinatario, en tanto sería el único sujeto procesal que tendría que dirigir esa pretensión a su contraparte, lo cual no sería jurídicamente admisible, habida cuenta de que tanto la institución ministerial como la víctima u ofendido exhiben la acusación y complementación a ésta, respectivamente, ante el órgano jurisdiccional.

Por ello, no existiría razón aparente del porqué el fiscal y la víctima allegaran al proceso sus escritos a través del juez y, por otro lado, la defensa hiciera lo propio a partir de su contraparte; en cambio, con ello se vería amenazado el equilibrio procesal y la rectoría de los plazos procesales, lo que redundaría en una inconsistencia en el camino de la prueba.

Así, en términos generales, se puede concluir lo siguiente:

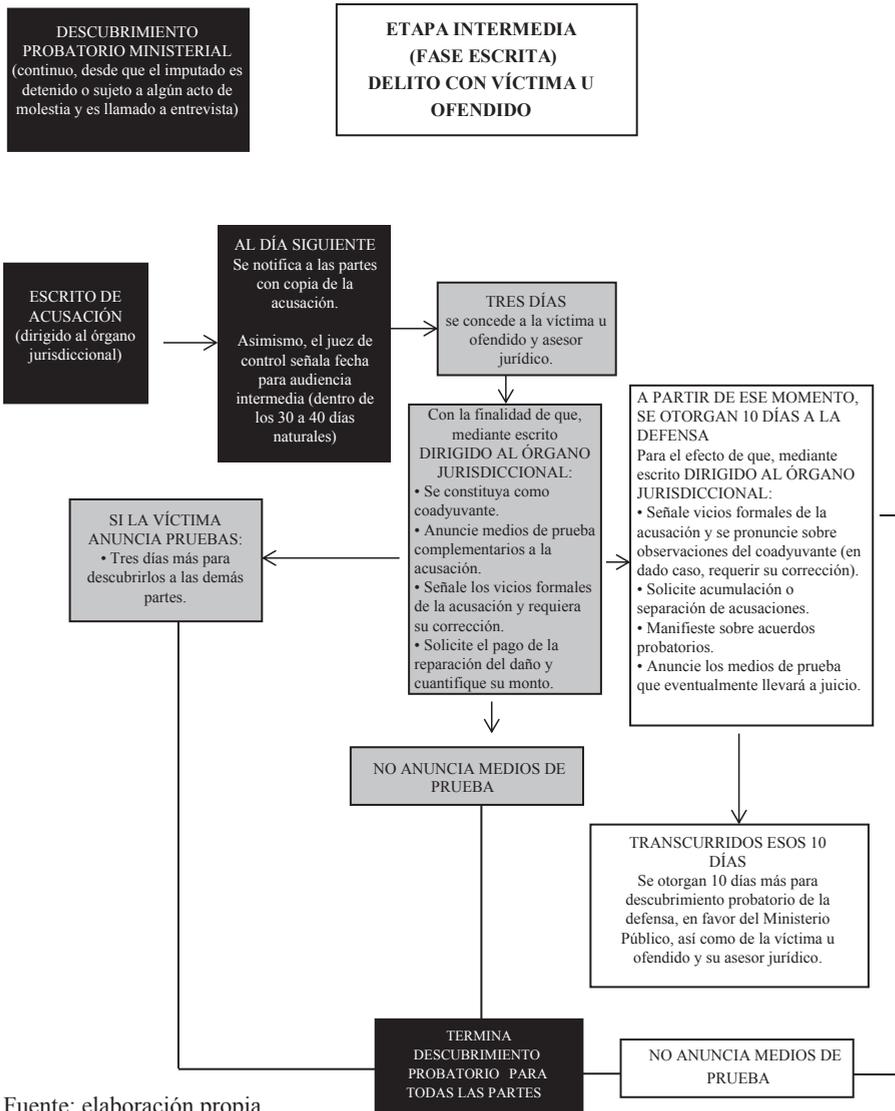
- El fiscal deberá descubrir sus datos de prueba desde la etapa de investigación inicial, desde el momento mismo en que el imputado es detenido, se le cite como imputado o es sujeto de un acto de molestia y se pretende obtener su entrevista; es decir, desde antes de que la carpeta sea judicializada, hasta la propia etapa intermedia.
- Los términos de tres y 10 días destinados, respectivamente, para que la víctima u ofendido y el acusado anuncien los medios de prueba que llevarán a juicio son independientes de los siguientes tres y 10 días que tienen ambos sujetos procesales para descubrirlos a su contraparte.
- Cuando se trate de la prueba pericial, tanto la víctima u ofendido como el acusado podrán entregar a su contraparte el respectivo informe en el plazo correspondiente al descubrimiento probatorio o, ante la correspondiente justificación de no contar con él, podrá hacerse hasta tres días antes de celebrar la audiencia intermedia.
- Todos los escritos de los sujetos procesales, en los que hacen valer sus derechos de anunciar medios de prueba que llevarán a juicio, deberán ser dirigidos al órgano jurisdiccional, ya que éste es el rector del proceso.
- Lo anterior, porque el juez debe vigilar todos los plazos del proceso y realizar los cómputos correspondientes, sin que se delegue este aspecto al criterio de las partes, para dar certidumbre jurídica.
- En ese orden, de manera gráfica, la etapa intermedia en su fase escrita, antes y después de la reforma penal, en delitos con y sin víctima, se ilustraría en los siguientes términos:

ETAPA INTERMEDIA ESCRITA CON VÍCTIMA
ANTES DE LA REFORMA PENAL



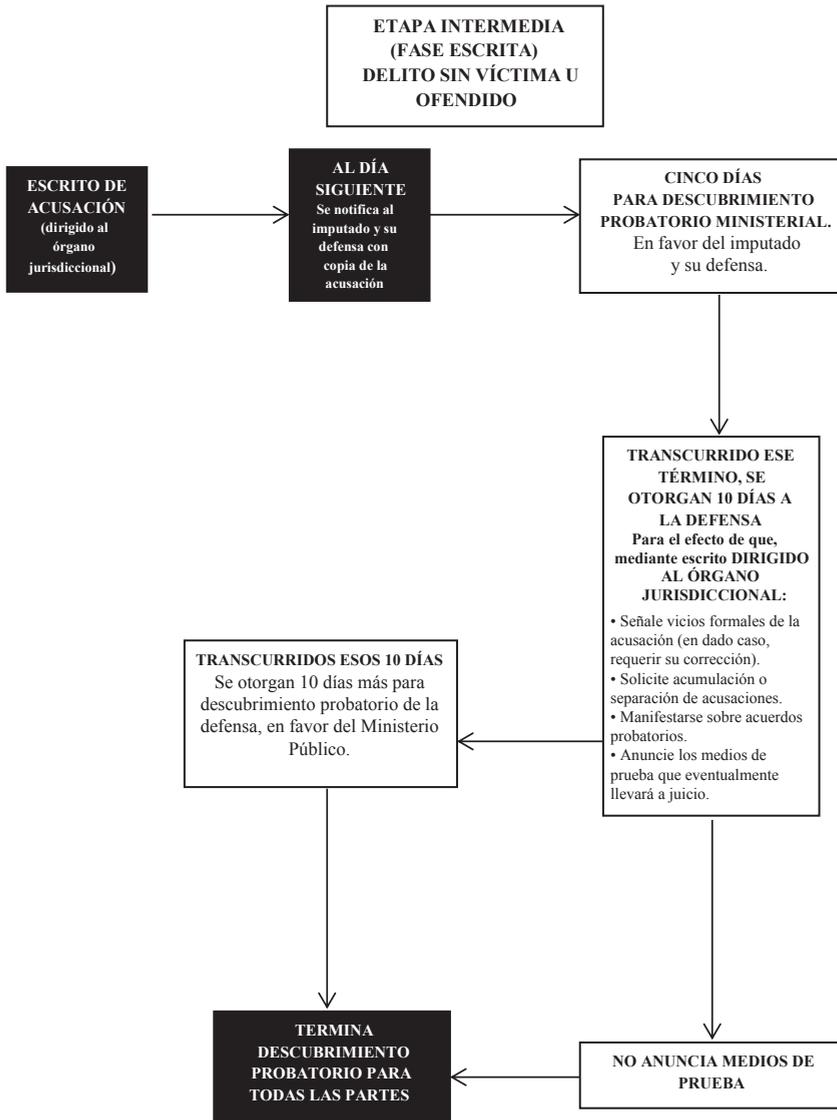
Fuente: elaboración propia.

ETAPA INTERMEDIA ESCRITA CON VÍCTIMA
CON LA REFORMA PENAL



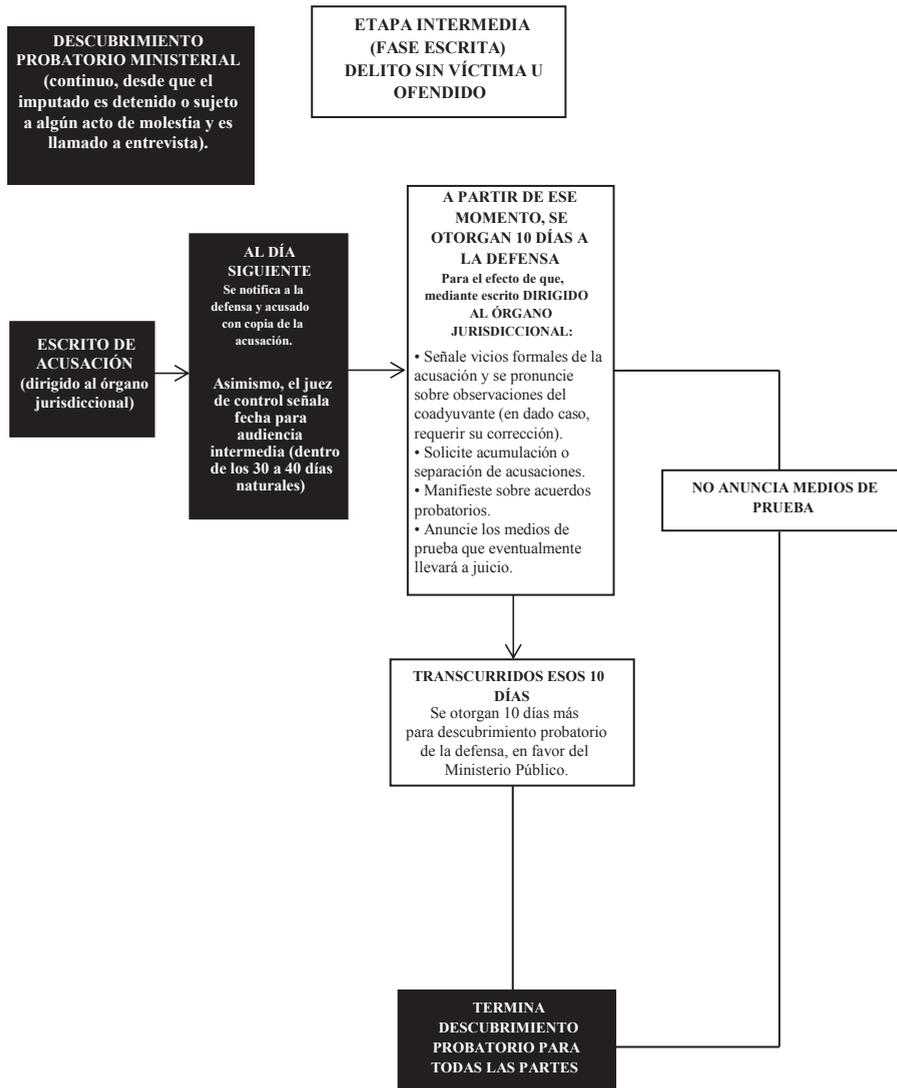
Fuente: elaboración propia.

ETAPA INTERMEDIA ESCRITA SIN VÍCTIMA
ANTES DE LA REFORMA PENAL



Fuente: elaboración propia.

ETAPA INTERMEDIA ESCRITA SIN VÍCTIMA
CON LA REFORMA PENAL



Fuente: elaboración propia.

Establecido lo anterior, el siguiente camino de la prueba será el ofrecimiento que de ella se hace ante el juez de control.

C. Ofrecimiento

Una vez que los medios de prueba han sido descubiertos por las partes, lo siguiente es que sean ofrecidos por los sujetos procesales. La etapa donde esto ocurre es la audiencia intermedia; específicamente en la fase oral de esa etapa, ante el juez de control y en forma oral. De ese modo, el anuncio de los medios de prueba se hace por escrito, el descubrimiento tiene una connotación material y el ofrecimiento se hará oralmente.

Así es, dado que el juez de control no tiene acceso en la audiencia intermedia a los registros de la investigación y tampoco a la actividad relacionada con el descubrimiento probatorio (ya que sólo es el rector de los plazos procesales en esa etapa), sólo le resta que las partes por vía oral le expongan —bajo un estricto control horizontal— si el desarrollo de la etapa intermedia en su etapa escrita fue cumplida cabalmente; para ello, en la propia audiencia intermedia, el órgano jurisdiccional va a constatar, a través de la oralidad de las partes, si se cumplieron las reglas del descubrimiento probatorio; de exponer alguna de ellas que no aconteció en esos términos, entonces el órgano jurisdiccional abrirá debate al respecto.

Aquí surge una interrogante, ¿qué sucede si el descubrimiento probatorio no se llevó en términos de ley? O ¿qué pasa si falta algún medio de prueba obligatorio por anunciar y descubrir por alguna de las partes y pretende ofrecerlo en la audiencia? Considero que la respuesta nos la otorga el artículo 99 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, la figura del saneamiento, ya que estamos ante un acto ejecutado en inobservancia de las formalidades de la ley, que puede subsanarse realizando el acto omitido. De esa manera, si algún medio de prueba no ha sido descubierto, considero que esa omisión debe ser saneada. Ante ello, se deberá suspender la audiencia intermedia y ordenar a la parte omisiva que descubra ese elemento de prueba. Saneado lo anterior, entonces se podrá volver a celebrar la audiencia intermedia, ya con la generalidad de haber descubierto todos los medios de prueba.

Ahora bien, en el caso de que se advierta que el descubrimiento probatorio se llevó a cabo en términos de ley y una vez que se han resuelto posibles incidencias, excepciones y resuelto los acuerdos probatorios, se procederá al ofrecimiento de medios de prueba en forma oral. A partir de la exposición de las partes el órgano jurisdiccional excluirá aquellos que no tengan relación con la investigación, generen efectos dilatorios, sean ilícitos, nulos, ilegales o se refieran a la conducta sexual previa de la víctima en un delito relacionado con esa índole (temas que se abordarán más adelante); en caso contrario, decretará su admisión.

D. Admisión

Como se indicó, si el juez de control no encontrare que los medios de prueba ofrecidos en forma verbal son impertinentes, generan efectos dilatorios, son ilícitos, nulos, ilegales o se refieran a la conducta sexual previa de la víctima, procederá a su admisión. Esta decisión evidentemente repercutirá en la etapa de juicio, pues sólo podrá desahogarse aquello que haya sido materia de depuración de la etapa intermedia, salvo las excepciones que más adelante señalaremos. De esa manera, la admisión de esos medios de prueba es vinculante para el tribunal de enjuiciamiento, quien tendrá conocimiento de ellos a partir del auto de apertura a juicio oral que el juez de control dicte derivado de la actividad de las partes en la etapa intermedia.

Por ello, la admisión de los medios de prueba lleva aparejados los siguientes efectos:

- Se fija la *litis* probatoria, al delimitar los medios de prueba que se desahogarán en juicio, a virtud de que éstos han seguido un camino que va desde su anuncio, hasta su descubrimiento y admisión en la etapa intermedia y que atenderán desde el hecho delictivo mismo, como la responsabilidad del acusado, la individualización de sanciones y la reparación del daño.
- Se individualizan los medios de prueba (es decir, se identifica plenamente a testigos, peritos y pruebas materiales y su forma de citación). Lo anterior, incluso en caso de haberse declarado por el órgano jurisdiccional como reservados, pues para ese momento, ya no podrán mantener ese sigilo, en términos del artículo 220 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Se establecen los acuerdos probatorios (excepción al principio de contradicción), los cuales no serán materia de prueba en la etapa de juicio, sino que sus alcances son aceptar como probados algunos hechos o sus circunstancias.
- Se cierra la fase probatoria en su etapa de preparación a juicio, para dar cabida sólo a su desahogo y su valoración.
- Se hace referencia a la prueba anticipada, para el efecto de que sea reproducida en juicio.

Desde luego, los medios de prueba que no hayan sido admitidos, pero que previamente fueron anunciados y descubiertos por las partes, estarán excluidos de la audiencia de debate, como se analiza a continuación.

E. Exclusión de medios de prueba

La exclusión probatoria es una institución tan explorada como la prueba misma. En el ámbito internacional y específicamente en el derecho europeo se le conoce como prohibiciones de la prueba; en el derecho anglosajón es conocida como *exclusionary rule* o regla de exclusión. Fue Ernst Beling quien acuñó este tema con mayor trascendencia, hace más de 100 años, en su llamada teoría de la prohibición de la prueba,³⁹ donde manifestaba que existían limitaciones a la averiguación de la verdad dentro del proceso, las cuales dependían de la posición que otorgaba el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal. Esta limitación surge frente al Estado de derecho o, más específicamente, frente a los derechos fundamentales, sobre todo aquellos relacionados con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En estos casos, el legislador estableció ciertas restricciones a la actividad probatoria, inicialmente libre, donde la admisibilidad de los medios de prueba no es viable e incluso resulta prohibida. Estas restricciones juegan un papel preponderante bajo un doble esquema de protección: tutelan al justiciable de que no se admitan medios de prueba ilícitos o ilegales en su contra y, por otro lado, preservan un componente colectivo, a través de la realización de un juicio justo, a fin de que sea juzgado en términos apegados a la constitucionalidad y la legalidad y que tampoco dicho gobernado los utilice contra las demás partes (la víctima u ofendido o la institución ministerial).

Ahora bien, de conformidad con la doctrina alemana, propulsada por las teorías de Beling, las llamadas prohibiciones probatorias se distinguen entre prohibiciones de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbote*) y la prohibición de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*), las primeras regulan el procedimiento de obtención de las pruebas y las segundas el uso judicial que se dé a las ya obtenidas.

Bajo este aspecto y de acuerdo con los lineamientos del sistema penal acusatorio de nuestro país y lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo será prueba aquello que se desahogue en presencia del tribunal de enjuiciamiento; por ello, en México, las reglas de exclusión probatoria (desde luego, sólo en la etapa intermedia) tenderán a regular la prohibición de la producción de pruebas (y excepcionalmente la ya producida), en virtud de que aquéllas todavía no se obtienen, sino hasta que se perfeccionen en la etapa de juicio. De esa manera, el juez de control va a encargarse primordialmente de excluir aquellos medios de prueba que suponen una violación procesal o sustantiva en su etapa de producción (por ejemplo, podría ser la lectura íntegra en la etapa de juicio de un dictamen pericial), sin que esto

³⁹ Beling, Ernst von, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung institution ministerial Strafprozess*, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmsradt, 1968.

suponga necesariamente que no se va a hacer cargo de aquella ya producida, como pudiera ser el resultado de una intervención de comunicaciones privadas sin que medien todos los requisitos de ley.

Lo anterior tiene sustento en que, desde luego, el derecho a valerse de pruebas en el proceso penal no es absoluto, ya que esa libertad probatoria, de la cual se goza inicialmente, debe ser regulada bajo aspectos rigurosos y bien determinados que permitan que la etapa de juicio sea llevada bajo una institución protectora de los derechos humanos, a fin de que el tribunal de enjuiciamiento no tenga que ocuparse de la calificación de los medios de prueba, sino que éstos sean previamente regulados por el juez de control y, en esencia, la etapa de juicio se centre solamente en el desahogo y valoración de esas pruebas previamente anunciadas, ofrecidas, admitidas e, incluso, excluidas.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece cinco bloques de reglas de exclusión:

- a) Pruebas que generan efectos dilatorios. Este primer rubro corresponde a los medios de prueba que atentan contra la celeridad e idoneidad del proceso (tiene sustento en el principio de pertinencia, conducencia, utilidad e idoneidad de la prueba) y, a su vez, se subdividen en sobreabundantes, impertinentes e innecesarios.
- b) Pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales. El segundo bloque se compone de aquella construcción protectora de estos derechos.
- c) Pruebas nulas. El tercero se relaciona con la institución de nulidad de las pruebas por pronunciamiento judicial previo.
- d) Pruebas que recabadas en contravención a la ley. El cuarto se vincula con el debido cumplimiento de las formalidades de ley (los tres anteriores principios tienen su sustento en el diverso principio de licitud probatoria).
- e) Pruebas sobre conducta sexual anterior y posterior de la víctima. El último de ellos no es genérico como los anteriores, sino concretizado a los delitos de índole sexual, tendentes a indagar sobre la conducta, precisamente sexual de la víctima (tiene sustento en el principio de utilidad de la prueba, en tanto pone en tela de juicio la disponibilidad de la libertad sexual de una persona).

a. Pruebas que generan efectos dilatorios

En cuanto al primer rubro, esto es, los medios de prueba que atentan contra la celeridad e idoneidad del proceso, a su vez se encuentran los que tienen la naturaleza de ser sobreabundantes, impertinentes e innecesarios.

a.1. *Sobreabundantes*

El propio legislador le dio una connotación expresa y específica a los medios de prueba sobreabundantes, al aducir que son aquellos que se refieren a medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones; incluso le confiere un tratamiento expreso a ese tipo de medios de prueba, al preceptuar, en ese propio numeral que: En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.⁴⁰

Pues bien, los medios de prueba sobreabundantes, para ser catalogados como tales, de conformidad con lo establecido por el legislador, deben ser de la misma naturaleza, es decir, constituir testimoniales o pruebas documentales o materiales tendentes a demostrar un mismo hecho; por ejemplo, 10 testigos anunciados, descubiertos y ofrecidos para demostrar que el acusado es una persona de conducta sobria y retributiva para la sociedad. Por ello, cuando se esté en presencia de estos elementos sobreabundantes, el juzgador deberá limitar el número de esos testigos, al que se considere idóneo y suficiente para demostrar esa pretensión procesal de la parte oferente.

Esto quiere decir que no se trata propiamente de una regla de exclusión de los medios de convicción, sino más bien constituye una limitación en cuanto al número de órganos de prueba que desahogarán esa pretensión. Por ello es que se dice que los elementos sobreabundantes atentan contra el principio de celeridad procesal, habida cuenta que el hecho de desahogar un número importante de órganos de prueba tendentes a demostrar una misma circunstancia sería inútil, engorroso y que además entorpecería la etapa de debate, pues debe recordarse que, en lo materialmente posible, en el proceso penal debe tutelarse el principio de concentración.

⁴⁰ Artículo 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:

a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;

(...)

En el caso de que el juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

a.2. *Impertinentes*

Cuando estamos en presencia de pertinencia, nos referimos a los medios de prueba anunciados, descubiertos y ofrecidos que no se refieren a los hechos controvertidos; en consecuencia, este aspecto está íntimamente relacionado con el principio de idoneidad e utilidad de la prueba, donde se tiende a proteger los fines del proceso, que es, entre otros, como lo hemos indicado, esclarecer los hechos propuestos por las partes en su teoría del caso: más concretamente, esclarecer la *litis* procesal. Por ello, el medio de prueba aportado, para no ser impertinente, debe tener alguna relación lógica o jurídica entre el propio medio y los hechos materia del proceso.

Desde luego, como se ha sostenido, la pertinencia sólo recae en cuanto a su admisibilidad y no respecto a su valor de convicción, pues el juez de control en la etapa intermedia sólo va a analizar la relación del medio ofrecido con el hecho a probar; en consecuencia, a pesar de ser admitido el medio de convicción por ser pertinente, puede que eventualmente no resulte de convencimiento para el tribunal de enjuiciamiento en la etapa de juicio, lo que entonces quiere decir que su admisibilidad no conduce a la certeza en su valoración.

Por ello, el juzgador deberá ser especialmente cuidadoso en la audiencia intermedia al analizar la pertinencia de un medio de prueba, a fin de no excluirlo de manera indiscriminada, ya que se debe recordar que la valoración de la prueba en el sistema penal acusatorio es libre y lógica, por lo que tiene que ser ostensible la falta de pertinencia de aquel medio con el hecho a probar y, desde luego, debe tener la plena conciencia jurídica de que sólo está facultado para analizar la admisibilidad o no de aquel medio de convencimiento, pero no prejuzgar sobre su alcance demostrativo, propio de la etapa de juicio.

Esto es así, porque la consecuencia de inadmisibilidad de un medio de prueba por impertinente no es como ocurre con la prueba sobreabundante, en las que se limita el número de órganos de prueba que la perfeccionarán, sino que, al ser impertinente, la derivación será su falta de práctica y que eventualmente no sea parte de la contienda ni de la resolución del tribunal de enjuiciamiento.

Un ejemplo de una prueba impertinente es aquélla en que, por citar un ejemplo, en un homicidio cometido con culpa en hechos de tránsito, se ofrece determinada documental con la finalidad de acreditar que el acusado fue absuelto previamente por un juez por el delito de robo calificado.

a.3. *Innecesarias*

Los medios de prueba innecesarios son aquellos que tienden a comprobar hechos públicos, notorios o incontrovertidos. Claro está que este aspecto está vinculado con uno de los fines del proceso, que es esclarecer los hechos. De esa manera, si el medio de

convicción tiene como finalidad demostrar eventos que no están en tela de juicio, por ser notoriamente evidentes, comprobados y conocidos, la prueba no tendría utilidad alguna y, por tanto, deberá ser excluida.

Debemos diferenciar la prueba innecesaria (o inútil) de la impertinente que ha sido recientemente invocada. Como se ha indicado, la pertinencia es una institución que guarda relación con la finalidad probatoria, esto es, con su objeto de esclarecer los hechos del litigio. Por lo tanto, la pertinencia de la prueba es un requisito previo a la utilidad de ella; es decir, si una prueba es impertinente (porque no guarda relación con los hechos), ya no será materia de análisis su utilidad (o necesidad); empero, si la prueba es pertinente (por referirse a aspectos de la *litis*), entonces procede analizar su utilidad.

En esas condiciones, la prueba impertinente será excluida por su falta de relación con la *litis*, mientras que la prueba innecesaria o inútil sí tendrá relación con la contienda procesal, pero su desahogo no llevará a ningún fin práctico, pues a pesar de ser pertinente es superflua.

Consideremos un ejemplo: uno de los temas a dilucidar en la contienda procesal es saber si el día 6 de noviembre de determinado año, fue viernes o sábado; lo anterior, para tener la certeza de que era un día de clases en la escuela secundaria donde el acusado fungía como docente (y es señalado como quien abusó sexualmente de una alumna en clase). Se trata de un hecho donde no se requiere especial medio de prueba para probarlo más que acudir al calendario de ese año. Sin embargo, si una de las partes ofrece la testimonial del conserje de la escuela, a quien no le constaron los hechos, pero puede declarar ante el tribunal de enjuiciamiento que ese día era viernes, la prueba evidentemente será innecesaria, por tratarse de hechos incontrovertibles, aunque es inicialmente pertinente, por referirse a un evento relacionado con la *litis* procesal.

Lo importante a destacar de los medios de prueba sobreabundantes, impertinentes o innecesarios es que deberán ser excluidos (a excepción de los sobreabundantes que sólo se limita el número de órganos de prueba), para no entorpecer, obstaculizar o retrasar el desarrollo del proceso, en virtud de que no existiría necesidad de que el tribunal de enjuiciamiento desahogara pruebas engorrosas, ajenas a los hechos o inútiles, que no llevaran a ningún fin y que, desde luego, pudieran incluso complicar la labor del juzgador que resolverá en definitiva.

b. *Pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales*

Mucho se ha escrito sobre la obtención de medios de prueba en vulneración de los derechos fundamentales; aspecto que ha ido cobrando especial auge desde el nacimiento de esa protección en el pensamiento de la Ilustración y que ha ido ganando terreno en los países occidentales a partir del siglo XX. Fue la ideología de la Ilustración la que constituyó la base desde la cual se pudo hablar de establecer un juicio sobre ilicitud

de la prueba, ya sin la influencia del pensamiento inquisitivo, este último pensado especialmente en el poder del Estado y el fortalecimiento de la Iglesia.

Así, con esas nuevas nociones ideológicas se comenzó a enfrentar intereses contrapuestos, por un lado, el poder el Estado ejerciendo su autoridad frente a sus gobernados y, por el otro, tal potestad limitada por los derechos humanos positivizados. Mismas prerrogativas que servirían, eventualmente, como estandarte para la exclusión de actuaciones y prueba ilícitas, donde si bien es importante la obtención de medios probatorios, no resulta menos trascendental la protección de los derechos humanos para lograr ese fin procesal.

Este aspecto y la notoria influencia europea tomaron especial auge en América, específicamente en Estados Unidos de América, donde aconteció un caso por demás emblemático que inspiró la limitación del poder del Estado frente a los derechos de los gobernados en la obtención de medios de prueba. Se trata del caso *Olmstead vs. The United States*, en el cual se habían intervenido ilegalmente las conversaciones telefónicas de comerciantes de alcohol y que fue planteado como violación a la Cuarta y Quinta Enmiendas ante la Corte Suprema.

El *Chief Justice* William Howard Taft, ex presidente de ese país, escribió una larga opinión según la cual consideraba que no se violó derecho fundamental alguno, pues suponía que no se ingresó a la casa de los acusados, sino que, todo lo contrario, los aparatos de intervención se instalaron afuera de la morada y las voces que se escuchaban en las líneas se obtuvieron al exterior del inmueble, pero de ninguna manera dentro de él.

Ese argumento parecía contundente; no obstante, Louis D. Brandeis, en uno de los más célebres votos disidentes de la historia, se apartó de la interpretación literal de la Cuarta y Quinta Enmiendas de ese país y expresó: “El incidente ilícito de la invasión de la intimidad del teléfono es mucho peor que el de la correspondencia. Cuando se intercepta una línea de teléfono, se invade la intimidad de las personas en ambos extremos de la línea. Aún más, la interceptación de la línea telefónica de un individuo envuelve la interceptación del teléfono de todas las otras personas que él puede llamar o que le pueden llamar”.

Esa opinión minoritaria, desde luego, no fue acogida por la Corte Suprema, sino que esto aconteció 40 años más tarde, en los casos *Berger y Katz vs. United States* de 1967, donde se resolvió que el espionaje electrónico constituye una violación a los derechos de las personas y que, en consecuencia, se deben privilegiar los derechos constitucionales por sobre la averiguación de hechos ilícitos; específicamente, someter los mecanismos de indagación al respeto de aquellos derechos.

A partir de ello se comenzó a hablar de protección de los derechos fundamentales en dos aspectos concretos: el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y la integridad judicial (*judicial integrity*); el primero de ellos conduce a la exclusión para disuadir el poder

del Estado para evitar violaciones a los derechos fundamentales en lo futuro y el segundo tiene esas mismas consecuencias, sólo que a través de la investidura judicial.

Estos casos emblemáticos tuvieron tanto auge, que incluso países latinoamericanos comenzaron a reproducir la prohibición de obtención de pruebas a través de violación a los derechos fundamentales, precisamente, en sus leyes fundamentales.

En Brasil, por ejemplo, la propia Constitución de la República, en su numeral 5, fracción LVII, establece la prohibición de admitir pruebas obtenidas mediante medios ilícitos.⁴¹ Esta misma protección la encontramos en Colombia, pues la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, último párrafo, establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.⁴²

México no es la excepción, pues el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; de lo que se colige que también nuestro país incorporó esa prohibición de obtención de medios probatorios en contravención de los derechos fundamentales de manera expresa. Por lo que el sistema penal acusatorio mexicano se rige también bajo esa directriz constitucional y establece ese derecho de manera expresa en el artículo 346, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales como causa de exclusión de la prueba.

En efecto, en código procesal obliga al juzgador a excluir las pruebas obtenidas en inobservancia de los derechos fundamentales. Este mandato, desde luego, es aplicable a la totalidad de los medios de prueba ilícitos logrados en la etapa intermedia e, incluso, tiene el alcance de obligar al juzgador a no ponderar los datos de prueba obtenidos de esa manera en etapas previas a aquélla.

Ahora bien, centrémonos en la etapa intermedia del sistema penal acusatorio mexicano, donde el numeral 436 en comento le establece al juzgador, de manera

⁴¹ Artículo 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

(...)

LVI. Son inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos.

⁴² Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

precisa, la obligación de excluir los medios de prueba obtenidos con motivo de vulneración de derechos fundamentales.

Desde luego, no se trata de realizar un estudio propiamente desarrollado con respecto a este tema, pues además de que eventualmente sería necesaria una obra completa para analizar ese tópico, una de las finalidades de este trabajo es centrar la consecuencia procesal de que las partes obtengan medios de prueba en vulneración de derechos fundamentales y pretendan que se lleven a juicio; por ello, es viable precisar solamente que tales medios de prueba, para que no sean excluidos por el juez de control, no deben atentar contra un derecho humano reconocido tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales; en el entendido de que, para ello, debe acudir a ambas fuentes para determinar el contenido y alcance de ese derecho humano y que, desde luego, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que, de conformidad con el Máximo Tribunal, “el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado”.⁴³

En ese sentido, si un medio de prueba atenta contra esos derechos humanos reconocidos en el derecho interno y el ámbito internacional, que a su vez no involucre una restricción constitucional, el juez de control realizará su declaratoria de exclusión de ese medio probatorio, lo que traerá como consecuencia la expulsión total del proceso de esa fuente de información y que sólo podrá ser reanalizada su inadmisibilidad a través de la interposición del recurso de apelación.

Es importante mencionar que el momento oportuno para que una de las partes denuncie la obtención de medios de prueba ante el juez de control, o bien, que éste mismo lo advierta es, precisamente, la audiencia intermedia, pues de no acontecer de esa manera, en la etapa siguiente, que es la de juicio, difícilmente podría alegarse esa cuestión (haciendo especial énfasis a la cuestión de inadmisibilidad de la prueba), por ser una fase destinada exclusivamente al desahogo y valoración de pruebas (salvo las excepciones que en capítulos posteriores haremos). Circunstancia que guarda relación con la propia naturaleza del sistema acusatorio, en el cual la etapa intermedia (o de preparación de juicio, según algunos países) constituye la fase destinada para

⁴³ Localización: Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, abril de 2014, p. 202, jurisprudencia, común número de tesis P./J. 20/2014, Registro IUS: 2006224.

que determinados medios de prueba no lleguen a ser valorados por el tribunal de enjuiciamiento.

En efecto, si comparamos el sistema penal acusatorio mexicano con el propio de disímiles países, veremos que tienen etapas semejantes a la intermedia. Por ejemplo, en Chile, el sistema cuenta con la etapa de preparación a juicio oral, la cual es llevada por el juez de garantías, en la que el órgano jurisdiccional excluirá los medios de prueba que atenten contra los derechos fundamentales, entre otras razones de exclusión. Misma circunstancia que acontece en Colombia, con la llamada audiencia preparatoria de juicio oral, la cual tiene lugar 30 días después de la audiencia de formulación de acusación. Igualmente, en Costa Rica, existe el llamado procedimiento intermedio, que tiene como finalidad la preparación de los medios de prueba que llegarán a juicio.

Por ello, la naturaleza de las etapas preliminares a juicio en los sistemas acusatorios es, precisamente, dejar sentadas las bases probatorias para que en aquella etapa de debate queden zanjadas las cuestiones relacionadas con la ilicitud probatoria; lo anterior, para que el tribunal de enjuiciamiento se encargue solamente de su desahogo y de determinar su alcance demostrativo.

No obstante lo anterior, es importante destacar, en una opinión personal, que si atendemos a la lesión constitucional que conllevaría la prueba desahogada con violación a derechos fundamentales en juicio y al margen de que este aspecto de ilicitud no hubiera sido detectado por el juez de control en la etapa intermedia, no existiría preclusión de las partes para poder alegar esta violación a los derechos humanos en la audiencia de debate, pero —claro está— este aspecto no redundaría en una inadmisibilidad de esa prueba (porque ya fue admitida por el juez de control), sino en la desvaloración que de su alcance probatorio se hiciera en la sentencia de juicio.

En efecto, algunos sistemas procesales penales del mundo no se involucran en calificaciones de ilicitud previas (como lo hace el sistema mexicano), sino que eso lo destinan para el momento en que se emita la sentencia que ponga fin al juicio. Tal es el caso del sistema holandés, donde la ilicitud de prueba sólo se ve reflejada en la sentencia, pero no forma parte de un estudio previo, porque —considera el legislador en Holanda— no se pueden emitir juicios anticipados de la prueba. Por su parte, en Alemania la ilicitud probatoria puede aún ser alegada por las partes en la etapa de juicio y la consecuencia procesal será que no sea valorada por el tribunal al emitir su fallo. El derecho brasileño también preceptúa que la ilicitud probatoria debe ser materia de la resolución final y sólo deja la exclusión probatoria para aspectos ostensiblemente violatorios de derechos fundamentales. Esta misma circunstancia es prevista en el sistema italiano, que no compromete la licitud probatoria sin previo desahogo.

En esas condiciones, estimo que en México, donde se ha desarrollado ostensiblemente una cultura de protección a derechos fundamentales, las alegaciones de medios de prueba obtenidos con violación a aquellas prerrogativas pueden centrarse en su in-

admisibilidad en la etapa intermedia, o bien en su desvaloración en la etapa de juicio, en el momento de resolverse en definitiva, como lo contemplan los sistemas de los países mencionados.

Ahora bien, como se sabe, en el derecho mexicano no es necesario que el medio de prueba sea desahogado para conocer su ilicitud probatoria; de hecho, el legislador le confiere al juez de control la facultad y obligación de que anticipadamente al juicio se califique el origen lícito de esos medios de prueba, lo que presupone que el órgano jurisdiccional no debe dejar pasar algún medio que pueda atentar contra derechos humanos, porque la resolución del juez de control en el auto de apertura a juicio oral es complementemente vinculante para el tribunal de enjuiciamiento, en el sentido de que sólo podrán ser desahogados los medios de prueba que han sido objeto de depuración en la etapa intermedia (con las excepciones que en capítulos posteriores se analizarán) y, por ello, el tribunal de juicio no va a analizar su procedencia, sino que sólo será tema de la audiencia de debate, el orden en que serán perfeccionados y la forma en que las partes los desahogarán. Así también, eventualmente, si el tribunal de juicio considera que determinada prueba fue obtenida con violación a derechos fundamentales, al margen de su previa y vinculante admisibilidad a cargo del juez de control, el órgano de juicio tiene la facultad de no concederle valor probatorio alguno, ante la ilicitud que ello representaría.

Un aspecto importante a mencionar es: ¿puede el juez de control excluir medios de prueba de oficio?, esto es, ¿sin mediar petición de parte?

Si nos centramos en sistemas como el chileno, la respuesta rotunda sería que no, ya que aquél privilegia el control horizontal y adversarial del proceso; de tal modo que en Chile se contempla únicamente la ilicitud probatoria a instancia de parte. No obstante, en sistemas como el brasileño, la actuación del órgano jurisdiccional para impedir que determinados medios de prueba lleguen a juicio es, además de a instancia de parte, de oficio; asimismo, en Costa Rica no sólo el juez puede actuar oficiosamente para excluir pruebas, sino que incluso puede incluir diversos medios no ofrecidos por las partes para la correcta solución del caso.⁴⁴ Esta misma facultad le es conferida al órgano jurisdiccional en sistemas como el español, con el juez instructor, y el cubano.

En México, si bien no existe disposición expresa al respecto, considero que el juez de control sí debe ejercer su potestad de oficio a fin de impedir que determinados medios de prueba que vulneran derechos fundamentales lleguen a juicio. Lo anterior,

⁴⁴ Artículo 320. Admisión de prueba para el juicio. El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

atendiendo al orden jurídico mexicano que prevalece en la actualidad, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los derechos humanos ya no sólo forman parte del catálogo de los previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino además aquellos establecidos en los tratados internacionales, que en conjunto establecen las bases normativas protectoras de derechos fundamentales en el país, obligatorio para todas las autoridades del Estado. De esa manera, el paradigma jurídico fue modificado, pues a raíz de la reforma al artículo 1 constitucional, que de hecho da pauta a la conformación de un bloque de constitucionalidad, al contener de manera expresa la atención que debe otorgarse a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la protección a estos derechos debe ser amplia. Circunstancia que se patentiza con los distintos pronunciamientos establecidos en jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que de manera esencial establece que los derechos humanos deben ser protegidos desde el momento en que se ordena investigar a una persona.⁴⁵

Por ello, sería jurídicamente contradictorio que un juez de control, quien de conformidad con lo establecido sistemáticamente en los numerales 1, 2, 4, 10, 12, 109 y 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tiene como función primordial proteger y tutelar derechos fundamentales como rector del proceso, así como respetar la dignidad de las personas relacionadas con aquél, no pudiera ejercer esa protección por el solo hecho de privilegiar la contienda horizontal, pues si bien el principio de contradicción es esencial e indispensable para el correcto desarrollo del proceso, los diversos derechos de protección al inocente, así como el disímil de tutela de la dignidad tanto de la víctima como del imputado deben formar parte del elenco de actos rectores del proceso y, por ello, el órgano jurisdiccional debe velar *ex officio* porque se cumplan.

Ahora bien, cuando me refiero a que la alegación de un medio de prueba obtenido mediante violación a derechos fundamentales puede hacerse a instancia de parte, no significa que sólo pueda hacerlo la defensa o el acusado, sino que además esta ilicitud probatoria puede y debe ser destacada por la institución ministerial, ya que de conformidad con la disposición normativa contenida sistemáticamente en los numerales 128, 129 y 214 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al Ministerio Público, como ente investigador de delitos (incluso a la víctima y su asesor jurídico), se rige por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en

⁴⁵ Lo anterior, de conformidad con el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*; el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*; el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, entre otros.

los Tratados; de ahí que es también obligación del órgano público de procuración de justicia pedir la exclusión de los medios de prueba que se revistan de esa ilicitud.

Como ejemplos de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales se pueden citar muchos de ellos, como el aseguramiento de objetos contenidos en un inmueble al cual se ingresó sin orden de cateo y el ocupante del sitio no ratificó el consentimiento respectivo para su ingreso, en términos del artículo 290 del Código Nacional de Procedimientos Penales; la intervención de las conversaciones privadas sin orden judicial del acusado con otra persona grabadas por un tercero extraño a ese diálogo; el análisis del contenido del teléfono celular del imputado que fue detenido ante el Ministerio Público, sin mediar orden del órgano jurisdiccional para ello, entre otras.

c. Pruebas declaradas nulas

Cuando se habla de pruebas que hayan sido declaradas nulas, desde luego, se trata de una declaratoria judicial que se hace respecto a un medio de prueba, en forma previa a la audiencia intermedia.

Esta declaratoria judicial previa comprende que la nulidad de un acto puede realizarse por dos motivos diversos.

- Porque el acto fue realizado con violación de derechos humanos (que no podrá ya nunca ser saneado ni convalidado, sino sólo excepcionalmente se repondrá).
- Porque el acto fue ejecutado en contravención a las formalidades previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales (que a pesar de ello pudo ser saneado o convalidado).

De aquí surge la interrogante: ¿qué diferencia hay con las diversas causas de exclusión de los medios de prueba, establecidas en el artículo 346 del Código Nacional referido, específicamente las relativas a que esos medios se obtengan con violación a derechos humanos y en contravención a las formalidades de ley, si se supone que por esa circunstancia ya deben ser determinadas nulas? La respuesta es, desde luego, la declaración judicial previa de nulidad.

En efecto, si bien los medios de prueba ilícitos e ilegales no deben originar una consecuencia procesal, debido a esa naturaleza de ilicitud, la razón por la que el legislador estableció además como causa de exclusión de pruebas el que hayan sido declaradas nulas, obedece a que deben respetarse los pronunciamientos judiciales previos que le confieran esa calidad ilícita a las pruebas; esto es, el desechamiento previo de esos medios de prueba que en consecuencia no pueden originar una admisibilidad posterior.

Así es, el numeral 98 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece un procedimiento a seguir para que el órgano jurisdiccional declare la nulidad de un acto, que puede ser a instancia de parte vía escrita en los dos días siguientes a los que se tenga conocimiento del acto de nulificar o bien dentro de la misma audiencia que genere ese acto; no obstante, también puede ser declarada de oficio en cuanto el juez de control tenga conocimiento de un acto de esa naturaleza. El juez, al declarar la nulidad de un acto, deberá especificar en forma expresa el alcance que esta determinación conlleva.

Es importante mencionar que algunos actos declarados nulos podrán reponerse, pero sólo en el caso de que esa reposición sea idónea y eficiente para garantizar los derechos o intereses del sujeto afectado; por ejemplo, si un imputado emitió su declaración inicial en forma exculpatoria y expuso elementos narrativos que le eran especialmente importantes para su defensa, tal exposición sin defensor será declarada nula; empero, para el efecto de que el imputado pueda ser escuchado por el juez de control, será necesario que esa declaración inicialmente ilícita se reponga, ya con las formalidades de ley, para así obtener los datos narrativos que aquél necesita transmitir al órgano jurisdiccional.

De ser el caso entonces que el juez de control hubiera declarado la nulidad de un acto o de un medio de prueba y que no se trate de aquellos susceptibles de ser reparables al afectado a través de su reposición, esa declaratoria prevalece durante el proceso y ya no podrá ser saneada ni convalidada; por ello, si el juez que conoce de la etapa intermedia se percató, a través del contradictorio, que existe la declaratoria de nulidad de un medio de prueba, necesariamente está obligado a excluirlo, con la consecuente expulsión definitiva del proceso, porque la obtención de medios de prueba lícitos prevalece, en todos los casos, sobre la forma en que se esclarezcan los hechos; dicho de otro modo: no se trata de esclarecer los hechos a cualquier costo, sino de lograrlo a través todos los medios lícitos, para así tutelar del derecho efectivo a un juicio justo, a la presunción de inocencia y al fundamento de la proporcionalidad.

Como ejemplo de medios de prueba declarados nulos podemos citar una diligencia de cateo, donde la defensa advierte, en la audiencia de vinculación a proceso, que la orden judicial librada para el ingreso al inmueble de su patrocinado sólo se limitó a autorizar el acceso a la casa marcada con el 67, pero no con el 67 A, que es donde fue encontrado el imputado con los objetos del delito y, mediante el procedimiento al que se refiere el artículo 98 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en esa misma audiencia, el defensor logra que el resultado de ese cateo se declare nulo por el juez de control, al haberse obtenido los indicios con violación a derechos fundamentales.

d. *Medios de prueba que contravengan las disposiciones señaladas en el Código Nacional para su desahogo*

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece en forma clara la forma en que se deberán desahogar las pruebas en la etapa de juicio, de tal modo que la forma en que se perfeccionan en juicio es tan importante como la prueba misma. En efecto, es posible que determinado medio de prueba sea en sí mismo lícito y que incluso esté regulado en la ley, por lo que también es legal; empero, el contexto del medio de exclusión analizado en este apartado acontece con la producción de la prueba o, más bien dicho, con la forma en que se propone que sea producida en juicio por la parte oferente. Esto es así, porque el medio de prueba constituye un todo, que va desde su propia naturaleza hasta la forma en que se practica la prueba, ambos esenciales, porque tienen su base en los principios de igualdad, contradicción e intermediación, que deben ser respetados para que eventualmente y como escalón final en el ciclo de vida de la prueba, sea valorada o desvalorada por el tribunal de enjuiciamiento.

De esa manera se constituyen dos momentos; el que se encamina hacia el pasado: el medio de prueba deberá ser lícito y legal, además de no haber sido declarado nulo por declaratoria judicial, para que no sea excluido *prima facie* por el juez de control; y el que está vinculado a un eventual futuro: ese medio de prueba legal, lícito y no declarado nulo, deberá ser propuesto para su producción en juicio, bajo los términos y las condiciones legales que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales; sólo así puede ordenarse su admisión por el órgano jurisdiccional rector de la etapa intermedia.

En esas condiciones, el juzgador debe asegurarse de que el medio de prueba ofrecido cumpla con los requisitos legales para su desahogo en juicio, lo que significa que el juez de control tratará de evitar la producción ilegal de las pruebas, de modo que surge un vínculo objetivo que se traza desde la obtención lícita del elemento demostrativo hasta su legal desahogo, para así entrar al terreno de su valoración o desvaloración por parte del órgano jurisdiccional del juicio. Se trata, entonces, de una clase de ilicitud vinculada con la porción normativa que regula la producción de la prueba.

Consideremos, por citar un ejemplo, que un dictamen pericial es ofrecido por determinado sujeto procesal para ser leído en juicio en su integridad. Ante ello, el juez de control deberá tener en cuenta que el correcto desahogo de una experticia, de conformidad con lo previsto en la parte final del numeral 371 del Código Nacional de Procedimientos Penales, debe ser mediante su declaración personal, confrontada mediante los interrogatorios y contrainterrogatorios que hagan las partes y no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones o de otros documentos que las contengan; en esas condiciones, si el oferente insiste en que ese dictamen sea producido en juicio de aquella manera, necesariamente tendrá que ser excluido.

Tampoco es jurídicamente viable admitir como medio de prueba la lectura íntegra de los registros policiales realizados en la etapa de investigación, ya que debe seguir las mismas reglas de declaración ante el tribunal de enjuiciamiento y no se encuentra en alguna de las excepciones del dispositivo 386 del citado ordenamiento; por ello, también deberá ser expulsado del proceso en caso de que el oferente de la prueba pretenda que se practique en el juicio de esa manera.

Como se puede advertir, tanto el dictamen pericial como los registros policiales son medios de prueba lícitos, legales y que además no fueron declarados previamente como nulos; no obstante lo anterior, la propuesta de su desahogo sí es ilegal, al pretender que se perfeccione en términos procesales diversos a los establecidos en el Código Nacional, circunstancia tan trascendental en la admisibilidad de medios como la prueba misma y, en consecuencia, no puede ser llevada exitosamente a juicio, de ahí su exclusión por parte del juez de control, rector del proceso y encargado, por imperativo de ley, que los medios de prueba que se admitan a juicio sean legales, lícitos y estén revestidos de las formalidades de ley para su eventual producción.

Un ejemplo más de lo anterior, lo constituye el medio de prueba ofrecido por la defensa, en la que pretende que se incorpore a juicio como prueba material, la entrevista del testigo de cargo Juan Domínguez rendida ante el Ministerio Público, so pretexto de evidenciar contradicciones en el juicio; el medio de prueba deberá excluirse porque primeramente se trata de una actuación realizada por el Ministerio Público en la fase de investigación, cuya incorporación por lectura contraviene el numeral 385 del Código Nacional citado y, en segundo lugar, porque la declaración de un testigo no puede ser sustituida por la incorporación que de ella se haría como prueba material, ya que en esencia no constituye una prueba material, sino una testimonial, que en consecuencia debe desahogarse en términos de ley, amén de que evidenciar contradicciones es una estrategia de litigación, sustentada en la carpeta de investigación, pero no puede constituir una prueba por sí misma.

Estimar lo contrario llevaría a considerar que las partes pudieran ofrecer como prueba material toda la carpeta de investigación, inicialmente vedada en su acceso para el tribunal de enjuiciamiento.

e. Medios de prueba sobre conducta sexual anterior y posterior de la víctima

La prohibición de la admisibilidad de los medios de prueba relacionados con víctimas de delitos de índole sexual o el normal desarrollo psicosexual es una cuestión que considero que tiene dos vertientes.

La primera tiene su origen, sin duda alguna, en la dignidad e intimidad de las víctimas de esos delitos dentro del proceso penal. Es claro que, dada esa naturaleza, merecen un especial trato, que se traduce en respeto y consideración hacia su persona y, destacadamente, hacia la forma de vida sexual que llevaron antes y después del evento

delictivo; evidentemente el propósito fáctico es evitar que aquéllas sean revictimizadas, pues si en su momento fueron pasivos de un evento que atentó contra su libertad sexual o el normal desarrollo que deben tener de ella, no sería congruente admitir un medio de prueba que pusiera en tela de juicio su conducta sexual, en un sistema que se jacta de ser protector de derechos fundamentales.

Otra vertiente al respecto consiste en impedir responsabilizar a la víctima, siquiera en la más mínima medida, del delito que la colocó en esa posición. Aspecto que tiene sus orígenes en aquella frase acuñada por el psicólogo William Ryan, vinculada a la ignominia de culpar a la víctima⁴⁶ de esa propia condición. El autor en comento, a través de su ensayo intitulado *Blaming the Victim*, realiza una severa crítica a la diversa obra de Daniel Patrick Moynihan, *The Negro Family: The case for National Action* (conocido popularmente como el *Informe Moynihan*), ya que Moynihan, de manera sistemática (y, desde luego, inclinándose deliberadamente en favor del gobierno estadounidense), atribuía la responsabilidad de la pobreza no al Estado en sí mismo, sino a los aspectos ideológicos, personales y culturales de los pobres, especialmente, la gente de raza negra.

Moynihan escribió al respecto que “la comunidad negra ha sido obligada a adoptar una estructura matriarcal que, debido a su carácter excepcional respecto al resto de la sociedad estadounidense, retarda seriamente el progreso del grupo en su conjunto, e impone una carga aplastante sobre los hombres negros y, consecuentemente, también sobre un gran número de mujeres negras”.⁴⁷

Así, las organizaciones defensoras de los derechos de las víctimas comenzaron a retomar las ideas de William Ryan, opositor abierto del llamado *Informe Moynihan*, para acuñar la idea central de concientizar a la sociedad de que el único responsable de un suceso punible era, precisamente, su autor.

De esa manera, tal como lo plasmó en sus diversas teorías el psicólogo Ryan, responsabilizar a la víctima del suceso, era prácticamente desresponsabilizar al infractor de la norma de algo que él mismo realizó con plena conciencia, lo que de facto rompía con la corriente ideológica de la autoconciencia y la autoresponsabilización de las decisiones humanas.

Esta evolución de los derechos de la víctima y de la dirección del hecho punible hacia la persona que realmente lo cometió se ve ampliamente reflejada en la parte final del artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales, habida cuenta que el legislador plasmó expresamente la prohibición de admitir medios de prueba que dieran cuenta de la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, lo que entonces

⁴⁶ Ryan, William, *Blaming the Victim*, Vintage, 1976

⁴⁷ Citado en Staples, Robert, *The Black Family: Essays and Studies*, EUA, Wadsworth Publishing Company, 1971.

conlleva a concluir que el juzgador tiene la expresa obligación de excluir los medios de prueba que tengan esa finalidad procesal y así, eventualmente se deben expulsar del proceso los elementos de convicción que: a) atenten contra la dignidad de las personas que sufrieron un suceso punible de índole sexual y b) que permita, siquiera en la más mínima medida, responsabilizar a la víctima del evento delictivo que vivió.

Como ejemplo de estos medios de prueba podemos citar las cartas de contenido erótico escritas de puño y letra de la víctima de un delito de violación, dirigidas a un determinado número de compañeros hombres de su salón de clases, para evidenciar que el profesor (imputado) cometió el evento punible porque la víctima lo provocó sexualmente, como lo hace con la mayoría de varones. Medios de prueba que necesariamente, atendiendo a la dignidad de la ofendida y a una cultura de no culpar a la víctima de un delito sexual, deben ser expulsados del proceso.

F. Desahogo de pruebas

Con respecto al desahogo de pruebas, es importante mencionar que el sistema penal acusatorio está diseñado, en esencia, para que las pruebas sean desahogadas en la etapa de juicio, pues es en ese momento en el que el tribunal de enjuiciamiento valora los elementos de prueba que han sido perfeccionados en su personalísima presencia.

No obstante lo anterior, cuando se trata del sistema penal acusatorio en México, no sólo existe la posibilidad de que las pruebas sean desahogadas en la audiencia de juicio, sino además en el plazo constitucional en el que se resuelve el auto de vinculación a proceso o de no vinculación a proceso, pues en esa etapa procesal el órgano jurisdiccional también va a analizar el fondo del asunto, aunque de manera temprana, para verificar si existen datos de prueba suficientes que permitan continuar el proceso; específicamente hablamos de los ya mencionados con antelación medios de prueba dentro del plazo constitucional.

Ya se ha hecho mención que existen sistemas acusatorios en distintos países, donde el órgano jurisdiccional analiza la suficiencia probatoria para que el proceso llegue a juicio, como es el caso del derecho anglosajón, con la llamada etapa juicio preliminar, la diversa audiencia preliminar en El Salvador o la etapa intermedia en Guatemala. En esos sistemas el juez analiza si existen medios de prueba suficientes para abrir la etapa juicio; es decir, necesariamente analiza el fondo del asunto y la posibilidad de que prosiga el proceso con las pruebas hasta ese momento recabadas; incluso en sistemas como el salvadoreño, si no existen medios probatorios suficientes, el órgano jurisdiccional los recabará de oficio.

No obstante, en el sistema penal acusatorio mexicano la etapa intermedia no tiene como finalidad analizar la suficiencia de medios probatorios para llegar a juicio, como sucede prácticamente en todos los sistemas del mundo (exceptuando al derecho

colombiano), sino que en México, en la etapa intermedia sólo se depuran los hechos y medios de prueba que llegarán a juicio, sin analizar o no la suficiencia de ellos.

Ahora bien, ya se ha indicado en capítulos previos que los sistemas de corte acusatorio, por regla general, necesitan de alguna etapa en la que el juez que conoce de fases tempranas analice la suficiencia de medios probatorios para llegar a juicio. Sin embargo, la excepción a lo anterior es México y Colombia y a este segundo país me referiré.

En la República de Colombia existe la llamada audiencia preparatoria, donde el órgano jurisdiccional se cerciora que hubo un correcto descubrimiento probatorio de los medios de prueba, que las partes enuncien todas las pruebas que llevarán a juicio, que se expongan las llamadas estipulaciones probatorias (lo que en México son los acuerdos probatorios) y que el acusado acepte o no los cargos formulados, para que finalmente el juez (que es el mismo del juicio) admita, excluya o rechace los medios de prueba propuestos por las partes.

Empero, como puede advertirse, el derecho colombiano no establece que el juzgador deba analizar en esa audiencia preparatoria la suficiencia de medios de prueba para conducir el proceso a juicio, esto es, la audiencia preparatoria es en esencia similar a la etapa intermedia del derecho mexicano. Sin embargo, a diferencia de México, Colombia no tiene alguna etapa previa a juicio que analice la llamada suficiencia probatoria, sino que esa cuestión propiamente es analizar en esta última etapa de debate.

De lo anterior surge la interrogante ¿cómo soluciona la República de Colombia la necesidad de analizar la suficiencia probatoria previa a juicio? La respuesta se encuentra en la identidad del juzgador en ambas etapas; esto es, el juez que analiza la admisión o exclusión de pruebas es el mismo que el de la etapa de juicio; por ello, la suficiencia o no de esos medios de prueba se va valorando a través del desarrollo del proceso. No obstante, este aspecto de la identidad del órgano jurisdiccional que conoce de etapas previas al de juicio, es criticado por algunos doctrinarios del ámbito internacional, quienes consideran que se rompe la imparcialidad, habida cuenta de que si bien al juez colombiano inicialmente le es prohibido practicar pruebas de oficio y con ello no se involucra en el control horizontal de los medios de prueba, también se increpa que, al ser el mismo juez el de ambas etapas, éste se contamina en el análisis que del fondo del asunto hace en juicio. Sin embargo, si nos situamos en el derecho anglosajón esta cuestión es ampliamente aceptada; esto es, que sea el juez de juicio el que admita o excluya pruebas.

Ahora bien, por otro lado México, como los demás países del mundo, realiza la misma actividad de análisis de suficiencia probatoria para llegar a juicio; empero, el juez no lo hace en una audiencia dentro de juicio, como el derecho anglosajón o previo al juicio como la mayoría de los Estados, sino que creó una figura única en el mundo para esa finalidad: el auto de vinculación a proceso.

Esta figura jurídica, evidentemente de autoría mexicana, es una de las determinaciones en las que el juez de control analiza el fondo del asunto previo al juicio (otra de esa naturaleza es, por ejemplo, el sobreseimiento), a fin de determinar si existe suficiencia probatoria eventualmente para llegar a juicio, pero directamente encaminada a proseguir con el proceso, sobre todo para proseguir la investigación complementaria. De esa manera, el sistema penal mexicano se une a la necesidad generalizada de los Estados que regulan los sistemas de corte acusatorio de que exista un pronunciamiento previo de suficiencia probatoria para llegar a juicio, sólo que México lo hace de manera anticipada, no en una etapa inmediata anterior, sino de hecho en una primigenia, que es el plazo constitucional al que se sujeta a todo gobernado que llega a juicio.

La principal crítica a lo anterior (además de que algunos operadores diversos al Estado mexicano muestran resistencia a la figura del auto de vinculación a proceso) es que el juez de control analizará la suficiencia probatoria en una etapa previa a aquella en que se recopilan medios de prueba; es decir, se analiza de manera prematura la prueba antes de que ésta sea íntegramente completada en la fase de investigación inicial.

Sea cual fuere la etapa correcta en la que el sistema penal acusatorio mexicano debe analizar esa idoneidad probatoria, lo cierto es que, por imperativo constitucional y legal, ocurre al pronunciarse sobre la vinculación o no a proceso y, por ende, los sujetos procesales involucrados en aquella *litis* tienen el derecho de ofrecer y desahogar aquellos datos de prueba que estimen pertinentes para ver logradas sus pretensiones procesales; de ahí es donde surge el tema que se analiza en este apartado.

En efecto, resulta evidente que la institución ministerial, al plantear ante el juez de control una determinada teoría del caso, la cual eleva ante el órgano jurisdiccional desde el propio momento en que judicializa la investigación inicial, ya ha desahogado datos de prueba en la carpeta respectiva, pues ha entrevistado personas, recabado diversos informes periciales, analizado objetos, entre otros actos de investigación de similar naturaleza; por ende, cuando formula imputación ante el juez de control, ya lleva un camino iniciado relacionado con su teoría del caso y sustentado con los datos de prueba ahí recabados; la especial condición de aquellos datos de convicción es que no fueron desahogados ante el juez, sino ante la propia fiscalía.

Esos datos de prueba, perfeccionados de esa manera en la primigenia etapa de investigación inicial no son —como se ha mencionado— pruebas en sí, sino datos de ellas, que ponderados de manera libre y lógica permiten al órgano jurisdiccional sustentar una determinación: específicamente librar una orden de aprehensión, establecer medidas cautelares o dictar un auto de vinculación a proceso; de tal manera que aunque no son en sí mismos prueba, sí tienen la especial naturaleza de acreditar hechos propios del terreno de los estándares bajos que tienen las resoluciones previas a juicio.

Por ello, es que la institución ministerial, al judicializar la carpeta de investigación y presentar su teoría del caso en proceso, ya desahogó datos de prueba en la etapa

de investigación inicial; así, bajo el principio de igualdad y contradicción, tendría que corresponder el mismo derecho al imputado y su defensa; de ahí surge la necesidad de que estos dos últimos sujetos procesales oferten medios de prueba que deberán ser perfeccionados en el plazo constitucional previsto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que no son más que los establecidos en el artículo 314 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ante un delito de prisión preventiva oficiosa.

En mérito de ello podemos establecer que existen dos tipos de desahogo de pruebas, el primero de ellos, en etapas tempranas, es el plazo constitucional puntualizado, donde se desahogan medios de prueba para resolver sobre la vinculación o no a proceso del imputado y se ponderan con el estándar probatorios de los datos de prueba; el segundo momento se da en la etapa de juicio, donde de manera expresa se desahogan pruebas y consecuentemente se valoran o desvaloran por el tribunal de enjuiciamiento. En el primer momento la exigencia probatoria para un auto de vinculación a proceso es menor, mientras que la requerida para emitir una sentencia condenatoria evidentemente debe ser muy alta; no obstante, en ambos supuestos es claro que se desahogan elementos de convicción; tan es así, que el artículo 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su parte final, al hacer referencia a los datos de prueba ofrecidos en el plazo constitucional, preceptúa que: En lo conducente se observarán las reglas previstas en este Código para el desahogo de los medios de prueba, sin desatender la diferencia que entre dato de prueba y medio de prueba dentro del plazo constitucional establece el numeral 314 del Código Nacional; de ahí que las reglas de desahogo de los datos son idénticos a los de las pruebas y, en consecuencia, es ostensible que en el plazo constitucional se perfeccionan elementos de prueba concordantes con esa etapa temprana.

Desde luego, resta decir que en la etapa de juicio, donde los principios del sistema penal acusatorio tienen su cúspide, también se desahogan pruebas, las cuales eventualmente serán analizadas de conformidad con su alcance demostrativo, idoneidad y convicción, circunstancia que se abordará de manera más minuciosa en capítulos subsiguientes.

G. Valoración de pruebas

Al hablar de valoración de las pruebas necesariamente tenemos que hacer referencia a los momentos en que el órgano jurisdiccional realiza esta labor, tal cual ha quedado precisado en párrafos anteriores. De esa manera, existen diversas etapas procesales donde el órgano jurisdiccional realiza, en sentido amplio, una valoración o ponderación de los elementos de convicción sometidos a su análisis.

Así, tenemos que el órgano jurisdiccional en un primer momento realiza una ponderación de datos de prueba (esto es, examina con cuidado su peso procesal), para

librar una orden de aprehensión (cuando es por necesidad de cautela), donde a partir de los datos que la fiscalía exponga, el juez de control analizará el alcance de convicción que le merecen esos datos, en términos del numeral 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a través de los cuales la institución ministerial intentará sustentar y sostener el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, para que el juez de control libere la orden de aprehensión correspondiente. De esa manera, el órgano jurisdiccional realiza un primer ejercicio de ponderación de pruebas (o más bien dicho, de datos de prueba), a fin de analizar si son eficientes, razonables y congruentes para ordenar la privación de la libertad del gobernado, en el entendido que de no ser así, negará la petición de captura o bien podrá incluso reclasificar el hecho punible.

Es importante mencionar que aunque el sistema penal acusatorio establece que el juez de control puede librar orden de aprehensión por otros supuestos, a saber: por contumacia, por sustracción de la acción de la justicia, por culminar un procedimiento de extradición o por incumplimiento de una medida cautelar; los anteriores supuestos se tratan de órdenes de aprehensión de índole procesal, por lo que tienen sustento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, para una correcta administración de justicia y su naturaleza emerge de la finalidad de continuar el proceso penal, ya que el gobernado incurrió en desacato, sustracción de la justicia o incumplimiento de citaciones previas y/o medidas cautelares; así, ante esa situación, no se expondrán propiamente pruebas (entendidas como tales los datos de prueba existentes en la carpeta de investigación), sino sólo aspectos procesales que redundarán en el libramiento de esa orden; de tal manera que en esos supuestos el órgano jurisdiccional no ponderará datos de prueba, sino que verificará que se actualizaron las hipótesis de contumacia, sustracción de la justicia o incumplimiento de medidas cautelares.

En cambio, cuando se trata de una orden de aprehensión por necesidad de cautela, la cual se rige por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí es necesario que el órgano público de procuración de justicia exprese los datos con los que cuenta en la fase de investigación inicial, para que puedan ser ponderados por el órgano jurisdiccional, lo que se traduce en que es en esta fase donde se realiza el primer análisis de fondo que del asunto hace el juez de control en el proceso penal;⁴⁸ desde luego, sin considerar los actos previos que requieren control judicial solicitados por el Ministerio Público.

⁴⁸ Hay que recordar que, de conformidad con el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el proceso penal dará inicio con la audiencia inicial y terminará con la sentencia firme.

Otra etapa procesal donde el órgano jurisdiccional pondera datos de prueba, esto es, analiza el fondo del asunto para la prosecución del proceso, es cuando decide la vinculación o no a éste del imputado. En este aspecto, existen dos tipos de datos de prueba a ponderar: los primeros, los que fueron recopilados por el Ministerio Público en la etapa de investigación inicial y los segundos, aquellos que fueron desahogados en la audiencia inicial ante el juez de control y que se denominan, como se ha expresado, medios de prueba dentro del plazo constitucional. En ambos casos deben ser ponderados por el juzgador para el dictado o no de la vinculación a proceso del imputado.

Es importante mencionar que el Código Nacional de Procedimientos Penales no establece restricción alguna para incorporar u ofrecer datos de prueba en alguna de las fases de la audiencia inicial que no sea propiamente la audiencia de vinculación a proceso. En ese orden de ideas, dado que el numeral 308 le confiere la obligación al juzgador de hacerle saber al imputado que tiene derecho a ofrecer datos de prueba desde el propio momento en que es presentado ante el órgano jurisdiccional, aunado al hecho de que el juez de control debe salvaguardar el derecho de defensa efectiva y, a su vez, preservar el contradictorio y el control horizontal de los datos de prueba aportados por el Ministerio Público, puede concluirse que el ofrecimiento de datos de prueba puede hacerse incluso desde el control de detención, ya que es desde ese momento que el órgano jurisdiccional le hace saber el justiciable que tiene el derecho de ofertar tales medios. Desde luego, en el entendido de que cada uno de esos datos serán ponderados de conformidad con la finalidad procesal que persiguen; esto es, los relativos al control de detención deben atender el contexto de acreditar que la detención fue ilegal, que los plazos de retención fueron excesivos o que no existe un determinado requisito de procedibilidad, sin que los elementos de convicción aludan al fondo del asunto que, evidentemente, se atenderá al resolver sobre la vinculación a proceso.

Asimismo, es viable además que se ofrezcan datos de prueba para el debate de medidas cautelares, ya que eventualmente podrían existir aspectos necesarios a ponderar, tal como los ingresos netos del imputado, su arraigo en el domicilio, circunstancias laborales, comportamiento posterior de aquél con relación al hecho punible, inobservancia de medidas cautelares impuestas con anterioridad, entre otros de esa índole, que puedan ser útiles para que el juez de control resuelva lo concerniente a ese debate. Esta posibilidad de invocar u ofrecer datos de prueba para la fijación de medidas cautelares es expresamente permitida por el legislador, al preceptuar ese derecho en el artículo 163 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, en cuanto a la formulación de la imputación, la propia naturaleza de esta fase no permite que se ofrezcan datos de prueba para su perfeccionamiento, ya que en ella no hay *litis* alguna, esto es, tal etapa no tiene la finalidad de ser debatida por las partes, sino que sólo se trata de una comunicación del hecho que se le atribuye al imputado, así como su calificación jurídica preliminar, la fecha, el lugar y el modo

de su comisión, la forma de intervención que hubiera tenido, así como el nombre del acusador de aquél. Por ello, sólo está sujeta a aclaraciones.

En ese mismo sentido, en el debate del plazo de investigación inicial, lo que se toma en consideración no son propiamente datos de prueba existentes en la carpeta de investigación, sino aquellos que faltan por recopilar e ingresar al proceso, por lo que en sentido estricto tampoco se ponderan elementos de convicción para determinar su duración.

De esa manera, se ponen de relieve la forma, finalidad y oportunidad en que se ponderan datos de prueba, lo que guarda estrecha relación con las subfases de la etapa inicial y la finalidad que se persigue en aquéllas; es decir, para el libramiento de una orden de aprehensión, para la calificación del control de detención y la determinación de vinculación a proceso del imputado, el análisis que se hace de esos elementos tiene relación con el fondo del asunto y la suficiencia probatoria vinculada con esa etapa y su propia naturaleza; no obstante, en cuanto a las medidas cautelares se refiere, el análisis de los elementos de convencimiento tiende más a aspectos relacionados con las peculiaridades de la persona y el carácter instrumental de las medidas, tendentes a garantizar el correcto desarrollo del proceso, así como la protección de la víctima, los testigos o la comunidad.

Por otro lado, como se ha sostenido en capítulos precedentes, existen datos de prueba que sin sufrir una especial transformación no sólo sirven para ser ponderados para el dictado de una orden de aprehensión, para la calificación del control de detención, la imposición de medidas cautelares o del auto de vinculación a proceso, sino que, debido a la etapa procesal en que se encuentran, podrán ser tomados en consideración incluso para el dictado de una sentencia condenatoria; más específicamente, para sustentar una sentencia de procedimiento abreviado.

En efecto, como se indicó, los datos de prueba serán ponderados por el órgano jurisdiccional para el libramiento de una orden de captura y para la calificación del control de detención, la determinación que defina medidas cautelares y el auto de vinculación a proceso; no obstante, si estos datos forman parte de un procedimiento abreviado, éstos serán, en consecuencia, ponderados (analizada su suficiencia, razonabilidad y congruencia con la acusación) para el dictado de esa sentencia (incluso, se considerarán para la procedencia de ese procedimiento); lo que significa que la prueba (por llamarla así en sentido genérico) pasa de ser sólo un dato de prueba a ser un medio de convicción, sin que sufra modificación alguna, salvo la etapa procesal en que se toma en cuenta.

Así es, los medios de convicción constituyen datos de prueba que darán sustento al procedimiento abreviado, pero como la finalidad y su alcance procesal son diversos, ya que conllevan la imposición de penas públicas y, por ello, serán ponderados en su suficiencia probatoria, la cual se vinculará con la congruencia de la acusación, con

la finalidad de analizar, en primer término, la procedencia de aquel procedimiento y, segundo, la suficiencia e idoneidad de fundar un sentencia condenatoria.

Por otro lado, centrémonos en la etapa intermedia, aquella que de conformidad con lo previsto en el artículo 344 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

En esa etapa no se valoran prueba ni se ponderan datos, sino que, por el contrario y, como se ha sostenido, sólo se van a depurar los hechos que serán materia de juicio (bajo la teoría de congruencia de los hechos expuestos en la formulación de la imputación), así como admitir o excluir los medios de prueba que llegarán a aquella etapa; empero, no se hace un análisis de fondo del asunto, ya que el control de la suficiencia o insuficiencia probatoria ya se realizó en el momento de dictar auto de vinculación a proceso o incluso ante una propuesta de sobreseimiento; empero, la etapa intermedia en el sistema penal acusatorio mexicano, como se ha dicho, no tiene como finalidad el análisis de medio de convicción alguno, sino sólo de preparación a juicio, tanto en el aspecto fáctico a dilucidar como en el probatorio de las partes; por ello, aunque el juez de control evidencie una notoria falta de elementos probatorios para fincar una acusación viable en juicio, su potestad sólo se limita a depuración de hechos y pruebas, no así a calificar la posibilidad de sustentar o no la responsabilidad del acusado en aquella etapa de debate.

Por otro lado, cuando ya nos situamos en la etapa de juicio, la situación es disímil, porque como se ha expuesto, se trata de prueba con todos sus efectos legales y, por ende, susceptibles de valoración, la cual será libre y lógica y, tocante a este punto, sólo me referiré en este apartado a enumerar generalidades en torno a esa valoración libre y lógica, ya que más adelante se abordará en forma más acuciosa el tema.

Así, tenemos entonces que la valoración de las pruebas en el sistema penal acusatorio, en términos generales será libre y lógica, lo que quiere decir que inicialmente no requerirá alguna tasación o regla estricta, sino que ésta se razonará en una libre apreciación; empero, esa facultad no es absoluta, ya que a pesar de ser libre se basa en directrices basadas en la lógica y los propios conocimientos afianzados y experiencias reiteradas por un determinado contexto social. De esa manera, al ser libre la valoración, pero además lógica, se limita el paso de un sistema de íntima convicción, para dar cabida a la motivación y fundamentación de lo resuelto y así dar certeza al gobernado de las determinaciones judiciales.

No obstante, como se ha indicado, este tema se abordará en capítulos subsiguientes y sólo es importante mencionar que, durante las etapas procesales que se han mencionado, la valoración siempre tendrá esa concepción de ser libre y lógica, desde las etapas tempranas en que se ponderan los datos de prueba, en términos de numeral 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales, hasta la emisión de sentencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 402 de la mencionada codificación.

H. *Excepciones al camino usual que sigue la prueba*

Como se ha indicado, en el sistema penal acusatorio las pruebas (refiriéndome a ellas en términos genéricos), antes de llegar a la etapa de juicio y como regla general, siguen los siguientes caminos:

- a) Se anuncian.
- b) Se descubren.
- c) Se ofrecen.
- d) Se admiten.
- e) Se desahogan.
- f) Se valoran.

Así, en cuanto al anuncio y descubrimiento de los medios de prueba son etapas que rigen sustancialmente la etapa intermedia, en la subfase escrita, ya que el ofrecimiento y admisión son propios de la fase oral de esa etapa intermedia y la relativa al desahogo y valoración de las pruebas corresponden al juicio.

No obstante, existen diversas pruebas que siguen un camino disímil al usual, ya que, atendiendo a su especial naturaleza, merecen un trato diferenciado a cargo del juez de control o, incluso, por el tribunal de enjuiciamiento. Estas subespecies de pruebas son:

- a) La prueba anticipada.
- b) Pruebas supervenientes.
- c) Pruebas de refutación.
- d) Pruebas por reclasificación del delito.

A continuación veremos cada una de ellas.

a. *Prueba anticipada y su camino procesal único*

La regla general de la prueba anticipada es que nunca será descubierta, sino que se ofrecerá por las partes y admitirá por el órgano jurisdiccional, pero no en la etapa intermedia (necesariamente), sino incluso desde que se formule denuncia o querrela; por ello, de ofrecerse en la etapa intermedia no seguiría las reglas de las pruebas en general, ante la evidente premura de su desahogo y su imperiosa necesidad de evitar caminos rígidos y prolongados que pudieran retrasarla.

La prueba anticipada tiene sus bases constitucionales en el artículo 20, apartado A, fracción III, segunda parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

canos, al establecerse: “La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo...”

De igual manera, la prueba anticipada es regulada en esencia por el numeral 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto preceptúa que ésta se torna indispensable en razón de que se estima probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar. De esa manera, existe una extrema necesidad de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y, por ello, las partes, solicitan al juez de control que se lleve a cabo esa prueba de manera anticipada y ante su presencia, siempre siguiendo las reglas de juicio.

La oportunidad para ofrecerla acontece a partir de cualquier momento del procedimiento, hasta antes de que se celebre la audiencia de juicio.

Así, cuando estamos en presencia de la prueba anticipada se evidencia que no existe descubrimiento probatorio alguno de las partes para ser perfeccionada y el único presupuesto que debe satisfacerse consiste en la procedencia que al respecto haga el juez de control; esto es, cuando los sujetos procesales la soliciten, el órgano jurisdiccional deberá analizar la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la audiencia de juicio oral y, de estimarlo procedente, la admitirá y desahogará en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

La prueba anticipada (la cual supone una excepción al principio de inmediación a cargo del tribunal de enjuiciamiento) la encontramos también en el derecho comparado, ya que el derecho procesal chileno la nombra prueba testimonial (o pericial) anticipada en la preparación a juicio oral,⁴⁹ mientras que el derecho colombiano la intitula, como México, prueba anticipada,⁵⁰ en el entendido de que la figura mexicana es muy similar a esta última legislación.

Ahora bien, es importante mencionar que la prueba anticipada no debe confundirse con la prueba preconstituida (nombrada así por la doctrina), ya que la anticipada ocurre cuando existe peligro de pérdida del órgano de prueba y la preconstituida es aquella que tiene como finalidad proteger las fuentes de la prueba.

⁴⁹ Código Procesal Penal.

Artículo 280. Prueba anticipada. Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191

Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del párrafo 3 del Título VIII del Libro Primero, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratara se encontrara en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.

⁵⁰ Prevista en los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho de otra manera, una prueba anticipada será el testigo que presenta fase terminal de cáncer y es necesario que emita su declaración en forma perentoria para que sea valorada en juicio, por lo que las partes llevan anticipadamente su desahogo ante el juez de control. Por su parte, la prueba preconstituida podría ser, por ejemplo, la intervención de comunicaciones privadas llevadas a cabo en la etapa de investigación inicial. Como se puede advertir, la prueba anticipada acontece para evitar la pérdida del órgano de prueba (y se lleva antes de la audiencia de juicio) y la preconstituida procura conservar una actuación de imposible repetición (no se va a repetir en el juicio el diálogo sostenido por la persona intervenida).

Otro ejemplo de prueba preconstituida es el peritaje irreproducible previsto en el artículo 274 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se realizará sobre sobre objetos que se consumen al ser analizados y, en esas condiciones, se hace necesario que intervengan los peritos de ambas partes, y de manera conjunta practiquen el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización de peritaje del órgano público de procuración de justicia.

De esa manera, la prueba anticipada siempre se llevará antes de la audiencia de debate en la etapa de juicio, incluso después de dictado el auto de apertura a juicio oral y la preconstituida se llevará a cabo hasta antes de que se cierre la etapa intermedia, ya que incluso la defensa puede llevar a la audiencia intermedia una pericial, bajo la excepción que establece el numeral 340, fracción III, párrafo segundo, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Bien, volviendo al tema central de la prueba anticipada, como se ha sostenido, ésta no sigue la fase descubrimiento probatorio, por lo que constituye un régimen de excepción en su camino dentro del sistema penal acusatorio, ya que incluso, el sistema le incorpora una fase más, quedando así con los caminos peculiares siguientes:

- a) Se ofrece.
- b) Se admite.
- c) Se desahoga.
- d) Se anuncia.
- e) Se reproduce.
- f) Se valora.

Ofrecimiento y admisión. Su ofrecimiento acontece propiamente por las partes procesales, las cuales han identificado la extrema necesidad de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y, ante ello, proponen la prueba anticipada ante el juez de control, quien se pronunciará sobre su admisión.

Admisión. Es importante mencionar que el órgano jurisdiccional ante el cual se plantea la viabilidad de la prueba anticipada, previo a ponderar la extrema urgencia de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, debe atender las reglas generales

de procedencia de las pruebas que rigen el sistema penal acusatorio, es decir, se debe evitar admitir las que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y que además sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, amén de que no sean dilatorias, ilícitas, ilegales, nulas o cuestionen la conducta de una víctima relacionada con delitos de índole sexual; ello, en términos del numeral 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues si bien la prueba anticipada no seguirá el camino de la etapa intermedia, en su fase escrita sí es necesario que exista un ejercicio de ponderación para su procedencia, ya que a final de cuentas repercutirá en el juicio y, por ende, debe existir una depuración del órgano jurisdiccional, a fin de evitar que una prueba anticipada llegue a esa etapa de debate siendo ilícita o no guarde relación con los hechos.

Así, no resultaría procedente analizar si es urgente o no el desahogo de alguna prueba que se refiere a cuestionar la solvencia moral sexual de una víctima del delito de violación, ni tampoco aquella testimonial de la esposa del imputado que evidencia que no es su deseo rendir testimonio ante autoridad alguna. De esa manera, previo a analizar la urgencia o no del desahogo prematuro de la prueba, debe aprobarse el análisis que de su procedencia, en términos generales, se haga de ella.

No obstante, rebasado este aspecto, esto es, que la prueba por anticipar sí es conducente, amén de que no es ilegal, ilícita ni dilatoria y tampoco se ha declarado nula ni cuestiona la conducta de una víctima relacionada con delitos de índole sexual; el juez de control se pronunciará respecto a la urgencia o no de su desahogo de manera anticipada.

Es importante precisar que se trata de una prueba de carácter personal, ya que tiene relación con un testigo que habrá de rendir su exposición en el juicio, pero que eventualmente no podrá hacerlo, por tratarse de extranjero que reside fuera del país, porque se teme por su muerte, estado de salud o incapacidad física o mental.

De esa manera, el órgano jurisdiccional deberá analizar ese aspecto objetivo-personal, a fin de determinar la procedencia o improcedencia de su perfeccionamiento bajo las reglas procesales de juicio. En ese devenir, hay aspectos esenciales que ponderar, como serían, primeramente, si la testimonial reúne la calidad de ser única en su esencia, dicho de otra manera, si lo que el testigo va a relatar sólo puede concernirle a él y no a otra persona. Este aspecto se trae a colación, porque dentro de la generalidad de una testimonial se encuentra la pericial; de tal manera que no resultaría procedente admitir la prueba anticipada consistente en la pericial de un experto en química que rendirá el respectivo informe ante el Ministerio Público, sólo por el hecho de que aquel perito se irá a residir al extranjero, pues evidentemente esa experticia podrá ser llevada a cabo por cualquier perito que no sea exclusivamente él y, por ende, no reúne la exigibilidad de ser un testigo único y especial.

Otro aspecto a ponderar es la veracidad de que exista extrema necesidad de desahogar el testimonio antes del juicio, lo cual se debe analizar desde el punto de vis-

ta personal-temporal, esto es, que por razón del tiempo que acontezca desde que se plantea la solicitud de prueba anticipada, a aquella donde tendría verificativo la testimonial de la persona (esto es, la audiencia de juicio), el órgano de prueba (el testigo) pudiera sufrir alteración o pérdida en su esencia y que redundaría en que no se llevara su testimonio en forma usual ante el tribunal de enjuiciamiento.

Por citar un ejemplo, tendrá que ponderarse si es necesario llevar a cabo una prueba anticipada, apenas unos días antes de la audiencia de juicio, so pretexto de que el testigo, quien presenta una enfermedad mortal incurable (pero que no se advierte que esté en fase terminal), puede fallecer de un momento a otro, pues para ello, el juez de control tendrá que tener los elementos objetivos necesarios que lo lleven a determinar la procedencia de aquella anticipación de prueba, ya que no sólo el hecho de que una persona tenga una enfermedad terminal, de facto llevará a admitir la procedencia de aquella prueba previa; lo que sí conllevaría a admitirla si se evidencia, verbigracia, que un extranjero abandonará en pocos días el territorio nacional con motivo de una deportación por no observar los lineamientos de la Ley de Migración.

Así también, podría declararse la procedencia de la prueba anticipada, cuando se trate de un turista asiático que sufrió un robo llegando a México y que tendrá que regresar a su país de origen en forma inmediata. Los ejemplos pueden ser variados, pero el contexto es el mismo: debe tratarse de un evento que sólo podrá ser narrado por aquella persona y existir peligro en la modificación o pérdida del órgano de prueba, en caso de esperar a la audiencia de juicio.

Desahogo. Rebasado lo anterior, la prueba anticipada será ofrecida y admitida. El juez de control, al darle cabida y procedencia, la desahogará en los mismos términos en que lo haría en la audiencia de juicio, tal como lo señala el artículo 304, fracción IV, del Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, a través de interrogatorio, contrainterrogatorio y recontrainterrogatorio que formulen las partes, bajo las técnicas de litigación que rigen el sistema penal acusatorio.

Lo anterior, en el entendido de que, dado que en ocasiones la prueba anticipada se solicita estando el procedimiento en la etapa de investigación inicial, aún no existe alguna persona específica que figure como imputado y, ante ello, el último párrafo del numeral 305 del código en comento, confiere la posibilidad de que intervenga en el interrogatorio un defensor público que represente los intereses de un eventual justiciable.

Satisfecho lo anterior, esto es, que la prueba se desahogue en sus términos, se entregará a cada una de las partes una copia del audio y video de la audiencia de la prueba anticipada, para el efecto de que tengan constancia de lo actuado y además el órgano jurisdiccional conservará otro tanto de la audiencia. Todo ello, con la finalidad de que la prueba anticipada, al no pasar por los mecanismos rigurosos de la etapa intermedia, sea controlada en su contenido, para no ser alterada durante la temporalidad de su preservación.

Anuncio. La prueba anticipada también será anunciada en la etapa intermedia, con la finalidad de que forme parte del auto de apertura a juicio oral y sea eventualmente reproducida en el juicio. Sin embargo, como se ha puntualizado, ésta no formará parte de los caminos del anuncio, descubrimiento, ofrecimiento y admisión (o exclusión) de la etapa intermedia, pues como se ha indicado, su ofrecimiento y procedencia fueron analizados en forma separada y, ante ello, en la etapa intermedia, sólo se anunciará por alguna de las partes, para que sea incorporada al auto de apertura a juicio oral y, en consecuencia, sea llevada a juicio.

Para anunciarla, no se requiere especial gestión más que expresar en forma verbal ante el juez de control que conoce de la audiencia intermedia, que es deseo de ese sujeto procesal que dicha prueba anticipada sea llevada a juicio y que el oferente sea precisamente el responsable de que aquella probanza sea reproducida en la etapa de debate; esto es, que sea el que conducirá su reproducción en el momento de la etapa de juicio que estime conveniente, atendiendo a su teoría del caso.

Ahora bien, no obstante lo anterior, es necesario precisar que el solo hecho de que la prueba anticipada se hubiera perfeccionado en su integridad, no quiere decir que necesaria e indefectiblemente tendrá que ir a juicio, pues puede existir el caso en que ninguna de las partes la anuncie en la etapa intermedia, de manera premeditada, porque su reproducción eventualmente afectaría su teoría del caso y si bien la institución ministerial está obligada a descubrir en la etapa intermedia todos los medios de prueba existentes en la carpeta de investigación (incluyendo, desde luego, la prueba anticipada), esto no quiere decir que tenga la obligación de llevar todos esos medios de prueba a juicio, pues su deber sólo es descubrirlos en su totalidad, pero no llevarlos a juicio sin excepción.

Sin embargo, se antoja especialmente complicado en la práctica que la prueba anticipada no sea conducida a juicio por alguna de las partes procesales, ya que, por regla general, si tal prueba previa afecta una de las teorías del caso de determinado sujeto procesal, al otro lo beneficia ante el eventual antagonismo que subyace en la *litis* procesal penal.

La consecuencia jurídica del anuncio de la prueba anticipada por alguna de las partes (que se traduce en su ofrecimiento para ser llevada en la etapa de juicio) es que el juez de control, rector de la etapa intermedia, la incorpore en el auto de apertura a juicio oral y especifique, precisamente, que se trata de una prueba anticipada; en consecuencia, se le otorgará esa especial naturaleza para ser reproducida en juicio en los términos que le correspondan.

Reproducción. Como se ha indicado, la prueba anticipada ya fue desahogada en las fases previas a la audiencia de debate, por lo que no será perfeccionada en esa etapa, sino sólo reproducida. Lo que quiere decir que ante el tribunal de enjuiciamiento se debe disponer de los medios tecnológicos necesarios para que las partes y el propio

tribunal se impongan de su contenido, esto es, de la integridad del audio y video conservado por el juez de control y que también conservan las partes en copia. Por esa razón, no es técnicamente correcto afirmar que la prueba anticipada se desahoga en la audiencia de juicio, ya que sólo se reproduce su contenido, en tanto se entiende que las partes ya tuvieron acceso a ella; ahora bien, pudo existir algún relevo de defensor o del propio fiscal en el tiempo en que se demoró en llegar a juicio; sin embargo, el juez de control, en las etapas tempranas, debe cerciorarse de que los sujetos procesales tengan copia de esa prueba desahogada con anticipación, para tener igualdad de armas en la etapa de juicio.

Valoración. Finalmente, la valoración de la prueba anticipada seguirá la misma suerte que las demás pruebas desahogadas en juicio, lo cual, como se ha indicado, se analizará en apartados subsiguientes.

b. *Pruebas supervenientes*

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 390, establece una base jurídica genérica que denomina *prueba nueva*, la cual divide en dos supuestos, la prueba superveniente y aquella que no pudo ofrecerse oportunamente por las partes, siempre que no se hubiera tenido conocimiento previo de su existencia. Para una consulta inmediata, se transcribe el numeral en comento, en la parte correspondiente.

Artículo 390. Medios de prueba nueva y de refutación

El Tribunal de enjuiciamiento podrá ordenar la recepción de medios de prueba nueva, ya sea sobre hechos supervenientes o de los que no fueron ofrecidos oportunamente por alguna de las partes, siempre que se justifique no haber conocido previamente de su existencia.

Como se puede advertir, el Código Nacional retoma las bases doctrinarias de la institución de la prueba superveniente, para denominarla prueba nueva y, a su vez, le otorga dos directrices propias precisamente de la figura doctrinal de la prueba superveniente, que consisten en que primeramente deben surgir con posterioridad a la etapa procesal en que debieron haberse en su caso ofrecido y, en una segunda vertiente, que se tenga conocimiento real de ellas de manera próxima al estado procesal extemporáneo en que se ofrecen.

Un ejemplo de ello pudiera ser aquel caso en que se dictó auto de vinculación a proceso contra determinado imputado, por el delito de lesiones cometidas con dolo; después de llevarse la etapa de investigación complementaria, así como la audiencia intermedia e incluso dictar auto de apertura a juicio oral, en la etapa de juicio, la víctima lesionada por ese evento fallece como consecuencia directa de las laceraciones

que sufrió. Así, la institución ministerial y/o el asesor jurídico ofrecerán las pruebas necesarias que sean tendentes a demostrar que la muerte se debió a las heridas que le fueron provocadas por el acusado y, desde luego, para acreditar que la víctima murió. Lo anterior, para dar lugar a una posible reclasificación del delito materia de la acusación.

c. Pruebas de refutación

La prueba de refutación también es contemplada por el artículo 390 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su párrafo segundo, que para referencia inmediata se transcribe:

Artículo 390.

...

Si con ocasión de la rendición de un medio de prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal de enjuiciamiento podrá admitir y desahogar nuevos medios de prueba, aunque ellos no hubieren sido ofrecidos oportunamente, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

La prueba de refutación, históricamente hablando, se ha estimado como aquella que se ofrece por el demandante, para explicar o contradecir evidencia presentada por el demandado.⁵¹ Es decir, tiene una connotación de refutación o contradicción, con relación a una prueba ofrecida por el demandante. Así, en materia penal, la prueba acusatoria es la ofrecida por la fiscalía, sin que esto conlleve necesariamente a que sólo pueda ser refutada la prueba de cargo, sino también puede refutarse la de descargo.

En el sistema anglosajón la prueba de refutación se conoce como *rebuttal evidence*, o prueba de descargo, lo que quiere decir que todo elemento de convicción ofrecido por la defensa, para contradecir la teoría del caso de la fiscalía, se llamará prueba de refutación.

Sin embargo, la mayoría de los sistemas acusatorios latinoamericanos son más específicos (y quisiera calificar más adecuados), cuando se refieren a la prueba de refutación, ya que no la contemplan en sus sistemas genéricamente como una prueba de descargo, sino como aquella tendente a demeritar la veracidad de algún medio de convicción ofrecido por la contraparte; cuestión que tiene sustento en la doctrina, en tanto algunos autores han definido a la prueba de refutación como aquella conducente

⁵¹ Mauet, Thomas, *Fundamental of Trial Techniques*, Canadá, Little Brown and Company, 1980, p. 21.

a menoscabar la credibilidad del testigo, evidenciando así alguna falsedad que no es inicialmente ostensible para el órgano jurisdiccional.

En sistemas procesales penales como el colombiano, existe una clara diferenciación entre prueba de refutación y aquella que se erige para demeritar la credibilidad del testigo, ya que, en cuanto a la primera, el Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia⁵² establece que por regla general, las pruebas en juicio serán desahogadas en primer término por la fiscalía y luego por la defensa, a menos que ésta tenga elementos de refutación, en cuyo caso se realizará el ofrecimiento de desahogo a la inversa. Por su parte, la credibilidad del testigo, que se prevé en el numeral 403 de esa legislación,⁵³ es una institución disímil que se erige con la finalidad de demeritar al testigo en su persona o su dicho, bajo hipótesis perfectamente delimitadas en aquel sistema procesal.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en nuestro país, como se puede leer del artículo que se ha transcrito, optó por otorgar a la prueba de refutación la exclusividad de demeritar la veracidad, autenticidad o integridad de la rendición de un medio de prueba, esto es, ya que los órganos de prueba son los sujetos físicos (o incluso, en algunos casos, son pruebas materiales) que van a perfeccionar el medio de convicción, la prueba de refutación tendrá la finalidad de desacreditar:

- Que el testigo se está conduciendo con verdad en su dicho.
- Que esa persona cuenta con la acreditación o los requisitos con los que se está conduciendo, y
- Que dicho testigo es una persona recta, proba e intachable, al menos, para fungir como tal.

De esa manera, la esencia de la prueba de refutación es la deslegitimación, en sentido amplio, del órgano de prueba.

⁵² Artículo 362. Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía.

⁵³ Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración.

d. *Camino procesal de las dos anteriores*

Las pruebas superveniente y de refutación no son en sentido estricto diferentes a las demás, esto es, cumplen con la esencia de todo elemento de convicción, que es probar determinados hechos al órgano jurisdiccional. No obstante, debido a su naturaleza, los caminos que siguen en el sistema penal acusatorio pueden ser diferentes a los que siguen las pruebas genéricas.

En efecto, en primer término, por regla general las pruebas deberán ser ofrecidas en las etapas procesales destinadas a ello. Como se ha indicado, la primera de ellas acontece con referencia a los datos de prueba, en el plazo constitucional, cuando se ofertan con motivo del ejercicio del derecho de defensa que pretende evitar el dictado de un auto de vinculación a proceso contra el imputado. El segundo momento es, por antonomasia, en la etapa intermedia, donde se ofrecen los medios de prueba que llegarán a juicio.

Bien, a pesar de que las reglas genéricas del ofrecimiento de la prueba son los dos anteriores, el Código Nacional de Procedimientos Penales confiere un régimen de excepción, que se actualiza con la prueba superveniente y la de refutación, las cuales pueden ofrecerse incluso después de vencidos los plazos procesales de ofrecimiento de elementos de convicción.

Lo anterior no quiere decir que, por regla general, la prueba de refutación y la superveniente tengan que ofrecerse después de concluida la etapa procesal en que debieron haberse ofertado, pues puede darse el caso de que sean propuestas como una simple refutación no extemporánea. Por ejemplo, para cuestionar la legitimación de un perito oficial. En ese caso, la institución ministerial, al descubrir sus medios de prueba, en la etapa intermedia, hará lo propio con respecto a esa pericial. Si la defensa, al acceder a los medios de prueba de la fiscalía, tiene conocimiento que el perito no está legitimado para ejercer esa encomienda o que no se trata de un perito oficial, a pesar de haberse anunciado en ese sentido, el defensor podrá ofrecer medios de prueba oportunamente, tendentes a refutar esa calidad con la que lo ostenta el órgano público de procuración de justicia y no necesariamente lo hará fuera del espacio temporal previsto para el ofrecimiento de pruebas. Así, el camino procesal de ese medio de prueba de refutación se anunciará, descubrirá, ofrecerá, admitirá, desahogará y valorará, en términos de las reglas genéricas de todo elemento de convicción en el sistema penal acusatorio.

Lo anterior se pone de manifiesto con la lectura literal del párrafo segundo del artículo 390 del Código Nacional de Procedimientos Penales, con relación a los elementos de refutación, en cuanto establece que éstos se podrán ofrecer y admitir aunque ellos no hubieren sido ofrecidos oportunamente, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

De esa manera, tenemos que las pruebas de refutación pueden ofrecerse y admitirse oportunamente, o bien, como lo señala el precepto, en forma extemporánea, pero siempre que no hubiera sido posible prever su necesidad. Como pudiera ser, en el caso concreto propuesto, que para conocer que el perito no era de índole oficial y tampoco experto en la materia, fue necesario realizar una labor de indagación durante varios meses y sólo a partir de eso, ya concluida la etapa intermedia, se pudo conocer la falsedad con que aquél se conducía y, ante ello, sólo podría ofrecerse esa prueba de refutación en la etapa de juicio.

Lo mismo acontece con respecto a la prueba superveniente, pues podría ocurrir que, como se ejemplificó anteriormente, al formular imputación, los hechos fueran tendentes a demostrar que la víctima fue lesionada gravemente y, con motivo de ello, el auto de vinculación a proceso versara sobre el delito de lesiones calificadas cometidas con dolo; no obstante, cerrado el plazo de investigación complementaria, la víctima fallece con motivo de esas lesiones y, en consecuencia, en forma oportuna, en la etapa intermedia en su fase escrita, el órgano público de procuración de justicia anunciará sus medios de prueba en la acusación, la cual ahora se planteará por el delito de homicidio.

No obstante los términos procesales usuales en que ambas pruebas pueden ofrecerse, quiero centrarme en la excepcionalidad que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, cuando esos dos tipos de prueba son extemporáneos y es necesaria su incorporación al proceso para sustentar la pretensión procesal de las partes.

Cuando ocurre lo anterior, las pruebas nuevas, supervenientes o de refutación no pasarían por los filtros de la etapa intermedia, esto es, de darse el caso de que su ofrecimiento aconteciera fuera de las etapas regulares para ello (que, por antonomasia es la intermedia), eventualmente no se anunciarían ni se descubrirían, sino que sólo se ofrecerían, admitirían, desahogarían y valorarían en la etapa de juicio por el tribunal de enjuiciamiento, ante la evidente naturaleza que tienen de ser incorporadas al proceso en etapas tardías a la usual.

Lo anterior es así porque se trata de pruebas nuevas que, derivado de su especial connotación, sería especialmente complicado que fueran anunciadas y descubiertas en la etapa de juicio y que esto obedece a que, precisamente, la naturaleza del juicio no es la depuración de medios probatorios, sino su desahogo. De esa manera, excepcionalmente, el legislador creó este camino más diligente para prever el perfeccionamiento de esas pruebas en la etapa de juicio, sin muchos obstáculos temporales y procesales operativamente hablando.

Por ello, cuando se trate de pruebas supervenientes o de refutación que pretendan incorporarse al proceso, no serán anunciadas ni descubiertas, sino solamente ofrecidas y admitidas (o desechadas) por el tribunal de enjuiciamiento, lo que constituye un ejercicio excepcional de calificación de procedencia probatoria que se realiza en esa

etapa de debate y, por ello, es que se encuentra explicación del porqué el legislador preceptuó el numeral 390 en el apartado de la etapa de juicio.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el hecho de que no pasen los filtros de la etapa intermedia, específicamente que no sean anunciadas ni descubiertas a la contraparte, no quiere decir que tales pruebas no deban ser calificadas en los términos que lo dispone el artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, que sean excluidas, limitadas, depuradas o admitidas por ser sobreabundantes, impertinentes, innecesarias, ilícitas, ilegales o atenten contra la conducta sexual de la víctima, sólo que ahora el responsable de esa calificación probatoria será el tribunal de enjuiciamiento y no el juez de control.

En efecto, el tribunal de enjuiciamiento no le daría cabida, por ejemplo, a una prueba que tendiera a demostrar que la víctima de un delito de violación, después de la etapa intermedia de ese proceso, fue vista teniendo relaciones sexuales con alguien que no es su cónyuge o aquella prueba consistente en una grabación de la conversación telefónica del acusado con su defensor, en la que confiesa aquél a éste que sí mató a la víctima, pero que lo negará rotundamente ante el tribunal de enjuiciamiento. De esa manera, si bien este tipo de pruebas serán exentas de ser anunciadas y descubiertas, no podrán ser admitidas a juicio si reúnen las características de exclusión propias de la etapa intermedia, pues de lo contrario, se llegaría al absurdo de afirmar que todo litigante podrá ofertar cualquier tipo de prueba en la etapa de juicio, aun sea ilícita, cuando debe regir la pulcritud probatoria en todas sus fases.

e. Pruebas por reclasificación del delito

La prueba por reclasificación del delito tiene su origen en la porción normativa del numeral 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se ubica dentro de la etapa de juicio y, por ello, se trata de un elemento de prueba propio de esa fase del proceso penal; de esa manera, resurge ante una exposición oral nueva que hace valer el órgano público de procuración de justicia en audiencia. Ante ello, debe darse derecho de audiencia al acusado, para no violar sus derechos fundamentales, en términos del numeral 173, fracción XXI de la Ley de Amparo.

Lo anterior es así, porque si bien la figura de reclasificación jurídica del hecho punible puede llevarse a cabo en diversos momentos, esto es, desde la orden de aprehensión, pasando por el auto de vinculación a proceso e incluso, en la acusación escrita propia de la etapa intermedia, se considera que cuando acontece lo anterior, la defensa puede en ese momento plantear elementos de prueba en las etapas siguientes, sin que con ello se incurra en violación a sus derechos de defensa.

No obstante, en la etapa de juicio, el numeral 398 del Código Nacional contempla la posibilidad de que la institución ministerial pueda plantear una reclasificación del delito materia de la acusación, que puede acontecer desde los alegatos de apertura has-

ta los propios de clausura, es decir, antes de que se cierre el debate. A su vez, el mismo precepto le impone la obligación al tribunal de enjuiciamiento de que se otorgue el uso de la voz a la defensa y el acusado, para que hagan valer sus derechos al respecto; específicamente, para lo siguiente:

- Para que puedan expresar lo que estimen conveniente, con respecto a la reclasificación jurídica planteada.
- Para que puedan solicitar la suspensión de la audiencia de debate, a fin de ofrecer pruebas nuevas o preparar su intervención.

Como se ve, la finalidad del numeral 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, guarda estrecha relación con el diverso 173, apartado B, fracción XVIII de la Ley de Amparo, ya que ambos protegen los derechos fundamentales del acusado, en el sentido de que éste pueda ejercer sus derechos de defensa, ante un cambio del delito puntualizado en la acusación, ya que si bien, bajo el principio de congruencia de los hechos, los sucesos materia de la imputación son los que regirán todo el proceso, incluyendo, desde luego, la etapa de juicio, eso no obsta de que la institución ministerial plantee una clasificación jurídica diversa del delito por el que inicialmente formuló acusación y, ante ello, es necesario ejercer tal derecho fundamental.

Desde luego, cuando se habla de defensa del acusado ante una nueva clasificación jurídica del hecho punible materia del proceso, debe entenderse ese derecho en su plenitud, es decir, conllevaría no sólo a dar oportunidad a la defensa a plantear argumentos nuevos, sino además poder sustentarlos con pruebas.

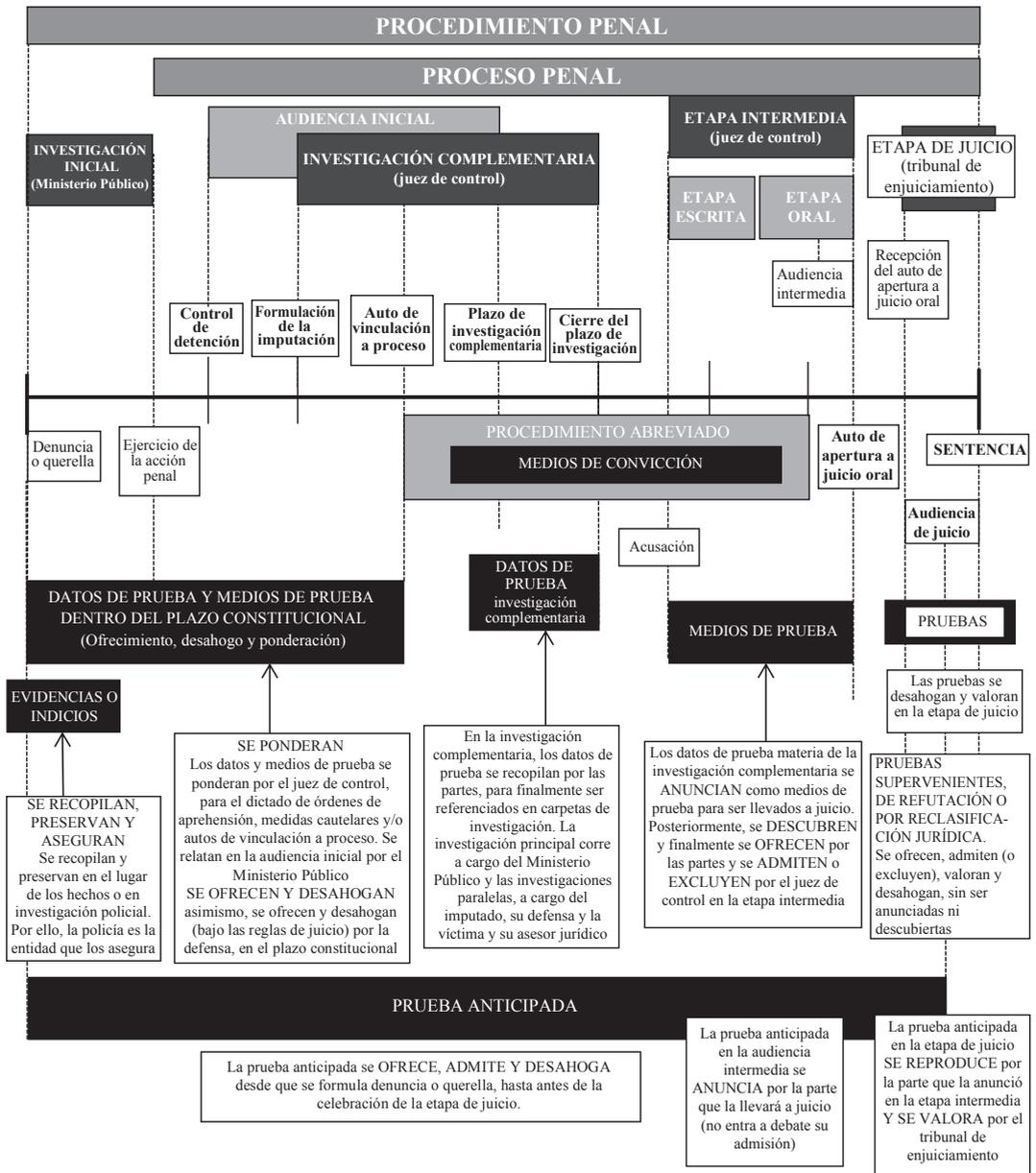
De esa manera, el acusado podrá ofrecer nuevos elementos probatorios para defenderse de la nueva postura del órgano público de procuración de justicia, lo cual realizará en el término máximo de 10 días, que es el límite temporal que se prevé para la suspensión de la audiencia de debate. En el entendido de que no podrá celebrarse una nueva audiencia después de esos 10 días, so pena de que se declare interrumpida la audiencia de juicio, con la consecuente nulidad de lo actuado y, ante ello, tendría que llevarse nuevamente el juicio, en términos del artículo 352 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, es cierto que las pruebas por reclasificación del delito siguen un camino diverso en la etapa de juicio, pues evidentemente no serán anunciadas ni descubiertas, lo que encuentra congruencia al limitar el plazo de su ofrecimiento a 10 días; por ello, como excepción, al igual que las supervenientes y las de refutación en juicio, sólo serán ofrecidas, admitidas, desahogadas y valoradas por el tribunal de enjuiciamiento.

Sin que ello signifique, como sucede con las precitadas pruebas nuevas, que por el hecho de no pasar los filtros de la etapa intermedia no tengan que ser calificadas en los términos que lo dispone el artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos

Penales, esto es, a pesar de que se trate de pruebas para el ejercicio de defensa, ante una reclasificación jurídica nueva, podrán ser excluidas, limitadas, depuradas o admitidas por ser sobreabundantes, impertinentes, innecesarias, ilícitas, ilegales o atenten contra la conducta sexual de la víctima.

Para efectos de ilustración, se expone el siguiente cuadro, donde se resume en forma gráfica los anteriores párrafos relativos al camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio.



Fuente: elaboración propia

SEGUNDA PARTE

LA VALORACIÓN LIBRE Y LÓGICA DE LA PRUEBA Y SUS ESTÁNDARES PROBATORIOS

I. *Sistemas de valoración de la prueba penal, fundamento de la libre y lógica valoración*

Cuando hablamos de valoración de la prueba nos referimos a un aspecto relacionado necesariamente con la convicción judicial, el cual es el punto culminante de la actividad probatoria, esto es, la finalidad misma de la prueba. He hecho referencia en el presente trabajo de que uno de los fines del sistema penal acusatorio no es comprobar los hechos, sino llegar a su esclarecimiento; más específicamente, esclarecer la teoría del caso planteada por cada una de las partes procesales.

De esa manera, el juzgador, derivado de la actividad probatoria, no valora la prueba aportada por las partes y desahogada en su presencia con un afán de llegar a una verdad absoluta, en tanto, como se ha sostenido en el presente trabajo, ésta no puede ser materialmente conseguida. Así, el estándar probatorio en el sistema penal acusatorio de nuestro país no se basa en obtener una verdad absoluta, sino en el esclarecimiento de los hechos, lo que no significa necesariamente llegar a la verdad real, sino que lo expresado y demostrado por las partes a través de la actividad probatoria le creará una objetiva convicción al juez.

Esta aproximación a la verdad, la cual es objetivamente alcanzable, es algo que caracteriza al recién adoptado sistema en México y que es resultado del devenir histórico que ha resurgido con motivo del avance en los sistemas procesales del mundo y de la historia de la humanidad misma.

No obstante, en capítulos subsiguientes analizaremos de manera más minuciosa el sistema libre y lógico de valoración de la prueba del sistema penal acusatorio mexicano. En tanto, a manera de ejercicio previo, a continuación analizaremos algunos de los sistemas procesales que han ido de la mano de la evolución de la humanidad. Lo anterior, en el entendido de que la finalidad no es hacer un estudio mesurado de índole histórico de todos los sistemas de valoración de la prueba, ya que ello implicaría analizar desde etapas primitivas, pasando por Roma en las etapas de República (con su libre valoración por parte del pueblo) y del Imperio (donde ya asume el control el juez), el periodo de Justiniano (donde aparece el sistema de valoración mixto en el *Corpus*) y las diversas evoluciones a los sistemas de tarifa legal y de libre valoración. De esa manera, sólo se analizarán los más representativos para efectos de este trabajo, es decir, los que primordialmente sirvieron de sustento a la libre y lógica valoración de la prueba.

1. *La prueba legal o tasada*

La actividad probatoria, como regla genérica, conlleva un resultado procesal que repercute en la determinación que emita la autoridad judicial. Cuando ese efecto es

perfectamente determinado por el legislador al crear la ley, a tal grado que vincula al juzgador a una valoración preestablecida (de ahí que también se llame prueba legal), sin dar cabida a la apreciación libre del órgano jurisdiccional, estamos en presencia de una prueba tasada.

La prueba legal o tasada, que también es llamada por algunos autores, como Devis Echandía, el sistema de tarifa legal,⁵⁴ surge en el derecho canónico como limitación a la actividad judicial indiscriminada e ilimitada, al otorgar al juez un control absoluto del acusado basado en su subjetiva y personal convicción. De esa manera, el legislador establece reglas específicas de valoración en la ley, es decir, otorga a las pruebas un valor determinado, a fin de no dejar esa función al juzgador; por ello, se dice que es la prueba que por antonomasia tiene sustento en la desconfianza judicial.

Así, la prueba tasada no permitía formar al juzgador un criterio propio, sino que lo automatiza al valor limitado y específico establecido en la ley. Con ello, si bien se buscó frenar la actividad jurisdiccional que indiscriminadamente se ejercía inicialmente y con ello proteger al acusado, con la prueba tasada, se incentivó que la balanza de poder del Estado se inclinara desfavorablemente en el mismo sentido que se provocaba evitar; esto es, en perjuicio del acusado.

En efecto, como se indicó, la prueba tasada presenta sus orígenes en el derecho canónico, cuando se crea el Tribunal de la Inquisición en 1204, con el Papa Inocencio III, que no era sino un conglomerado de eclesiásticos inquisidores encargados de buscar personas que se dedicaran a la brujería o representaran intereses antagónicos al poder divino de Dios; este grupo de religiosos eran encargados de investigar los delitos de lesa majestad, catálogo que constituyó uno de los principales mecanismos de control y protección del soberano y de Dios, quien le otorgaba ese poder y, debido a la tutela tan redituable que representaba para el Estado cobró tanto auge que poco a poco fue ganando terreno en el continente europeo, especialmente en Alemania, Francia, Inglaterra e Italia; asimismo, en 1249 se instauró en el Reino de Aragón, lo cual constituyó la primera inquisición de índole estatal y para el siglo XV ya era preponderante en el Reino Español; ante esa popularidad, ya no sólo se utilizó para investigar y castigar de herejía, brujería y los delitos de lesa majestad, sino toda clase de delitos que representaran una amenaza al poder público.

Este sistema inquisitivo tenía como finalidad primordial encontrar la verdad real y material de lo acontecido, al margen de la forma en que se obtuvieran las pruebas que sustentaran lo anterior. Por ello, ante la búsqueda afanosa de la verdad absoluta, era especialmente difícil de comprobar la culpabilidad del acusado y obtener una condena

⁵⁴ Devis Echandía, Hernando, "Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial", en *R.D., Proc. Iber.*, No. 1, 1966.

mediante indicios, ya que el sistema no daba cabida a las presunciones y como la carga de la prueba recaía en el acusador, era necesario obtener los mecanismos que permitieran conocer la verdad a toda costa. De esa manera comenzó a pensarse que una de las formas más idóneas para ello era la confesión del acusado, la cual, desde luego, era inicialmente compleja conseguir a través de la libre voluntad del justiciable, lo que dio inicio a una de las peores formas de obtención de la verdad en la historia de la humanidad: la tortura del acusado.

Esta forma de obtención de la verdad real obedeció a una transformación en la ideología de la Iglesia católica, ya que en principio ésta se oponía a dicha práctica, por contraponerse a los mandatos de Dios; sin embargo, a través de la *bula Ad extirpanda*, la cual fue promulgada por el papa Inocencio IV el 15 de mayo de 1252,⁵⁵ comenzó a permitirse el uso de la tortura, ya que —consideraba el decreto papal— los hereéticos eran ladrones y asesinos de almas y, por lo tanto, tal como se exige a los ladrones que delaten a sus cómplices, es necesario que se realice tortura sin dañar el cuerpo o causar peligro de muerte, para obtener la verdad. Con lo anterior surgió la llamada inquisición medieval, que investigaba no sólo delitos de *lesa majestad*, sino además todos aquellos que atentaban contra el equilibrio político o religioso, con lo que se creó un régimen de terror, ya que bastaba tener mala fama para incoar un proceso contra un ciudadano y dado que el medio idóneo de obtención de la verdad (la tortura) estaba legitimado por el Estado, la obtención de la verdad absoluta era especialmente fácil de obtener.

En virtud de la utilidad que significó la tortura y el sistema inquisitivo para obtener la verdad en Europa, en los años venideros cobró especial auge en España, en el *Ordenamiento de Alcalá* y en las *Leyes de Toro*, por lo que se extendió a América Latina y ya para el siglo XVI, en la Nueva España, fue regulado a través de la creación de un tribunal, llamado la Sagrada Congregación de la Romana y Universal Inquisición, fundado por Pablo III en 1542, el cual retoma la ideología de la inquisición medieval y vuelve a enfocarse a investigar aspectos relacionados con la herejía y la brujería, donde el castigo era la pena de muerte.

Es importante mencionar que inicialmente se daba especial importancia a la denuncia de un acusador para iniciar un proceso; no obstante, dado que el poder público y la protección del Estado no podían quedar a capricho del denunciante, se instauró la incoación del procedimiento de oficio a cargo de las autoridades públicas.

Así, el sistema inquisitivo veía al acusado como un medio de obtención de la verdad, por lo que no podía tener derechos, ya que no era un sujeto procesal susceptible de prerrogativas. Asimismo, el proceso era dirigido por un juez instructor, acusador

⁵⁵ Tomás y Valiente, F., *La tortura en España. Estudios históricos*, España, 1994.

y juzgador, el cual se encargaba de recopilar prueba, buscar la verdad (obtenida mayormente mediante tortura) y juzgar al justiciable, lo que significaba entonces que el gobernado no contara con instrumentos jurídicos en su favor.

Lo anterior se tornaba aún más imperioso, cuando además de que el juzgador constituía el órgano instructor y acusador y obtener la verdad mediante tormentos corporales, basaba su sentencia en pruebas tasadas, donde el creador de la ley le daba la connotación de prueba plena e irrefutable a la confesión del acusado; de ahí que el juzgador se convirtió en un órgano de protección del poder público, que le daba especial preponderancia a los delitos en los que fungieran como ofendidos el Monarca y Dios, esto es, los llamados Juicios de Dios.

De esa manera, el sistema inquisitorio tenía ostensibles matices de persecutorio, al concentrarse en el propio órgano jurisdiccional la función de investigar, instruir y juzgar; el proceso se llevaba a cabo en forma secreta, sin que el justiciable pudiera tener acceso a él y, de hecho, no se daba lugar a ejercer derecho de contradicción alguna, dado que el juez era el órgano acusador y, al ser el instructor además, la etapa de juicio no tenía especial relevancia, pues el propio recopilador de las pruebas era el que las aplicaba (no las valoraba, al serle vedada la posibilidad de razonar la prueba, por ser tasada), por lo que sólo les confería o legitimaba en el proceso el valor que la ley previamente les establecía.

Asimismo, los procesados eran reclusos en prisiones celulares y eran aislados del mundo exterior y dado que una acusación formal constituía un uso legítimo del Estado, ante una persona que gozaba de mala fama, el justiciable debía demostrar su inocencia, ya que el ejercicio del poder en su contra constituía un medio de control ante alguien que significaba una amenaza para la política o las órdenes divinas.

No obstante, la respuesta a esta era de terror no se hizo esperar en los años venideros, con personas que eran críticas de estas prácticas e incluso críticos de la misma Iglesia católica, específicamente con la aparición de la Ilustración,⁵⁶ movimiento intelectual europeo, que se desarrolló desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución Francesa, con pensadores ilustrados, como Montesquieu, Rousseau y Voltaire, entre otros, lo que dio lugar a la aparición de nuevas ideologías de control del uso arbitrario del poder y, por ende, al nacimiento de nuevos sistemas de valoración de la prueba.

⁵⁶ La cual así se hizo llamar, al “ilustrar” la oscuridad en la que se encontraba la humanidad, a través del uso de la razón y el intelecto.

2. *El sistema de íntima convicción*

El sistema de íntima convicción tomó especial auge en la historia de la humanidad a partir del pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa, ya que representaba la contraposición al sistema procesal de tarifa legal, calificado como arbitrario y represor.

Se trataba de una corriente innovadora, de índole ostensiblemente democrática, la cual fue encabezada por Beccaria, en su famoso estudio *De los delitos y las penas*, que promulgaba un sistema basado en el libre convencimiento, esto es, la antítesis del de tarifa legal, con lo que estableció la creación del jurado popular y se condenó enfáticamente la tortura y el proceso secreto como prácticas procesales cotidianas para la obtención de la verdad.

La íntima convicción daba cabida a un sistema acusatorio puro, donde los tribunales eran representados por el poder del pueblo (jurado popular) y, ante ello, las determinaciones que tomaran no debían ser justificadas ni explicadas, ya que derivaban de un ejercicio de conciencia puro de los encargados de administrar justicia. Así, en contraposición abierta al sistema de justicia medieval, se instauró de manera oficial en las leyes de 18 de enero y 29 de septiembre de 1791, el llamado sistema de convencimiento íntimo (o sentimental), tomado del derecho anglosajón e influido con las ideas de Beccaria, Montesquieu y Voltaire, así como de Brissot de Warville, Diderot y Buffon, entre otros.

El sistema de íntima convicción es quizá de los más antiguos del mundo, ya que tuvo sus orígenes en la época clásica de Grecia y especialmente en Roma, donde prevalecía la oralidad y publicidad como medios de práctica de los juicios. Existían algunas restricciones en torno al aspecto de la prueba, ya que no podía declarar en el ámbito penal los niños, las mujeres y los esclavos (estos últimos que sí podían emitir su declaración excepcionalmente en materia mercantil). Por lo que las pruebas de más utilidad eran los documentos, testimonios y juramentos.

Así, en la época de la Ilustración se retomó esta forma de juzgamiento, basada principalmente en la convicción; de hecho, los precursores de este sistema de valoración consideraron que la humanidad había tenido un retroceso histórico ostensible al regirse por el sistema de prueba tasada o de tarifa legal, ya que éste permitía arbitrariedades que eran avaladas y promulgadas desde la creación de la ley misma.

El sistema de íntima convicción presentó notorios cambios en la valoración probatoria y, especialmente, en la forma en que se emitían los fallos, ya que dio especial preponderancia a la libertad de apreciación y a la convicción íntima, como fundamento del fallo, basados en el instinto natural y en la subjetividad, puesto que el jurado popular no estaba constituido con personas doctas en derecho y tampoco expertas en psicología.

Asimismo, el sistema por jurados, al apreciar el juicio en su integridad, basados en su enfoque personal, emitían un veredicto, que si era de absolución impedía la actuación del Estado contra el gobernado y, en consecuencia, frenaba la imposición de sanciones; en contrapunto, si era condenatorio, entonces liberaba el poder represor del Estado.

Por ello, no obstante el carácter de orientación eminentemente democrático y pensado en el bienestar del pueblo con que se erigió este sistema, tuvo severas críticas, basadas principalmente en que no era viable proferir los fallos sin expresar alguna clase de motivación, porque se podría dar a lugar a lo más cercano a una dictadura judicial, al no conocerse los fundamentos de absolución o condena y, en segundo lugar, las determinaciones eran carentes de contenido jurídico alguno, al ser expuestas por personas ajenas al derecho y, como se indicó, al no ser tampoco profesionales en conocer la conducta o comportamiento humano, sus decisiones eran subjetivas y en muchos de los casos incongruentes con el material probatorio desahogado, ya que se sustentaban en los sentimientos y en la moral de cada uno de los integrantes del jurado. Francia comenzó a darse cuenta de estos aspectos y a idear un sistema propio que si bien pudiera tener influencia del derecho anglosajón, no debería ser una copia íntegra de aquél.

Luigi Ferrajoli señalaba que el sistema de íntima convicción era una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales,⁵⁷ circunstancia que habría sido avalada por diversos autores, al estimar que existía una libre valoración, subjetiva y carente de razón, porque no encontraba sustento en las reglas de la lógica o los conocimientos científicos, pues sólo se resolvía tomando en cuenta el instinto de la persona, sin que ésta explicara siquiera las circunstancias o motivos que la determinaron a resolver en determinado sentido.

A pesar de sus críticas y de su abandono pocos años después de adoptado por Francia, ese sistema de íntima convicción de jurados populares ha sido acogido por distintos sistemas procesales del mundo a lo largo de la historia de la humanidad, como es el caso del derecho anglosajón, pues Estados Unidos de América actualmente lo contempla constitucional y jurisprudencialmente en su sistema procesal. En ese país, el jurado, en su aspecto genérico, está compuesto por un mínimo de seis personas y un máximo 12. Sin embargo, si se trata del Gran Jurado, que tiene cabida en determinados casos socialmente relevantes, los integrantes pueden ser de hasta 23 personas. Éstas son elegidas de entre ciudadanos comunes y corrientes.

Sin embargo, a pesar de las detracciones que se han hecho al sistema de íntima convicción, éste es ampliamente aceptado por la mayoría de los ciudadanos estadouni-

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, España, Trotta, 1997.

denses, al considerar que se cuenta con la garantía de ser juzgados por una pluralidad de personas que pueden zanjar factores sociales como el racismo y la discriminación, susceptibles de encontrarse en una sola persona, como sería el juez y, en la mayoría de los casos, los justiciables de ese país optan por un jurado, ya que el derecho anglosajón permite en la legislación de ciertos estados renunciar a esa posibilidad.

No obstante, otros países que adoptaron el sistema de íntima convicción a través de jurados populares han ido realizando ajustes a lo largo de su historia, transformándose en sistemas procesales peculiares. Como es el caso de Alemania, que en 1924 suprimió el sistema de jurados populares, para dar lugar a los jueces legos y magistrados técnicos. Este tribunal en la actualidad es el legitimado para conducir el juicio oral, determinar la culpabilidad o absolución y la imposición de la pena, así como la posible responsabilidad civil. Las decisiones son adoptadas por mayoría.

En Francia se pretendió instaurar los jurados populares, como un afán de acercar a la sociedad a la justicia e involucrarla; sin embargo, ese país consideró que generaba un gasto considerable e innecesario, sin que la imagen de la justicia mejorara y, por tanto, decidió dar marcha atrás en la instauración de ese tipo de tribunales que sólo tuvo una efímera vida procesal.

En Italia el jurado tiene una composición mixta, es decir, se compone de dos jueces profesionales y seis personas elegidas al azar de entre una lista de personas que sólo requieren contar con instrucción media básica. En ese país, el jurado tiene intervención sólo en delitos considerados graves.

Por su parte, en Rusia la intervención de los jurados ocurre a petición de parte, donde el justiciable puede pedir ser juzgado a través de esa figura o bien renunciar a ella.⁵⁸

En México, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Venustiano Carranza instauró el sistema acusatorio llevado a cabo por jurados populares, el cual fue regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

El sistema se instauró entonces en nuestro país y se llevaron un número importante de juicios resueltos a través de jurados populares; circunstancia que aconteció hasta la absolución de María Teresa Landa, una bella mujer que ganó el otrora certamen Señorita México a los 18 años, en 1928; los hechos que motivaron su enjuiciamiento comenzaron a partir de que contrajo nupcias con el general Moisés Vidal, persona ampliamente conocida y respetada en la milicia, por su intervención en la Revolución Mexicana. El matrimonio aconteció luego de que ella acudiera a Texas, en Estados Unidos de América, a representar a México e impactara al mundo con su belleza.

⁵⁸ Bellver, Juan Manuel, *et al.*, “El Tribunal Popular en el Mundo, líder mundial en español”, *El Mundo*, 2013, consultado el 1 de mayo de 2016.

María Teresa se caracterizaba por ser una mujer sumisa; asimismo, dado que su esposo viajaba constantemente, residía en la casa de sus padres. Su actitud dócil la llevaba a obedecer instrucciones indiscutibles que le daba su cónyuge, como el hecho de no leer el periódico, bajo el pretexto de que una mujer de casa no debía enterarse de las notas amarillistas. Sin embargo, el 25 de agosto de 1929, el padre de la joven compró el periódico *Excelsior* y, después de leerlo, salió de casa y olvidó el periódico en la sala de su casa; la mujer, motivada por una curiosidad natural, comenzó a leerlo y en las notas sociales se enteró que Moisés Vidal era acusado de bigamia, pues en 1923 se casó en Cosamaloapan, Veracruz, con diversa mujer también llamada María Teresa, con la que además habría procreado dos hijos.

Ese mismo día, luego de una intensa discusión marital, la mujer tomó una pistola Smith and Wesson, calibre 44 y la percutió contra su marido, para después intentar quitarse la vida, lo cual no consiguió, por haber disparado todas las ojivas contra aquél. Según lo contó ella misma en el juicio, luego del homicidio, se tendió junto al cuerpo y le vociferó: perdóname mi amor ¿qué he hecho? No te me mueras.⁵⁹

Por tal razón, fue detenida y procesada. En la etapa de juicio fue defendida por José María Lozano, ex ministro de instrucción pública de Victoriano Huerta, apodado el “Príncipe de la Palabra”.⁶⁰ Lozano presentó a su patrocinada como una mujer dócil, sumisa y víctima de la férrea disciplina militar y machista de su esposo.

Después, dejó hablar a María Teresa, quien comenzó a llorar y a decir reiteradamente que amaba a su cónyuge, pero no iba a permitir que la deshonrara; el jurado se vio seducido por la belleza de la mujer, por lo que terminó absolviéndola, sin dar mayor explicación al respecto (que es el fundamento esencial de un sistema de íntima convicción); en un hecho sin precedente, luego de ser absuelta, el público que asistió a la audiencia se puso de pie y comenzó a aplaudir ante la demostrada inocencia de la fémmina, circunstancia que fue imitada por el propio jurado popular.

Aquel juicio fue el último donde participó el jurado popular, pues los juristas de la época, con un reconocimiento amplio en el campo, estaban indignados del porqué se había absuelto a la mujer o bien, que de ser el caso, debía explicarse la cuestión que avizorara alguna causa de exclusión del delito.

Este antecedente dejó en claro que en México el jurado popular no podía seguir existiendo, pues las determinaciones se erigían por cuestiones de índole sentimental, donde los integrantes del jurado podrían ser influidos por aspectos externos y subjetivos, tales como la belleza de una mujer, su posición ante la sociedad o la forma sollozante de conducirse en el juicio, como aconteció en la especie. Apenas un año

⁵⁹ Centro de Estudios de Historia de México. Fundación Carlos Slim. 2014-2016, Conaculta. *Curiosidades del Pasado*. Consultado el 1 de mayo de 2016.

⁶⁰ *Idem*.

después de ese acontecimiento, dejó de existir la institución del jurado, para destinarse solamente a determinados casos de delitos de prensa.

Bien, una vez que se han determinado los sistemas tasados y de íntima convicción de valoración de la prueba, que son el fundamento de los sistemas inquisitivo y acusatorio, en su connotación más pura, analizaremos el sistema mixto, el cual sirvió de sustento por muchos años para el sistema procesal penal en nuestro país.

3. *Sistema mixto de valoración de la prueba*

Se llama sistema mixto, porque encuentra sus bases en el devenir histórico romano-germánico que surgió en Europa, ya que adoptó en forma parcial algunas instituciones del derecho inquisitivo y otras del acusatorio.

Como se ha indicado, el sistema acusatorio tuvo sus inicios en Grecia y Roma, bajo la figura de libertad de valoración de la prueba y perduró en esos términos hasta su transformación con el derecho canónico, que dio auge al proceso escrito, secreto y de tasación de la prueba, que admitía formalmente la tortura como medio de obtención de la verdad real e histórica, con lo cual surgió el derecho inquisitivo. Asimismo, con motivo del pensamiento de la Ilustración, el sistema francés adoptó nuevamente una Corte de índole liberal y democrática, retomando nuevamente las instituciones propias del sistema acusatorio.

En efecto, si bien el movimiento armado que fue la Revolución Francesa ocasionó una transformación en el sistema procesal de la época, al no tener bases jurídicas determinadas, en las leyes de 18 de enero y 29 de septiembre de 1791, se optó por instaurar, casi en su totalidad, el sistema procesal anglosajón, el cual contemplaba a los jurados populares como los encargados de emitir los fallos (sistema de convencimiento íntimo).

Ese sistema de íntima convicción adoptado por Francia duró poco tiempo, pues el pensamiento francés comenzó a tomar claridad en el ámbito procesal. De esa manera, en la época de Napoleón Bonaparte y específicamente en 1808, surgió una nueva codificación llamada *Código de Instrucción Criminal*, que retomaba aspectos del sistema inquisitivo puro y otras más del acusatorio, con lo cual surgió el llamado sistema procesal mixto clásico.

Es importante mencionar que si bien existen algunos antecedentes donde se pretendía incorporar ambos sistemas, esto es, el inquisitivo y el acusatorio, derivados de una conjugación natural, lo cual encontramos en Alemania en 1532 y en la propia Francia en 1670, con la Ordenanza Criminal de Luis XIV, fue hasta el código napoleónico cuando se reguló y adoptó en forma expresa este sistema.

Este proceso contemplaba diversas fases; la primera de ellas tuvo notoria influencia del derecho inquisitivo, ya que proponía una etapa escrita y secreta llevada a cabo

por la fiscalía y el juez, sin presencia del justiciable. De igual modo, se estableció una etapa intermedia, la cual era controlada por un consejo de jueces, que analizaban el fondo del asunto para determinar la suficiencia de pruebas para acudir a juicio o bien para declarar la insuficiencia probatoria.

En caso de existir elementos de convicción suficientes se declaraba la apertura del juicio, donde el acusado ejercía sus derechos de defensa en forma contradictoria, oral y a partir de la inmediación ante el jurado, quien resolvía por mayoría de votos.

Con relación a la valoración de la prueba, el sistema proponía valorar los elementos de convicción en forma tasada y diversos con influencia de libertad probatoria (punto toral del sistema de valoración mixto de la prueba). Esta nueva forma de concepción de los sistemas procesales tuvo auge en Europa y pocos años después influyó en el derecho latinoamericano, ya que países como Argentina y México fueron los primeros en implementarlo en sus sistemas.

En efecto, Argentina lo acogió en el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, Argentina, en 1939. Mientras que México lo adoptó con la promulgación del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el 17 de septiembre de 1931. Este código retomó las ideas e instituciones jurídicas del llamado sistema mixto y lo transformó según las necesidades del país, retomando la experiencia en hechos como el tropiezo, que tuvo la figura del jurado popular con el caso María Teresa Landa.

Este nuevo sistema procesal penal mexicano dividió el proceso en tres fases, una inicial, a la que llamó averiguación previa, la etapa de preinstrucción o término constitucional y la de juicio; asimismo, se creó la institución del Ministerio Público y se la dotó de la facultad de investigar y perseguir los delitos a través de la acción penal. La policía se extrajo del poder judicial, para incorporarse a la institución ministerial.

Asimismo, se retomó la fase secreta y escrita del sistema francés, para destinarlo a la averiguación previa, donde no se le confirió por regla general intervención alguna al inculcado, sino hasta que fue conducido ante la autoridad judicial. Se instauró además el monopolio de la acción penal al Ministerio Público, ya que anteriormente, en la Constitución de 1857 se preveía la acción particular, pero fue eliminada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Se creó la figura de la querrela y la denuncia, como presupuestos procesales para el ejercicio de la acción penal y se sostuvo la naturaleza de un proceso escrito, dejando sólo para aspectos excepcionales la oralidad.

De igual modo, con influencia del sistema acusatorio, el sistema mixto mexicano dividió en forma clara y delimitada la función de acusador y juzgador, para encomendarlo al Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, respectivamente.

Los aspectos relacionados con la valoración de la prueba adoptaron ambos sistemas, esto es, el tasado, para determinadas pruebas (como el valor pleno de los docu-

mentos públicos, las inspecciones, el resultado de los cateos) y el libre, para otras más (como las periciales y las testimoniales).

Este sistema procesal mexicano prevaleció por más de 75 años en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que fue hasta la reforma del 18 de junio de 2008 que formalmente se dio nacimiento al sistema penal acusatorio mexicano, que realmente es un sistema mixto de corte acusatorio, como más adelante se analizará.

La sana crítica racional

Como se ha expuesto, el sistema de íntima convicción, basado en la prueba valorada con libertad absoluta y sin obligación de exponer los argumentos que sustentaron esa convicción fue severamente criticado; primordialmente, porque el justiciable no sabría las razones que motivaron al jurado a emitir su veredicto de culpabilidad o absolución.

Sin embargo, retomando los aspectos propios del sistema de íntima convicción, pero evolucionando a uno más avanzado, a finales del siglo XIX en España surgió un nuevo modelo denominado la libre valoración de las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de las leyes de la lógica,⁶¹ con lo que se dio origen al sistema de la sana crítica racional.

Esta nueva corriente derivó de lo previsto en el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual se plasmaba en forma literal: “los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”. En igual sentido, años después, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se retomó y perfeccionó lo establecido en su predecesora, ya que el numeral 659 establecía: los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de la ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran.⁶²

Así, la sana crítica racional propone un modelo que parte inicialmente de las liberales ideas del sistema de íntima convicción, pero que se propone en un aspecto más evolucionado. Esto es así, porque si bien en la sana crítica inicialmente el juzgador goza de libertad en la valoración de la prueba, no significa una absoluta libertad, sino que ésta es regulada bajo las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia. Y si bien estos aspectos no se encuentran expresamente regulados en la ley, sí presuponen

⁶¹ Ascencio Mellado, José María, *La Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Derecho Penal*, Perú, Inpecc, 2008.

⁶² Benfeld, Johan, “Los Orígenes del concepto de la sana crítica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 569-585.

el contexto que ha de tomarse para que el juzgador tenga una libertad de valoración reglada.

Lo anterior quiere decir que la libertad en la valoración de la prueba queda sujeta a criterios objetivos de racionalidad, por lo que en sentido estricto se elimina la posibilidad de contar con una completa libertad, pues se considera que ésta se arbitraria y subjetiva. Así, dichos criterios objetivos son, como se ha indicado, las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, las cuales se analizan enseguida, *grosso modo*, en ese orden.

Cuando hablamos de las reglas de la experiencia, también llamadas máximas de la experiencia, no se puede prescindir de citar a Friedrich Stein y su obra *El conocimiento privado del juez*. Dicho autor conceptualiza las máximas de la experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.⁶³

Como puede advertirse, el autor le da una especial connotación a las máximas de la experiencia, porque las considera como formulaciones de contenido abstracto y general, independiente de los casos concretos, pero que sirven para solucionarlos.

No obstante, la crítica más palpable que se hace al autor consiste en que el juez, al realizar la valoración probatoria, no realiza silogismos donde figuran como premisa mayor las máximas de la experiencia, porque mayormente lo conducirían al error. Tal sería el caso de aseverar, como premisa mayor, que las personas que mienten generalmente no miran a los ojos de su interlocutor; el testigo no miró a los ojos al juez cuando emitió su declaración y, en consecuencia, el testigo miente. De considerar ese silogismo como fundamento de las máximas de la experiencia, las conclusiones a las que llegaría el juez serían erróneas, ya que los silogismos son propios de la lógica formal, inicialmente utilizada para resolver teoremas de índole racional, pero de complejidad menor, circunstancia que no puede tener cabida en la complejísima tarea de valorar la prueba, que debe basarse en una lógica dialéctica, ya no formal, por ser ésta insuficiente para esa función.

En el siguiente capítulo se abordarán de manera más minuciosa las reglas de la experiencia; sin embargo, se puede decir hasta este momento que las máximas de la experiencia son normas fundadas en el saber generalizado de las personas, que surgirán a partir de la reiteración de hábitos sociales o conductas repetitivas, que debido a su contenido abstracto y generalizado, se pueden aplicar a casos concretos de la

⁶³ Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 30.

misma especie y predecir un hecho probable y desconocido, ya que provienen de un conocimiento común, obtenido de las vivencias sociales en un tiempo y lugar determinados.

Así, una máxima de la experiencia sería, por ejemplo, para conocer si es probable que la víctima hubiera sufrido un robo con violencia en determinado barrio de la ciudad, el juzgador se allegara de las reglas de experiencia, consistentes en que es un hecho socialmente conocido que después de ciertas horas de la noche dicho lugar es considerado como altamente peligroso y que constantemente la gente que por ahí transita sufre robos perpetrados incluso por los habitantes de ese lugar.

De esa manera, las reglas de la experiencia arrojarán sólo conclusiones probables, no científicas, con relación a un hecho o circunstancia concreta y necesitarán para ser sustentadas, desde luego, del sentido común del juzgador apoyado en los métodos de la razón consistentes en las reglas de la lógica y la ciencia.

Así, la lógica también es empleada como regla metodológica de valoración de la prueba, la cual, atendiendo a un contexto jurídico, puede dividirse en formal y dialéctica.

La lógica formal responde a una forma lineal y reduccionista de ver la realidad, por lo que se construye a través de silogismos. Así, esta forma de pensamiento humano genera situaciones dilemáticas que pueden llegar a obstaculizar la posibilidad de crecimiento, pues sus conclusiones son limitantes, al referirse, esencialmente, a que si de dos posiciones contrarias una sola es verdadera, para progresar, una tiene que desaparecer. Pensamiento limitado que no puede tener cabida en la operación compleja que realiza el juzgador al valorar la prueba.

Será entonces la lógica dialéctica, creación de Hegel, quien retomó las ideas de Kant en el siglo XVII, de naturaleza más dinámica y contradictoria, la que utilizará el juzgador en la encomienda de valoración de la prueba. Esto es así porque la lógica dialéctica permite adquirir una comprensión concreta del objeto como un método integral, más sistémico y no fuera de su contexto. Analiza hechos conocidos para descubrir uno desconocido, examina las tesis y antítesis, las contradicciones existentes, estudia lo elemental y lo complejo, lo general y lo particular. Dicho en otras palabras: la lógica dialéctica le permite al órgano jurisdiccional inferir. Circunstancia que la lógica formal no puede hacer ante el ínfimo abanico de cartas que le permite utilizar al juez.

Consideremos un ejemplo de lógica formal: el disparo de arma de fuego que recibió en la cabeza la víctima y que la privó de la vida se lo ocasionó un tercero o bien se lo ocasionó ella misma.

Por su parte, la lógica dialéctica estudiará el hecho de la siguiente manera: el disparo de arma de fuego que recibió en la cabeza la víctima y que la privó de la vida se lo ocasionó un tercero, ella misma en un afán de suicidio, lo percutió el acusado o bien se trató de una bala perdida o también pudo ser producto de un descuido en el campo de tiro donde ocurrió el evento.

Más adelante abordaremos estos conceptos, cuando se analice la libre y lógica valoración de la prueba.

Finalmente, la ciencia, como instrumento de valoración de la prueba, como su nombre lo indica, se trata de conocimientos de índole científico que son transmitidos al juez por personas expertas en alguna ciencia, arte u oficio, con el fin de ilustrarlo en esos aspectos y que servirán de sustento, junto con las máximas de la experiencia y la lógica, para la conclusión que haga el órgano jurisdiccional en el criterio objetivo racional que determine en el devenir de la valoración de la prueba.

II. *La libre y lógica valoración de la prueba*

1. *La valoración libre y lógica de la prueba*

Se ha referido en este trabajo que el sistema de íntima convicción ha sido severamente criticado, porque supone emitir un fallo basado en la convicción íntima y la libre apreciación, esta última potenciada a su máxima literalidad, esto es, se trata de una operación mental libre de todo criterio y sustentada en la subjetividad; dicho en otras palabras: el fallo se emite de conformidad con el instinto de la persona quien, por cierto, no es ni un profesional en derecho y mucho menos en psicología, lo que se traduce en que se emita un fallo de índole sentimental y carente de cualquier razonabilidad jurídica.

Ahora bien, el sistema de valoración libre y lógico adoptado en México presupone, por un lado, conferir libertad al juzgador de apreciar el elemento de convicción y otorgarle, bajo un proceso racional, un determinado valor. Sin embargo, si bien se trata de una inicial libertad para efectuar tal operación mental, el juzgador debe basarse en reglas del raciocinio para llegar a su conclusión final, así como apoyarse en la experiencia y la ciencia. De esa manera, tenemos un sistema de valoración libre racional.

En efecto, el Constituyente permanente y el legislador, al crear el sistema penal acusatorio mexicano, establecieron de manera clara que la prueba debe valorarse de manera libre y lógica, tal como se advierte del artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al preceptuar:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

(...)

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica...

Así como de los diversos 259, párrafo segundo, 265 y 402, del Código Nacional de Procedimientos Penales, al leerse:

Artículo 259. Generalidades

Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.

Las pruebas serán valoradas por el órgano jurisdiccional de manera libre y lógica.

Artículo 265. Valoración de los datos y prueba

El órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

Artículo 402. Convicción del Tribunal de enjuiciamiento

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En mérito de lo anterior, el sistema de valoración de la prueba presupone dos supuestos:

- a) Una libertad valorativa de la prueba.
- b) Una lógica que conlleva a una natural motivación de las decisiones del órgano jurisdiccional.

Como se puede advertir, el sistema procesal penal mexicano retoma la institución jurídica de la sana crítica racional española, para adoptarla en el contexto de nuestro país donde, a criterio del constituyente, los sistemas de la historia de la humanidad han sido ineficaces para sustentar la labor jurisdiccional.

Esta intención clara del constituyente, se puede apreciar del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual dio origen a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, del que puede leerse, en su parte conducente:

El principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que éste esté en aptitud de determinar, previa una valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Este método eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las dos partes.

El principio de libre valoración de la prueba es el que se asume para la toma de decisiones. Se adopta este principio porque los otros sistemas que han sido reconocidos históricamente para la valoración de la prueba en el derecho moderno, son notoriamente ineficaces para garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional. En efecto, el sistema de la íntima convicción es propio de los sistemas en los que los juzgadores de hecho y los de derecho están separados, es decir, en aquellos sistemas que prevén el juicio por jurado. En esas tradiciones, el jurado no está obligado a motivar sus decisiones. Tal no será el caso en México, puesto que las decisiones de hecho serán adoptadas por jueces profesionales que estarán obligados a fundar y motivar sus decisiones, tal como lo ordena ya el artículo 16 constitucional.

El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. En tales sistemas prevalece una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial —prueba plena y semiplena. A pesar de la pretendida objetividad de este sistema sus resultados son francamente pobres desde el punto de vista de la calidad de la información usada para la toma de decisiones. Esta apariencia de objetividad se deriva de su carácter enmascaradamente deductivo, que rehúsa una auténtica motivación desde los hechos. El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo. Por tal motivo, los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal.⁶⁴

Como se puede advertir, el constituyente reformador tuvo fines específicos al crear el sistema penal acusatorio mexicano; por un lado, implementó la libre valora-

⁶⁴ Dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, del 11 de diciembre de 2007.

ción de la prueba, pero rechazando de manera rotunda el sistema de íntima convicción a través de jurados, los cuales, como se sabe, tienen la particularidad de no motivar sus terminaciones; de hecho, contraría abiertamente la figura del mencionado sistema de jurados, para establecer de manera clara que las decisiones serán tomadas por jueces profesionales que estarán obligados a fundar y motivar sus decisiones.

En ese sentido, el legislador mexicano establece las reglas de la lógica basadas en la sana crítica, para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal. De esa manera, se recatan las dos ideas torales de la sana crítica racional, que consisten en la libre valoración de la prueba y los criterios objetivos racionales como métodos de convicción judicial; con lo que abandona la ideología de que la justicia penal corra a cargo de fallos sentimentales o instintivos a cargo de ciudadanos comunes y corrientes y así incorporar el sistema penal acusatorio, cuya valoración libre y lógica de la prueba corre a cargo de un juez profesional. Lo anterior se trata, entonces, de la esencia misma del sistema de sana crítica racional, pero acondicionado a las necesidades de nuestro país.

Ahora bien, este sistema de sana crítica no es una innovación legislativa en México, pues además de que las leyes procesales locales donde ya se aplicaba el sistema penal acusatorio lo contemplaban, podemos encontrar el antecedente más remoto de la sana crítica en el otrora Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de septiembre de 1932, cuyo numeral 344 establecía:

Artículo 344. El juez podrá hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos; y aun puede ordenar que se repita el cotejo por otros peritos.

Este numeral, que por cierto no ha sufrido modificación desde que fue creado hace más de ochenta años, establecía la posibilidad de que el juzgador apreciara los dictámenes periciales con base en las reglas de la sana crítica, lo cual fue basado en la precitada legislación civil española.

A continuación analizaremos las dos vertientes que le dan vida al sistema de valoración de la prueba en el sistema penal acusatorio mexicano; esto es, la libertad y la lógica probatoria.

A. *La libertad probatoria*

Cuando hablamos de libertad probatoria centrada en el sistema penal acusatorio mexicano no nos referimos a aquella interpretación subjetivista, arbitraria y discrecional del sistema de íntima convicción, donde la determinación del juez o jurado es injustificable e inefable, ya que carece de elementos objetivos que la justifiquen y que, en consecuencia, no tiene un control racional.

En efecto, como se ha establecido, el constituyente creador del sistema penal acusatorio en México, estableció un sistema libre y racional, al dejar en claro que la valoración basada en la íntima convicción no tendría cabida en el país y si bien el juzgador cuenta con libertad en la actividad de valoración probatoria, sus bases objetivas las proporcionan las reglas de la sana crítica.

Así, al establecerse una coalición valorativa libre-lógica se pone de manifiesto que si bien la libertad y la lógica se tratan de dos conceptualizaciones disímiles entre sí, ambas parten de una posición metodológica y epistemológica, esto es, formarán una unidad por su propia naturaleza diversa, pero las dos integrarán un todo y en su conjunto constituirán la base metodológica de la valoración de la prueba.

Por lo tanto, al recobrase la autonomía judicial de apreciar la prueba sin una tasada obligación de hacerlo, en automático se va a crear un vacío de la forma en que se sustentará esa libertad motivada; esto es, dado que el sistema de valoración también es racional, deben seguirse las reglas del pensamiento lógico y, más específicamente, aplicar los llamados criterios objetivos de racionalidad.

En palabras de Michele Taruffo: “el vacío puede resultar positivo, porque en cada paso se llena con contenidos adecuados al contexto cultural y social específico, es decir, con criterios de valoración de las pruebas correspondientes a la ética y al sentido de racionalidad del ambiente en el que tiene lugar el proceso. El aspecto negativo del vacío, se presenta al no ser en absoluto seguro que éste se llene de contenidos racionales adecuados, aunque sean relativos y variables. La experiencia difundida en distintos ordenamientos y, en particular, en el italiano, muestra, en cambio, que a menudo el vacío permanece vacío porque faltan criterios racionales de valoración de las pruebas”.⁶⁵

En tales condiciones, para que la valoración libre de la prueba no se desnaturalice, a grado tal de transformarse en un sistema de íntima convicción, deben crearse criterios lógicos y objetivos de valoración racional, pues de lo contrario entraríamos al peligroso terreno de las subjetividades, donde el juzgador basa su criterio en los aspectos que mejor le convengan, con lo que se podría allegar incluso de recursos

⁶⁵ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, España, Trotta, 2002.

intuitivos, sentimentales o de creencia, con lo cual el sistema inicialmente ufano de sana crítica no tendría lugar.

Por tanto, tal como lo sostiene Michele Taruffo, el vacío que surge a partir de la libre valoración puede llenarse en dos sentidos: uno negativo y otro positivo.

Será negativo cuando el vacío creado con aquella independencia probatoria se llene con criterios subjetivistas, arbitrarios y discrecionales, como sería la ausencia de reglas lógicas y racionales en la valoración de la prueba, transformándose esa libertad en una convicción interna, sin limitación alguna más que la óptica del valorador del medio de prueba, su intuición, sus creencias, naturaleza, vivencias y sentido de apreciar las cosas desde su individual realidad, por lo que el destinatario de ese ejercicio valorativo, que es el gobernado, tendría que esperar que el resultado fuera lo más congruente posible, con la ostensible posibilidad de que no pueda ser así, ante la subjetividad que aquello representa.

Será positivo cuando ese vacío que crea la libertad probatoria se llene con criterios objetivos racionales, que si bien den la oportunidad al juzgador de apreciar la prueba en el más libre de los sentidos, el resultado de la operación interna que haga al valorar la prueba, tendrá un resultado congruente, objetivo y basado en la razón.

Es en este llenado del vacío en sentido positivo que surgen las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia. Por tanto, al aseverar que la valoración será libre y lógica, no quiere decir que nos estamos constriñendo a que únicamente se puedan aplicar las reglas de la lógica en esa encomienda judicial (por limitarse el constituyente y legislador sólo a preceptuar la palabra lógica), sino que además pueden involucrarse en esa tarea todos aquellos métodos que den lugar a criterios objetivos racionales, que pueden ser desde la lógica dialéctica hasta las vivencias sociales reiteradas que crean la experiencia o los resultados que arroje el método científico.

Así lo señala el autor Javier Maturana Baeza, al aducir que: “sólo si los jueces llenan este vacío con la aplicación de criterios racionales, se hace posible afirmar que está vigente realmente un sistema de sana crítica; y entonces el vacío dejado por el sistema de pruebas legales dejará de verse como algo negativo”.⁶⁶

Estas razones son las que llevaron al creador del proceso acusatorio en México a establecer el criterio valorativo de la prueba, bajo un contexto libre y lógico, entendiendo así que la lógica y los métodos racionales que de ella derivan son el vacío que en sentido positivo llenan la libertad probatoria otorgada al juzgador en la tarea de su valoración, con lo que se evidencia que el proceso penal acusatorio mexicano se trata, en esencia, de un sistema basado en la sana crítica.

⁶⁶ Maturana Baeza, Javier, *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Chile, Thomson Reuters, 2014, p. 113.

B. Los parámetros objetivos de racionalidad

Como ha quedado expuesto, la libertad en la valoración de la prueba, para no ser considerada propia de un sistema de íntima convicción, debe ser valorada, a su vez, con criterios objetivos racionales. Es aquí donde surgen los métodos positivos de apreciación.

Cuando hablamos de estos parámetros nos referimos a una racionalidad y objetividad en la valoración, la cual servirá de sustento para la motivación de la determinación judicial derivada de la actividad probatoria. Desde luego, es importante mencionar que el hecho de que exista una inicial libertad probatoria y que los criterios lógicos se basen en los métodos objetivos y racionales que mejor le parezcan al juzgador, los cuales no están tasados en la ley y ni siquiera están explícitos, dará lugar, en cierto modo, a un determinado grado de subjetividad en la apreciación de la prueba.

Empero, esta pequeña esfera de subjetividad es intencionalmente confiada al juzgador como ente legitimado para ejercer esa actividad, a fin de que aquél tenga un amplio rango objetivo en la operación racional, ya que de no ser así se limitaría tanto el ejercicio libre del órgano jurisdiccional, que podría dar lugar a la tasación de la prueba.

De esa manera, la sana crítica representa un punto equidistante entre las rígidas reglas de tasación y la plena libertad de apreciación de la prueba del sistema de íntima convicción.

En mérito de ello, si la intención del constituyente y legislador mexicanos era establecer un sistema de sana crítica racional, no podrían preceptuar rangos perfectamente determinados a orientar la valoración del juez en cierto sentido, ya que se correría el riesgo de que esos criterios orientadores se confundieran con reglas tasadas de valoración de la prueba. Ante ello, se decidió abandonar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Nacional de Procedimientos Penales la conceptualización literal de que el órgano jurisdiccional debía aplicar, en la actividad valorativa de la prueba, la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, como lo contemplaban sus antecesores códigos acusatorios, como el de Chihuahua y el propio de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib), en sus numerales 20 y 255, respectivamente.⁶⁷

⁶⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
Artículo 20. Valoración de la prueba.

Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los

En esas condiciones, tanto el constituyente como el legislador, a fin de hacer prevalecer, sin lugar a dudas, un sistema de sana crítica motivada, optaron por contemplar en forma expresa sólo a la lógica como método objetivo racional en la valoración probatoria, pues ni siquiera la locución sana crítica figura en tales cuerpos normativos.

Lo anterior no quiere decir, como se ha sostenido, que sólo la lógica será el parámetro racional de apreciación de la prueba, ya que, como se ha puntualizado, en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, el constituyente de manera expresa enfatizó que el sistema penal acusatorio estaría esencialmente basado en la sana crítica. De esa manera, al establecerse sólo la palabra “lógica”, como criterio regulador objetivo, debe entenderse que esta racionalización constituye un todo en la apreciación de la prueba y necesariamente deberá utilizar parámetros o guías que le sirvan al juzgador en esa función.

Pues bien, esos parámetros servirán para dotar a la sana crítica de bastante flexibilidad para ser autosuficiente y no allegarse de reglas tasadas o normas rigurosas que la hagan perder su esencia y, por otro lado, servirán como guía que otorgará al juzgador la libertad de emitir sus determinaciones en forma razonable.

Tales parámetros son esencialmente la lógica en sí misma y en su aspecto dialéctico, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los cuales servirán no sólo como guía metodológica para el juzgador en la actividad de valoración de la prueba, sino además como un límite racional en esa función, ya que atendiendo a esos criterios orientadores, la determinación judicial no puede ser ilógica o bien que ignore las vivencias sociales reiteradas en hechos semejantes al que resuelve o, en última instancia, contrastar ostensiblemente y de manera subjetiva, lo que la ciencia muestra a todas luces y que cualquier persona podría concluir objetivamente.

En ese entendido, si la determinación judicial concluye, por ejemplo, que la víctima de un delito de violación no sufrió ese evento delictivo y que en consecuencia el acusado no es responsable penalmente de ese hecho punible, sólo porque el tribunal apreció que la ofendida no se mostró “afectada psicológicamente, ya que ni siquiera mostró odio hacia su agresor”, ello a pesar de existir una experticia que señaló objetivamente que aquélla mostró los rasgos psicológicos distintivos de personas que han sido abusadas sexualmente y además el certificado médico practicado a la fémica evidenció desfloración reciente de himen e incluso estigmas ungueales en la zona púbica

conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.

Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

Artículo 255. Valoración

1. El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los medios de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, a la luz de la sana crítica.

de la víctima, estaríamos ante una resolución carente de objetividad, que derivada de una apreciación personal y subjetiva, se contrapone abiertamente a las reglas de la lógica y los conocimientos científicos. Por esa razón se afirma que los parámetros objetivos de valoración no sólo se tratan de criterios orientadores, sino que además constituyen un límite en la valoración de la prueba en el sistema de sana crítica.

Ahora bien, de lo anterior surge la incógnita relativa a ¿qué es la sana crítica? En este aspecto no existe consenso legal, jurisprudencial (a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) o doctrinal; sin embargo, dado que esa forma de apreciación probatoria tiene bases históricas sustentadas en el derecho español, es a partir de la esencia misma del legislador ibérico que ha tratado de explicarse en su contexto.

Alsina refiere que “Las reglas de la sana crítica no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y el espacio”.⁶⁸

Rodrigo Rivera refiere que “deviene de una situación histórica concreta que produce muchas determinaciones, por ello, el juez tiene que hacer una apreciación integral, en la cual estén presentes los métodos del pensamiento, todo el acervo probatorio y las determinaciones sociales, psicológicas e históricas”.⁶⁹

Asimismo, como se indicó, ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni el Código Nacional de Procedimientos Penales hacen referencia a la sana crítica, aunque en la exposición de motivos del constituyente y legislador que creó esos cuerpos normativos sí se establece claramente que su intención es que el sistema penal acusatorio se base sustancialmente en las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, si bien los Tribunales Colegiados de Circuito en México han conceptualizado en jurisprudencia a la sana crítica como el adecuado entendimiento que implica la unión de la lógica y la experiencia, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento a través de procesos sensibles e intelectuales que lleven a la correcta apreciación de los hechos,⁷⁰ no existe aún pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ese sentido, ya que si bien hace referencia a ella en diversas tesis, no se ha establecido un concepto determinado que sirva de hegemonía a todos los tribunales del país, ante la obligatoriedad limitada que subyace en la jurisprudencia de los tribunales colegiados.

⁶⁸ H. Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Argentina, Ediar, 1956, p. 127.

⁶⁹ Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba. Un análisis racional y práctico*, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011, p. 249.

⁷⁰ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. En la tesis de jurisprudencia siguiente: Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, Agosto de 2006, p. 2095, Jurisprudencia Común, Número de Tesis I.4o.C. J/22, Registro IUS: 174352.

De igual modo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en jurisprudencia pacífica, ha destacado que la valoración probatoria debe apegarse a la sana crítica y la experiencia, pero tampoco ha establecido una específica conceptualización.

No obstante lo anterior y a pesar de no existir un consenso generalizado del concepto de sana crítica, tanto los autores como la jurisprudencia de los tribunales federales y las referencias en la Constitución y la ley, afirman que la sana crítica se consigue a partir de extraer las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, la experiencia, la observación y el sentido común del juzgador.

De esa manera, la sana crítica tendrá criterios variables y permanentes; serán variables en cuanto se refiere a que la experiencia social se modificará de conformidad con los cambios que sucedan en los lugares y tiempos determinados en que se aplique y permanentes en cuanto a los principios racionales en que debe sustentarse.

Por esa razón es que no podemos afirmar que la sana crítica en el sistema penal acusatorio mexicano se base únicamente en la lógica, pues la propia lógica requiere métodos objetivos que la sustenten, tales como las reglas de la experiencia e incluso reglas sociales, basadas en los actos repetitivos y las costumbres de determinado lugar y, asimismo, la propia ciencia será un método objetivo para la aplicación de la lógica a un caso concreto.

Así, la lógica requerirá parámetros racionales; por ejemplo, si nos centramos en las reglas de experiencia, bajo un ejercicio de ponderación para calificar la detención de una persona, en una audiencia inicial el Ministerio Público afirma que la policía que detuvo al imputado demoró una hora más en ponerlo a su disposición, desde que ejecutó su detención material, porque tenía que llevarlo al médico legista a fin de que valorara su estado físico, como sucede en todos los casos de detenciones en flagrancia. La lógica le permitirá al juzgador inferir que esa situación puede resultar congruente, por la necesidad de conocer el estado físico de la persona detenida, pero las máximas de la experiencia le dirán que efectivamente, en la totalidad o la abrumadora mayoría de los casos en que se detiene a una persona, antes de llevarla ante la institución ministerial, es conducida con el médico legista que certifique su condición corporal.

Pues bien, dado que la sana crítica contempla criterios orientadores o parámetros racionales para la valoración probatoria que, como se ha indicado, son la lógica en sí misma, en su aspecto dialéctico, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, nuevamente nos haremos cargo de ellos para el efecto de establecer a qué se refiere cada uno y la forma en que repercuten en la actividad probatoria que se apreciará por el órgano jurisdiccional.

a. *La lógica de la prueba*

Ya se ha referido que, en contra posición con otros autores que sustentan sus teorías en la lógica deóntica y primordialmente en la lógica jurídica, que parte de un concepto puramente formal, en mi opinión considero que las reglas de valoración de la prueba no pueden analizarse a través de la lógica formal, ya que ésta se encuentra muy limitada para el complejísimo contexto probatorio y responde a una forma lineal y reduccionista de ver la realidad; esto es, a través de silogismos, los cuales pueden servir como métodos para la solución de innumerables teoremas, pero no para la complejísima actividad que es la valoración de la prueba.

En efecto, la lógica formal o lógica aristotélica (que se trata de una ciencia ideal o formal que más adelante explicaremos) representa una herramienta muy útil en modelos más rígidos, como son las matemáticas o la física, debido a que se trata de ciencias formales o fundamentales que buscan crear conocimientos precisos y rigurosos. Esto es, estudian las relaciones entre los signos y los pensamientos, pero no se trata de una ciencia empírica o fáctica, cuyo objeto son los hechos. Dicho de otra manera, las ciencias ideales, como la lógica formal, atienden estructuras del pensamiento, pero son incapaces de explicar los sucesos concretos, ya que para ello se requieren ciencias empíricas o fácticas, que obtienen sus resultados a través del método científico y experimental.

La lógica formal se basa en los siguientes principios:

A es igual a A ($A=A$); lo que quiere decir que algo es idéntico a otra cosa. Principio de identidad.

Si A es igual a B y también a C; entonces A es igual a C. Principio de transitividad.

Si A es igual a B y B es diverso de C; entonces A es diferente de C. Principio del tercer excluido.

Por lo tanto, se comprueba que A y B son diferentes a C. Principio de razón suficiente.

Como se puede advertir, estos silogismos duros y exactos no podrían ser parte de una tarea compleja como la valoración de la prueba, en primer término, porque la realidad es cambiante y dinámica, por lo que no podemos afirmar que A siempre será igual a A, debido a su constante movimiento y a que las realidades pueden transformarse con el paso del tiempo y la disimilitud de lugares donde esto ocurra y, en segundo término, porque la actividad probatoria no puede limitarse a identificar un caso y considerarlo exactamente igual a otro (ante la prohibición constitucional de aplicar la analogía como regla de imposición de sanciones) o si sólo porque ante la

existencia de dos posiciones contrarias una necesariamente deberá ser verdadera y la otra tendrá que desaparecer.

En el mismo contexto situamos a la lógica jurídica, que es una rama de la lógica deóntica y que estudia los pensamientos jurídicos, desde la perspectiva de su estructura, que son el concepto, el juicio y el raciocinio, todos de naturaleza jurídica, con la finalidad de que el pensamiento sea válido, congruente o coherente; sin embargo, parte de la premisa de que la lógica contiene reglas puramente formales del pensamiento, las cuales son universales y, por ende, no pueden modificarse.

Es en este último tópico donde encontramos discernimientos no adecuados para la ciencia jurídica, ya que ésta no puede conceptualizarse a través de reglas rígidas, en atención a su evidente dinamismo y transformación.

Así es por ejemplo, con relación al principio de identidad como regla de la lógica formal; en la ciencia del derecho no puede aseverarse que el concepto A siempre será el concepto A y que no puede sufrir cambios o no puede ser cuestionado a partir de los diversos pensamientos que prevalecen en la ciencia jurídica. En esas condiciones que un concepto nunca será igual a otro; al menos no en forma estática o perpetua, debido al dinamismo que presenta la ciencia del derecho.

Ante la limitante realidad que nos arroja la lógica formal, se considera que no es el método viable de solución de controversias del ámbito penal, pues se enfrentaría a versiones contradictorias, complejas, cambiantes, tesis, antítesis, excepciones, eventos inesperados y un sinnúmero de aspectos que no podría resolver.

Será entonces, la lógica dialéctica (que es una ciencia experimental o fáctica) la que nos dé la solución en esa complejísima tarea, porque es la única que puede explicar la interrelación entre los cambios sociales y las transformaciones del derecho, en tanto no estudiará solamente la estructura del pensamiento o establecerá los teoremas ideales en sí, sino su contenido mismo y su interrelación en los terrenos de la lógica.

Esta forma de pensamiento que tuvo sus orígenes en las ideas de Friedrich Hegel, quien retomó el modelo de Kant, rompió el paradigma cerrado y riguroso de la lógica formal y fundó el método de investigación multilateral del conocimiento, desde un punto de vista basado en que las ideas de los hombres van cambiando en función de las transformaciones de la realidad objetiva o material. Por tanto, la dialéctica es la lógica del movimiento, del cambio de los conceptos y categorías fluyentes, que reflejan del modo más adecuado el mundo objetivo.

Ante una realidad cambiante y transformadora debe existir una ciencia del pensamiento que vaya a la par de dicho dinamismo, tal como sucede con la actividad probatoria y el constante devenir de las realidades que surgen en el proceso penal, que hacen que el juzgador necesite una corriente racional, flexible y progresiva, que permita tener una cadena de reflexiones que consienta incluso su constante evolución a cada momento.

Por ello, en el sistema penal acusatorio no tendrían cabida los principios de identidad, transitividad, tercero excluido o de razón suficiente que forman la lógica formal, porque constituyen criterios rígidos y verdades universales basadas en un idealismo puro. Especialmente, porque en las reglas de la sana crítica existe una interacción entre el terreno de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; estos últimos dos sufrirán en todo momento transformaciones, pues los actos repetitivos y las verdades sociales serán disímiles de un lugar a otro y de un tiempo a otro; asimismo, la ciencia constantemente evoluciona, abandonando criterios que había desentrañado y establecido como verdad misma, reconsiderando constantemente su inicial postura; de esa manera, si el conocimiento común y la ciencia están en constante dinamismo y desarrollo, la lógica no puede quedarse atrás, limitada y conceptualizada bajo los conceptos rígidos, impermeables y universalmente establecidos que ofrece la lógica formal.

Lo anterior tan es así, que en materia penal no es viable aplicar los principios generales del derecho, ante una realidad cambiante y cuestionada a la vez, que permite abiertamente su evolución. Por esa razón, necesitamos una lógica que nos permita ver la realidad como una película en movimiento y descifrar la esencia subyacente oculta por la apariencia; vale decir, la correcta interpretación de la realidad.⁷¹

En efecto, en esencia, la lógica formal sólo se limitará a estudiar la estructura del pensamiento, mientras que la dialéctica se encargará de su contenido, más amplio y complejo.

Veamos un ejemplo de lógica formal:

Todos los continentes se integran por países; México es un país; México es integrante de un continente.

Por su parte, la lógica dialéctica se encargará de estudiar cuántos continentes existen en el mundo, el número de países que los conforman, las formas de gobierno, sus ámbitos territoriales, etcétera; es decir, analizará las leyes que subsisten en la división geográfica de los países y las normas que lo integran.

Por ello, se dice que la lógica dialéctica analiza todas las formas del pensamiento, descubre su contenido objetivo y muestra todas las formas de pensamiento de las simples a las complejas, de inferiores a superiores en el proceso del pensamiento.

Así, aplicando las reglas de la lógica formal en un proceso penal, sería inviable decir que como la fiscalía no tiene razón y tampoco la tiene la defensa, entonces la víctima y su asesor jurídico son quienes tienen la verdad, porque al excluirse dos premisas, una de ella debe prevalecer.

⁷¹ Cortizo, Ernesto “La lógica dialéctica contra lógica formal”, *Social Analysis*, consultado el 6 de mayo de 2015.

Por el contrario, en la dialéctica se analizarán las diversas posturas de todos los sujetos procesales, sus pruebas, sus argumentos, sus hipótesis, la forma en que se condujeron cada uno de sus testigos, las realidades sociales existente en el momento y lugar en que acontece el proceso, los respaldos científicos a la teoría del caso de cada una de las partes, para que finalmente se llegue a un convencimiento racional, obtenido a través del dinamismo que estará presente en todo momento.

Así, tendremos que las leyes de la lógica dialéctica son las siguientes:

- Ley de la unidad y lucha de contrarios. Toda idea o realidad se sustenta sobre la base de otra idea anterior. Por lo que es el resultado de una lucha de elementos contrarios. Con ello se explica el origen del movimiento universal. Aquí existe a) una tesis, que se trata de una afirmación, cualquiera que sea ésta, es un concepto, que conlleva a su vez a un contrario, que es la: b) una antítesis, la cual constituye una negación de la afirmación anterior, este aspecto negativo es lo que hace dinamizar la realidad y, finalmente, una c) síntesis. Suele interpretarse como la superación del conflicto o la negación de la negación. La tesis y antítesis son eliminadas y a la vez conservadas, es decir, son elevadas a un rango superior; ya que se conserva todo lo positivo de los dos momentos anteriores. La síntesis es perfeccionamiento, es la seguridad del movimiento de la realidad y su constante progreso. Así, con la síntesis surgirá nuevamente una tesis, que encontrará eventualmente una antítesis y dará pauta nuevamente a una síntesis, que a su vez dará lugar a un movimiento y dinamismo constante.
- Ley de la transición de la cantidad a la cualidad. Todo siempre está en movimiento, por lo que sufre una transformación. El aumento o la disminución de la cantidad de materia influye en la transformación de una cosa distinta, hasta un punto en que dé un salto cuántico o cambio de calidad. Cuando la cosa no cambia su naturaleza tendremos un cambio cuantitativo y supone la resolución de una contradicción, que da lugar a una nueva realidad, que representa un avance en el desarrollo; asimismo, cuando la cosa cambia su naturaleza tendremos un cambio cualitativo y el resultado será algo que superará lo anterior.

Como puede apreciarse, las reglas de la lógica dialéctica representan el origen del dinamismo en la forma del pensamiento, ante una realidad cambiante y compleja, que da lugar a una primera tesis, que será cuestionada por otras realidades y, finalmente, dará lugar a una síntesis, que es la que prevalecerá en tanto llega otra realidad que la cuestione. Este dinamismo originará la transformación de las realidades, que puede ser cuantitativa o cualitativa o mediante un salto cuántico.

En ese contexto, las leyes de la lógica dialéctica, al ser una ciencia práctica, se aplican también al ámbito jurídico. Por ejemplo, en un proceso penal tendremos una inicial hipótesis, que será la planteada por el órgano de acusación, y que dará lugar a una tesis, la cual será cuestionada por la defensa, en un plano opuesto, creando una antítesis, para que finalmente sea el juzgador el que emita su determinación, resolviendo el conflicto, tomando en cuenta ambas posturas, estableciendo así una síntesis del caso concreto. Esta síntesis prevalecerá y, a su vez, dará lugar a una nueva tesis, que podrá ser cuestionada a través de la figura de los recursos y el juicio de control constitucional.

De ser el caso de que los órganos superiores revisen la determinación judicial, se crearía nuevamente el proceso del pensamiento dinámico, estableciendo como tesis la postura del juez, la antítesis la propia del apelante y la síntesis o la negación de la negación la constituiría la final determinación del tribunal de alzada, quien nuevamente establecerá una tesis del caso concreto, pero fundada en un plano superior a la inicialmente planteada.

De afectar los intereses del gobernado, esta última tesis nuevamente será cuestionada por el justiciable, llevándola ante el tribunal de control constitucional y de esa manera la tesis la constituirá la determinación del tribunal de apelación, la postura de antítesis será la propia del quejoso a través de los conceptos de violación y la síntesis la resolución del tribunal colegiado.

Esta postura del aludido tribunal de control constitucional, en caso de cumplir con lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Amparo, podrá establecer una hipótesis plasmada en jurisprudencia, la cual será la tesis que regule los casos de la misma especie. Sin embargo, en caso de que exista un tribunal colegiado que tenga opinión contraria, formará la antítesis que será resuelta por el correspondiente Pleno de Circuito, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según sea el caso, la cual constituirá la síntesis en esta forma del pensamiento. Asimismo, esta nueva tesis podrá significar un cambio cuantitativo o cualitativo en el caso planteado e, incluso, podrá formar parte de una nueva forma de pensamiento, al ser cuestionada por la propia Suprema Corte en un nuevo criterio de reflexión, o bien, cuando sus dos salas compiten en contradicción de tesis ante el Pleno.

De esa manera, tal como opera en el ejemplo anterior, la lógica dialéctica también será conducida al ámbito de la actividad probatoria; sin embargo, en este caso concreto, la tesis de la fiscalía, la propia de la víctima u ofendido y la antítesis de la defensa estará basada en la actividad probatoria, las numerosas aristas que surgen en torno a ella, sus contradicciones, puntos concordantes, congruencias e incongruencias y, en general, las reglas de la lógica dialéctica, que analizarán el contenido de los conceptos, juicios y raciocinios propuestos por las partes y sustentados en la actividad probatoria.

En capítulos contiguos se aterrizarán ejemplos que permiten aplicar esta forma del pensamiento en el sistema penal acusatorio.

b. *Las máximas de la experiencia*

Ya se ha referido en este trabajo que las reglas de la experiencia o máximas de la experiencia fueron introducidas al campo jurídico por el alemán Friedrich Stein, en su obra *El conocimiento privado del juez*, quien las conceptualizó como las “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.⁷²

Las máximas de la experiencia fueron retomadas en el derecho italiano por Carnelutti y extendidas por Europa y el país ibérico y llevadas a Latinoamérica, donde sistemas como el chileno⁷³ y el argentino⁷⁴ las contemplan expresamente en sus legislaciones y las conceptualizan como una herramienta en el razonamiento judicial. En estos países, las máximas de la experiencia no son objeto de prueba, es decir, no se prueban, sino que son reglas o criterios orientadores del juzgador.

Asimismo, constituyen una herramienta básica en la valoración de la prueba libre que hace el juez, a través de las cuales infiere un hecho desconocido a partir de eventos precedentes que se han repetido en diversos contextos sociales y que resurgen en la vida jurídica por el proceso inductivo que hace el juez que las aplica.

Desentrañando las ideas de Stein, pudiéramos afirmar que las máximas de la experiencia tienen las siguientes características:

La primera de ellas sería que son valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, por lo que son independientes de aquél y por ello se les puede dar una connotación lógica. Se encuentran desligadas de los eventos a resolver, ya que proceden de hechos pasados ya percibidos.

⁷² Stein, Friedrich, *op. cit.*, nota 63, p. 30.

⁷³ Código Procesal Penal.

Artículo 297. Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

⁷⁴ Código Procesal de la Nación.

Artículo 10. Apreciación de la prueba. Las pruebas serán valoradas por los jueces según sus libres convicciones, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código.

La segunda característica es que tales valoraciones tienen vida propia, porque se originan de hechos particulares y reiterados, sin importar de qué casos en particular se trate, sino lo trascendental es el resultado que originaron, esto es, una cognición social generalizada.

Otra característica consiste en que, como permiten un ejercicio de inducción a cargo del órgano jurisdiccional, el resultado no será cierto y determinado, sino probable e inferido, ya que provienen de la observación.

Asimismo, otra particularidad es que las máximas de la experiencia no se originan con los hechos a resolver por el juzgador, pues existieron antes del proceso y se prolongarán más allá de él, por lo que servirán para fundamentar otros casos en lo futuro.

De igual modo, no son universales, esto es, no se aplican a todos los ámbitos de la misma manera, a grado tal que puedan generalizarse, ya que dependen de un contexto social ocurrido reiteradamente en determinado lugar y tiempo, por lo que una regla de experiencia puede percibirse de una manera en un sitio y completamente diferente en otro.

Otra particularidad consiste en la forma en que el juzgador puede tener conocimiento de esas reglas de experiencia. Pudiera ser que esto aconteciera a través de los múltiples asuntos que ha atendido en sus facultades de juez y que guardan similitud con el hecho desconocido o bien a través de la ciencia que arroja la prueba pericial. En efecto, por citar un ejemplo, se quiere conocer si determinada firma plasmada en un documento tiene el mismo origen gráfico que el puño y letra de cierta persona; el juez, por los múltiples casos que ha llevado, sabe que es necesario que el documento dudable presente una firma autógrafa, pues de otra manera la ciencia no puede concluir satisfactoriamente un resultado; o bien, en el otro caso, puede ser que ese conocimiento se establezca expresamente en la experticia, donde el perito comunique al juzgador que, derivado de los múltiples casos en que ha intervenido, la experiencia le ha arrojado esa misma conclusión.

Una característica más consistiría en que el órgano jurisdiccional puede recurrir a las máximas de la experiencia, aún sin impulso procesal, ya que no se trata de un medio de prueba o una figura jurídica que tenga como presupuesto la acción de las partes, sino que es una regla de valoración que el juez utiliza, consciente o inconscientemente, expresa o tácitamente, en el devenir de la apreciación de la prueba.

Ahora bien, las reglas de la experiencia presentan límites, pues al arrojar un resultado de contenido probable y no certero, debe reconocerse que existe una posibilidad de falibilidad que, en consecuencia, debe tener presente el juzgador en la operación racional. De esa manera, las máximas de la experiencia pudieran ser útiles para el órgano jurisdiccional en determinados casos, pero no utilizarse en otros, lo que llevaría a ayudarse de los diversos criterios objetivos de racionalización, tales como la lógica o los conocimientos científicos. Por ello, el hecho de que las reglas de la experiencia

existan como criterio orientador no quiere decir que ineludiblemente el juzgador tiene que allegarse de ellas.

c. Los conocimientos científicamente afianzados

La razón por la cual algunos autores sólo consideraban, antaño, a la lógica y a los conocimientos científicamente afianzados como criterios orientadores en la valoración probatoria, sin invocar a los conocimientos científicamente afianzados, circunstancia ésta que incluso era reproducida por algunos tribunales federales mexicanos,⁷⁵ era precisamente porque se pensaba que aquéllos eran parte de las máximas de la experiencia, al derivar en muchas de las ocasiones del entendimiento reiterado obtenido a través del método científico.

No obstante, las reglas de la sana crítica escindieron a los conocimientos científicos de las máximas de la experiencia, al percatarse que muchos de los resultados obtenidos no eran necesariamente producto de reiteraciones, pero sí eran universal y científicamente aceptados, debido al sustento objetivo que aportaban y, ante ello, las máximas de la experiencia comenzaron a verse limitadas para explicar esos tópi-

⁷⁵ Por ejemplo, la tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, localizable en: Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, enero de 2009, p. 2823, Tesis Aislada, Número de tesis: I.3o.C.714 C, Registro: 168056, de rubro y texto siguientes: REGLAS DE LA LÓGICA Y LA EXPERIENCIA. LA FALTA DE DEFINICIÓN LEGAL PARA EFECTO DE LA VALORACIÓN DE PRUEBAS EN LA DECISIÓN JUDICIAL NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES. El artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal precisa que los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, y no define el contenido de los principios de esa ciencia, ni de la de la experiencia; pero no se trata de una laguna legal que propicie la inseguridad jurídica en contravención a la garantía de seguridad jurídica consagrada por los artículos 14 y 16 constitucionales. En el precepto de que se trata, se regula como sistema de valoración el arbitrio judicial pero no es absoluto, sino restringido por determinadas reglas basadas en los principios de la lógica y la experiencia de los cuales no debe apartarse. Etimológicamente la palabra lógica proviene del griego *logiké*, femenino de lógicos, lógico, y que significa ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico. A su vez, el término *logikós* proviene de logos, que es razón, discurso. El vocablo experiencia deriva del latín *experientiam*, que significa: “Conocimiento que se adquiere con la práctica”. Entonces, la lógica es una disciplina del saber o ciencia que tiene reglas o principios que son parte de la cultura general de la humanidad y que se presume está al alcance de una formación profesional como la del juzgador cuya función esencial de juzgar implica un conocimiento mínimo ordinario, por lo cual el legislador remite a esa ciencia o disciplina del saber; de modo que si es un elemento de la cultura universal la cual debe formar parte de quien tiene la función pública de administrar justicia como una actividad profesional, no queda indeterminada la referencia a cuáles reglas deben regir la valoración de pruebas y en general la decisión judicial. La experiencia es también un conocimiento que atañe tanto al individuo como al grupo social, que acumula conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano

cos. En la actualidad los conocimientos científicamente afianzados, si bien pueden ser coincidentes con las máximas de la experiencia, ambos son criterios completamente autónomos.

En palabras de Cerda San Martín, “los conocimientos científicos están constituidos por el saber humano proporcionado por las ciencias”.⁷⁶

Ahora bien, es importante mencionar que no todas las investigaciones científicas conllevan un conocimiento objetivo, esto es, no darán necesariamente un conocimiento de la realidad y, en consecuencia, no se ocuparán de estudiar los hechos.

Parafraseando a Mario Bunge,⁷⁷ por ejemplo, la lógica y la matemática se trata de entes ideales y abstractos que sólo existen en la mente humana, por lo que su materia prima no es fáctica, sino ideal; de ahí que se llamen ciencias formales, precisamente porque sus objetos no son cosas ni procesos. De hecho, la lógica formal emplea entidades psíquicas, llamadas pensamientos, para poder explicar el mundo.

En esa tesitura, podemos distinguir entre ciencias formales (o ideales) y ciencias fácticas o materiales. La primeras emplean signos y sus relaciones, y se basan primordialmente en la lógica formal, mientras que las ciencias fácticas necesitan algo más que la lógica formal (esto es, pensamientos o ideales), pues requieren la observación o experimento.

Citemos un ejemplo siguiendo el planteamiento de Bunge: para resolver un problema matemático no es necesaria la experiencia fáctica, sino sólo los postulados, teoremas, definiciones y reglas de formación de expresiones; por ello, el resultado correcto dependerá de seguir el sistema de ideas previamente admitido.

Sin embargo, en las ciencias fácticas no se emplean variables lógicas o símbolos vacíos (“x” es igual a “y”), sino que es necesario que sean congruentes y verificables en la experiencia, esto es, mientras que las ciencias formales son exactas, las empíricas o fácticas no lo son y, por el contrario, tienden a ser perfectibles y cuestionadas, dado que su finalidad es verificar un hecho, pero no demostrarlo en su perfección, como lo hacen las formales.

En esas condiciones, las ciencias empíricas se sustentarán en la racionalidad y objetividad, entendiendo que en la primera se emplean conceptos, juicios y racioci-

mediante la observación de los fenómenos sociales, culturales, políticos y de la naturaleza, lo que debe corresponder a un sentido común que es inherente a cualquier otro humano; de modo que no hay imprecisión ni incertidumbre jurídica en el precepto impugnado, ya que dispone la forma en que el juez deberá valorar pruebas con certeza jurídica.

⁷⁶ Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana Crítica*, Chile, Editorial Librotecnia, 2008, p. 39.

⁷⁷ Bunge, Mario, *La ciencia: su método y su filosofía*, p. 1, disponible en: <http://www.ateismopositivo.com.ar/Mario%20Bunge%20La%20ciencia%20su%20metodo%20y%20su%20filosofia.pdf> (fecha de consulta 10 de mayo de 2016.)

nios, mientras que en la segunda se ocupa la inferencia deductiva;⁷⁸ es decir, los conocimientos obtenidos no son enteramente nuevos desde un punto de vista lógico, pero como derivan de inferencias, llegan a resultados que no se tenían al inicio del proceso.

Es en estas ciencias fácticas o empíricas que tiene cabida la ciencia jurídica y, concretamente, los conocimientos científicos como criterio orientador del órgano jurisdiccional, ya que aproximan la verdad fáctica al juzgador, mediante el empleo de una objetividad razonada, pero analizando las realidades fácticas, no los ideales o pensamientos previamente admitidos, como lo hacen la lógica formal y las matemáticas.

Ahora bien, por antonomasia, los resultados de las ciencias fácticas serán transmitidos al juzgador a través de los científicos expertos en la materia; más concretamente, a través de los peritos, quienes intervendrán en determinado proceso sustentando sus conclusiones en la ciencia y partiendo de métodos empíricos y experimentales, que eventualmente sustentarán las conclusiones a las que lleguen.

Esta forma de transmisión del conocimiento, que se ubica dentro del terreno de la prueba pericial, se concretiza a través de opiniones que serán ostensiblemente más objetivas que, por ejemplo, los relatos de un testigo, quien expone lo vivido a través de su propia óptica, basado solamente en la percepción de sus sentidos.

En efecto, si bien la prueba pericial presenta ciertas similitudes con la testimonial —tan es así que los numerales 371 al 376 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen reglas semejantes para el desahogo de ambos medios de prueba—, la coincidencia es solamente para efectos de su perfeccionamiento en audiencia, más no así presenta identidad sustancial, habida cuenta de que los testigos, por imperativo del numeral 360 del Código Nacional en comento, sólo podrán rendir declaración con respecto a lo que conozcan; de ahí que inicialmente les sea restringido emitir opiniones en torno a lo que conocen, pues deben limitarse a declarar lo que le consta, no a interpretarlo.

De esa manera, la testimonial será emitida por la persona que apreció un evento y sus circunstancias, basado en su propia óptica y percepción sensorial, lo que conduce a que no siempre el relato transmitido sea objetivo, en tanto existen diversos contaminantes personales, como pueden ser las alteraciones emocionales, la elección de captar sólo lo conveniente, las distracciones, entre muchos otros aspectos que conduzcan a entender por qué diversos testigos que aparentemente apreciaron lo mismo tengan tantas disimilitudes en sus relatos contextuales. En tales condiciones, podemos decir que la testimonial se basa en el conocimiento ordinario.

Por el contrario, en contraste, la prueba pericial tiene sustento en el conocimiento científico, por lo que proporciona información analítica, crítica, sistemática, clara,

⁷⁸ *Ibidem*, p. 4.

objetiva, racional y verificable, que es comunicable a cualquier persona que pueda acceder a ella y que se emite a través de opiniones basadas en la objetividad y la racionalidad que proporciona la ciencia. De esa manera, como la ciencia es autocrítica y constantemente reformula las hipótesis incluso ya planteadas, asiduamente recurre a la observación y experimento, basada en el ensayo-error, que permite la creación de conceptos e ideas lógicas nuevas que, a su vez, den lugar a nuevos conceptos y fundamentos científicos.

Por ello, se dice que la ciencia arroja resultados objetivos que permiten un mayor acercamiento al esclarecimiento de los hechos que se busca en el sistema penal acusatorio, pues como se ha indicado, derivan de un riguroso proceso que es el método científico y las ciencias experimentales; sin embargo, debe hacerse notar que aunque la investigación científica establezca conclusiones, dogmas y conceptos derivadas de ese propio proceso metodológico, no todos los conocimientos obtenidos de esas objetivas conclusiones se consideran afianzados.

En efecto, cuando hablamos de que los conocimientos científicos están debidamente afianzados, nos referimos a que están consolidados y son, en cierta medida, más arduos de cuestionar.

Como se ha dicho, la investigación científica fáctica no tiende a demostrar pensamientos o ideales, sino a verificar realidades, por ello, no puede ser aceptada como inapelable, ya que inicialmente, cuando una nueva hipótesis es definida y planteada a la comunidad científica, la primera de las tendencias humanas es cuestionarla y mostrar escepticismo en torno a su contexto; esto dará lugar a nuevos procesos experimentales para verificar que dicha hipótesis sea apegada a la realidad científica que muestra. Los experimentados, al verificar que esa presunción inferida tiene bases objetivas, razonadas, demostradas y verificables, entonces apoyarán su contenido y comenzará a ser un conocimiento científico afianzado.

Así, cuando esos conocimientos científicos son afianzados por los experimentados en la materia, darán al juzgador un amplio campo de objetividad en el terreno de la valoración probatoria; sin embargo, al margen de que la investigación científica sea incuestionable hasta ese momento por los expertos, esto no quiere decir que indefectiblemente el juzgador tenga que emitir su fallo en concordancia estrecha a la conclusión científica, pues en última instancia será el órgano jurisdiccional el que le dará determinado valor a la experticia, tomando en consideración los demás criterios orientadores y además, teniendo en cuenta que en el terreno de la ciencia empírica, las verdades incuestionables no existen a perpetuidad.

Citemos un ejemplo al respecto. En la actualidad se sabe que el ADN o ácido desoxirribonucleico es un ácido nucleico que es responsable de la carga genética hereditaria. No obstante, en 1869, cuando el científico Friedrich Miescher lo descubrió al analizar la pus de vendas quirúrgicas (y lo llamó nucleína), tardó al menos 80 años

en ser descubierto por la ciencia como un ácido desoxirribonucleico responsable de la carga hereditaria, por lo que era especialmente complicado para los tribunales de la época estimar, de manera indefectible, que ese ácido poseía cierta carga genética que podría estimarse única en cada individuo y su ramificación familiar consanguínea. Dicho en otras palabras, no constituía un conocimiento científicamente afianzado, por ser cuestionado y no tratarse de una investigación científica consolidada. Y fue hasta 1962 cuando los científicos Rosalind Franklin, James Watson y Francis Crick obtuvieron el Premio Nobel en Fisiología o Medicina al mostrarle a la comunidad científica la importancia genética de dicho ácido y proponer el modelo de doble hélice para representar la estructura tridimensional del polímero. Con ellos se constituyó como conocimiento científicamente afianzado y es ampliamente aceptado, en su generalidad por los jueces en sus tareas de apreciación probatoria.

d. El contraste de los parámetros objetivos de racionalidad

Como se ha indicado, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados son instrumentos reguladores y orientadores en la actividad valorativa y, como tales, otorgan un contexto amplio al juzgador en ese terreno; sin embargo, no siempre tales parámetros son coincidentes entre sí, de hecho, pudieran ser contrastantes, por lo que el juez, ejerciendo la complejísima labor de otorgar determinado valor a cada medio de prueba y establecer sus conclusiones, deberá discernir qué criterio orientador le es más confiable.

En ese orden, analizaremos en forma genérica los contrastes que pueden surgir cuando esos parámetros encuentran antagonismos.

Las reglas de la lógica contra las máximas de la experiencia

Como se ha sostenido en este trabajo, las reglas de la lógica tienen prevalencia sobre la experiencia, ya que la lógica estudia y analiza el contenido de los pensamientos y las reglas del raciocinio, esto es, define la forma de pensar de manera racional, por lo que constituye la sede de las inferencias que el juez realiza. Mientras que las máximas de la experiencia operan como reglas técnicas para introducir datos útiles en la resolución del conflicto, basadas en el saber generalizado de las personas. En mérito de ello, el juez podrá tener un conocimiento común con respecto a un hecho, pero de nada le servirá si no le otorga un contenido lógico.

De esa manera, al ser la lógica la que dota de contenido congruente a la experiencia para el caso concreto, no se puede hablar de prevalencia de las máximas de la experiencia al contenido lógico.

Citemos un ejemplo. Supongamos que el juez tiene en su experiencia el hecho conocido de que las mujeres que son víctimas de un delito de índole sexual general-

mente muestran evidencia psicológica o conductual de afectación al ver a su agresor, por lo que espera que la ofendida se conduzca de esa manera en el tribunal y, ante ello, ordena que la víctima sea llevada, en términos del artículo 109, fracción XXIV, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a una sala anexa para desahogar su testimonial; no obstante, la pasivo no acepta estar en el salón anexo y en cambio expone su deseo de confrontarse directamente en la sala de audiencias con el acusado, a quien, sin emitir sollozo o rasgo de alteración o miedo algunos, señala a aquél como la misma persona que ejecutó cópula contra ella mediante violencia física y sin su consentimiento. La víctima es tan puntual, congruente y categórica en su relato, el cual incluso se encuentra contextualizado con otras pruebas, que el juez deberá aplicar las reglas de la lógica y darles preferencia sobre las máximas de la experiencia, para inferir que como la exposición de la fémica es congruente y se advierte corroborada objetivamente con diversas pruebas, no en todos los casos las víctimas de delitos sexuales se comportan de la misma manera temerosa y sumisa, pues habrá personas que muestren otro tipo de comportamiento, como fue el caso concreto y, ante ello, las máximas de la experiencia no podrían prevalecer sobre las reglas de la lógica.

Las máximas de la experiencia contra los conocimientos científicamente afianzados

Se ha establecido que los conocimientos científicos proporcionan información analítica, crítica, sistemática, clara, objetiva, racional y verificable, ya que se recurre a la observación y experimento, basada en el ensayo-error, que permite la creación de conceptos e ideas lógicas nuevas que, a su vez, den lugar a nuevos conceptos y fundamentos científicos. Por su parte, las máximas de la experiencia proporcionan un conocimiento basado en la reiteración y la apreciación común, por lo que su objetividad es cuestionada, ante un implacable contendiente que es la ciencia. Ello es así, porque si bien un conocimiento generalizado puede aparentar ser verdad social, está limitado en los albores de las circunstancias de lugar y tiempo en que prevalece ese contexto social, lo que no sucede con la ciencia, que es aceptada universalmente, con independencia del lugar donde se aplique, ya que sus conclusiones no son resultado de apreciaciones comunes, reiteradas y de determinado sector de la población, sino del método científico incluso que ha sido cuestionado, analizado y corroborado por los experimentados en la materia.

Dicho en otras palabras, por regla general, la cultura y las creencias sociales no pueden prevalecer sobre la investigación científica.

Así, por ejemplo, existe la experiencia generalizada de que los hongos venenosos que son consumidos por las personas pueden conducir a la muerte y si en un caso concreto le fue encontrada a la víctima, en el estómago, residuos de la sustancia amatoxina, que es un componente natural venenoso del hongo, las máximas de la

experiencia nos llevarían a concluir que el deceso de la persona se debió al consumo de esta toxina; en cambio, si tenemos un dictamen en medicina forense que, a través de un estudio científico, analítico, sistemático y verificable concluyó que esa sustancia, en la cantidad que se encontraba, no era suficiente para provocar la muerte de la víctima y, en contraste, su fallecimiento obedeció a que, al consumir dicha planta y sufrir sus efectos perdió el conocimiento, cayó y se golpeó el cráneo a grado tal que le provocó la muerte por un traumatismo craneoencefálico, tendríamos una prevalencia de la ciencia a la creencia generalizada.

Las reglas de la lógica experiencia contra los conocimientos científicamente afianzados

Como se indicó, la lógica se encarga de dar coherencia y razonabilidad a la información, esto es, los principios lógicos definen el discurso del juzgador, al otorgar determinado valor entre las pruebas y lo que se da por probado. Por ello, si la ciencia fáctica otorga información al juez con respecto a determinado hecho o circunstancia, su límite, por objetivo y veraz que sea el resultado obtenido deberá pasar los filtros del raciocinio y la coherencia, ya que el órgano jurisdiccional no se limitará a explicar si determinado tópico es cierto o falso, sino que deberá contextualizarlo y explicarlo.

De esa manera, por regla general, la lógica prevalecerá sobre los conocimientos científicos, por muy afianzados que éstos sean, pues el relato del juzgador, basado en los principios lógicos, deberá explicar por qué se descartan ciertos elementos, se toman en cuenta otros, se consideran argumentos por ser objetivos, se rechazan diversos por absurdos y, en general, le otorga un contexto a la información obtenida incluso a través de la ciencia. Por ello, se dice que los principios lógicos rigen todo pensamiento y se imponen a cualquier conocimiento, aunque éste sea científico, porque como se ha indicado, hasta las conclusiones basadas en la ciencia serán objeto de cuestionamientos reiterados.

Por ejemplo, si tenemos un dictamen de materia de dactiloscopia que concluye en forma científica, metodológica, objetiva, verificable y sistemática, que las huellas dactilares encontradas en el objeto robado son del acusado y, por ende, de conformidad con los alegatos de la fiscalía, existe la certeza de que aquél cometió el robo; empero, por otro lado, existen diversos medios de prueba que demuestran incuestionablemente que el justiciable no estaba en el sitio, en la hora y fecha en que se cometió el robo, tales como el hecho comprobado de que dio una conferencia a más de 100 personas en diverso auditorio, se tendrá que dotar de contenido lógico a la experticia y cuestionar si por el solo hecho de que aparecieron sus huellas dactilares en el objeto es indiscutible que cometió el robo, ante la posibilidad de que hubiera podido tener contacto

físico con él, antes del robo o después de éste, pero no en el momento específico del hecho punible, lo que generará duda con respecto a su responsabilidad.

En ese orden, de conformidad con lo anterior, los criterios orientadores que, por regla general, prevalecen sobre los demás son los principios lógicos, que ostentan mayor jerarquía por su imposición ante cualquier otro conocimiento.

En segundo lugar, serán los conocimientos científicamente afianzados, porque si bien, como las máximas de la experiencia, proporcionan información al juzgador, sus resultados están basados en el método científico, más objetivo y complejo que el conocimiento común.

Finalmente, las máximas de la experiencia tendrán el último lugar en la jerarquía de parámetros racionales, porque se tratan de conocimientos eventuales, contingentes y basados en experiencias reiteradas del ámbito común.

Sin embargo, como se expresó, las anteriores reglas serán generales y como toda norma presentarán excepciones, pero será especialmente complicado que los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, al ser métodos que proporcionan información al juzgador, prevalezcan sobre las reglas de la lógica, que contextualiza el enunciado, por lo que se puede concluir que ésta siempre tendrá una jerarquía mayor que las demás y prevalecerá ante cualquier contingencia que se genere con motivo de la interrelación entre todos los criterios orientadores.

Empero, sí podría acontecer el caso concreto de que las máximas de la experiencia prevalecieran sobre la ciencia si, por ejemplo, un *test* psicológico que fue conclusivo en determinar que la víctima presentó secuelas psíquicas fue llenado conforme a estándares o formatos de otro país, que en consecuencia tiene una cultura disímil a la mexicana, sin ajustarse al lenguaje y costumbres de México, podría llevar a la falibilidad, porque la base científica que se tomó en consideración no se ajusta a los parámetros necesarios para ser valorada en términos exitosos.

En esas condiciones, puede afirmarse que la valoración probatoria no por fuerza debe tener origen en la norma o más bien dicho, en razones específicamente jurídicas, ya que no existen en la ley reglas tasadas para la valoración probatoria y, en consecuencia, es donde tienen cabida la lógica, las máximas de la experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, que si bien pueden colisionar en la actividad de juzgar y, en consecuencia, tendrán que aplicarse las reglas de prevalencia para que el juzgador obtenga una lógica y congruente convicción obtenida de la actividad probatoria, en ese devenir, también es probable que dichos parámetros de objetividad no necesariamente colisionen, sino que se interrelacionen y, en consecuencia, proporcionen información objetiva al juzgador.

Ahora bien, dentro de la encomienda judicial, que es la actividad valorativa, surge la interrogante de ¿qué es valorar la prueba?, cuestionamiento que puede traducirse en la aceptación de las pretensiones sobre los hechos sometidos a litigio. Es decir, las

partes, mediante la actividad probatoria, proponen una hipótesis en concreto, la cual tenderá a ser aceptada por el órgano jurisdiccional. En palabras de Gascón Abellán, “la valoración constituye el núcleo del razonamiento probatorio, es decir, del que conduce a partir de las pruebas o informaciones disponibles, a una afirmación sobre los hechos controvertidos”.⁷⁹

Parafraseando a Gascón Abellán, en la valoración de la prueba están implícitas dos tareas: la primera, que es la valoración en sentido propio y que consiste en evaluar el apoyo que el material probatorio presta a la hipótesis sometida a consideración, el cual deberá medirse en términos de probabilidad. La segunda es la adopción de la decisión, consistente en determinar si la probabilidad alcanzada por esa hipótesis es suficiente para establecer su verdad, la cual va a aparejada con el estándar probatorio exigido para ese momento procesal.

Dicho de manera simple, “la valoración en sentido estricto consiste en medir la probabilidad, la decisión consiste en aplicar el resultado de esa valoración al estándar de prueba establecido”.⁸⁰

Ahora bien, existen dos grandes modelos de valoración de la prueba, “el primero basado en aplicación de métodos matemáticos; el segundo en esquemas de confirmación”.⁸¹ El primero de ellos, como su nombre lo indica, se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa o matemática; es decir, se analiza la probabilidad matemática de la comprobación de la hipótesis, bajo un esquema indicado numéricamente (0, 5; 0,8). Por su parte, el modelo de esquemas de confirmación parte de una probabilidad inductiva o lógica, bajo el grado de confirmación que generan las pruebas. Es en este modelo inductivo que descansa la valoración probatoria del sistema penal acusatorio mexicano, que eventualmente será ponderado para decidir si ha satisfecho el estándar probatorio exigido para acreditar esa hipótesis, de lo cual nos ocuparemos más adelante.

C. La motivación como resultado de la valoración libre y lógica

La motivación de las determinaciones judiciales es un derecho fundamental que nació con los sistemas democráticos, lo cual se logró luego de siglos de lucha contra los estados monárquicos y absolutistas, donde el ejercicio de motivación simplemente no existía y los actos de autoridad no tenían que ser justificados ante los gobernados,

⁷⁹ Gascón Abellán, Marina, *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 58.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

porque provenían, precisamente, de una autoridad que no tenía que rendir cuentas a algún ente público superior y mucho menos al pueblo.

En efecto, por ejemplo, en Roma, las determinaciones corrían a cargo de la nobleza, con los pontífices y los patricios, por lo que no se consideraba necesario justificar las razones de los actos de autoridad, ya que el hecho de que hubieran sido emitidos por un juez, con ostensible prestigio social, era suficiente para que tuvieran plena validez. Posteriormente, en las Leyes de Partidas, se estableció la necesidad de indicar los criterios de orientación de autoridad.

Por su parte, en los sistemas inquisitivos no era necesario motivar las sentencias, pues con el solo hecho de que el acusado confesara haber cometido el suceso punible, suponía que el juicio y la determinación final ya sólo constituyeran un mero trámite.

Fue en la Revolución Francesa que se consolidó la obligación de motivar las determinaciones judiciales, ante la llamada desconfianza en los jueces y, por ende, si éstos emitían una resolución, debían explicar las razones de su fallo, ya no sólo como derecho del gobernado, sino como obligación del Estado.

Así, en palabras de Javier Maturana, “fue en la Francia revolucionaria que se logró el pleno reconocimiento el principio de obligatoriedad de la motivación, con el artículo 15 del título V de la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial, donde se prescribe que toda sentencia civil o penal, debe contener los motivos de su decisión... Este principio sería posteriormente recogido en los códigos napoleónicos y la omisión de motivación sería sancionada con la nulidad”.⁸²

Esta revolución ideológica de motivar las determinaciones y establecer un límite para las arbitrariedades judiciales se consolidó en los países europeos, los cuales la adoptaron porque notaron que representaba una evidente certidumbre jurídica, tan es así, que subyace hasta nuestros días. En la actualidad —salvo el sistema anglosajón que se rige bajo la íntima convicción—, los sistemas procesales del mundo han acogido la obligación del Estado de motivar las sentencias judiciales y además lo han consolidado como derecho fundamental del gobernado.

A partir de lo anterior, surgió una constitucionalización de tal obligación estatal, lo que incluso se reflejó en instrumentos de índole internacional, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo numeral 45 establece expresamente que las sentencias de los Estados miembros deberán ser motivadas,⁸³ así como la Convención

⁸² Maturana Baeza, Javier, *op. cit.*, nota 66, p. 311.

⁸³ Artículo 45 Motivación de las sentencias y de las decisiones.

1. Las sentencias, así como las decisiones que declaren las demandas admisibles o inadmisibles, serán motivadas.

2. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez tendrá derecho a unir a ella su opinión separada.

Americana sobre Derechos Humanos, ya que el precepto 66 contempla que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deberán seguir esa precitada regla.

En México, este derecho fundamental lo encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde su creación el 5 de febrero de 1917, específicamente en su artículo 16; dicho texto original establecía:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En casi 100 años que tiene de vida la Ley Fundamental, el párrafo de dicho numeral no ha sufrido especial modificación, ya que sólo se ha reformado la conjunción copulativa *y*, por la disyuntiva *o*, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993, para dejar en claro que para que exista un acto de autoridad que involucre la molestia de los derechos del gobernado, no es necesario que se actualicen todas las precitadas hipótesis, sino que es suficiente que se dé una o cualquiera de ellas; así, el precepto quedó de la siguiente manera (y que prevalece en la actualidad):

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento

Ahora bien, para efectos de este trabajo nos vamos a centrar en la manera en que el precitado derecho fundamental de motivar de las determinaciones judiciales impacta en el sistema penal acusatorio, para lo cual se hace necesario compararlo con su antecesor, el sistema tradicional mixto.

En el sistema anterior, de corte mixto, existían pruebas de valoración libre y también tasadas —el valor de estas últimas era establecido por el legislador desde el mismo momento en que creó la ley—; tal era el caso de los documentos públicos, las inspecciones y el resultado de los cateos que merecían un valor probatorio pleno. De esa manera, el juzgador no tenía qué hacer una especial valoración al respecto, sino primeramente verificar que se hubieran cumplido los requisitos que la ley exigía para esos medios de prueba; satisfecho lo anterior, el valor probatorio surgía como consecuencia directa, lo que evidentemente redundaba en la forma en que se motivaba la determinación, porque bastaba aseverar que esas pruebas habían sido perfeccionadas en términos de ley y merecían valor probatorio pleno, tal cual lo establecía la ley.

En el extremo opuesto, como se ha indicado, en el sistema penal acusatorio, la valoración de la prueba es libre y lógica, por lo que el alcance demostrativo inicialmente dado por el legislador en el sistema mixto desaparece y, ante ello, el juez debe asumir esta tarea y motivar, mediante las reglas de la sana crítica, el contexto probatorio otorgado.

En mérito de lo anterior, surge entonces la consecuente interrogante, consistente en ¿de qué manera motivar? De conformidad con Javier Maturana, existen dos métodos de estilo al respecto: el analítico o atomista y el holístico o global.⁸⁴

El método analítico o atomista se basa en aducir que la decisión sobre el caso planteado se obtiene mediante el análisis pormenorizado de cada elemento de prueba que ha sido apreciado por el juzgador, así como de su respectivo valor asignado y de la cadena de inferencias que se fundan sobre cada una de ellas y conducen a la decisión final.

Por su parte, el método holístico o global trata de explicar que la decisión final sobre los hechos se obtiene mediante una exposición global y conjunta de las pruebas, conformando un relato, una historia que narra los hechos en su secuencia temporal, esto es, asemejando lo que es una novela.⁸⁵

El problema que surge con el método holístico es que no se preocupa por cumplir la finalidad misma de la prueba, que en el caso del sistema penal acusatorio es generar convicción del esclarecimiento de los hechos, lo cual se logra a través del ejercicio valorativo individual y a través de su conjunto y que eventualmente lleva al órgano jurisdiccional a inferir lo acontecido, a partir de datos objetivos que obtuvo de la prueba. Sin embargo, en el método holístico se tiende a demostrar la congruencia de un relato, lo cual logra a través de aspectos conductuales, fisiológicos y verbales o de contenido que narren primordialmente los testigos participantes.

Así, en este método global el juzgador establece una verdad que va a relatar como justificación y lo hará a partir de las historias que le fueron contadas por las partes intervinientes en el proceso, sin que haya lugar de manera preponderante a una justificación objetivamente motivada; en consecuencia, el juez va a dar preferencia a un discurso congruente y creíble sobre aquél que ha sido adquirido a partir de la actividad probatoria.

Un ejemplo de motivación holística sería:

Es más creíble la versión de la defensa que la del Ministerio Público, porque resulta más congruente que el acusado no privara de la vida a

⁸⁴ Maturana Baeza, Javier, *op. cit.*, nota 66, p. 331.

⁸⁵ *Idem.*

su esposa y si en cambio lo hiciera otra persona no identificada hasta el momento, ya que, como lo han narrado todos los testigos de descargo, el acusado la amaba y era incapaz de cometer un evento de tal magnitud, porque siempre estaban juntos y se cuidaban mutuamente, como se advierte incluso del estado de ánimo visiblemente afectado del acusado ante este tribunal, quien además pidió insistentemente que se hiciera justicia para encontrar al homicida de su esposa; asimismo, no es lógico que dicho acusado cometiera el evento delictivo, porque a la hora en que esto aconteció, éste se encontraba en su trabajo, haciendo una presentación ante diversas personas, como usualmente lo hace a esa hora y, de igual modo, terminando esa actividad laboral, llamó a su cónyuge hoy fallecida, quien ya no contestó el teléfono y por ello el acusado decidió llamar a la policía preocupado por lo que pudiera pasar en su casa, ya que su esposa nunca salía de ella. De todo lo anterior el fiscal no se hizo cargo, porque sólo se limitó a presentar pruebas tendentes a demostrar que la pistola homicida era propiedad del acusado, la cual estaba el día de los hechos en un cajón con llave, que sólo tenía el propio acusado, que se encontraron en la mano derecha de éste residuos de carbón, azufre y nitrato de potasio, que existía líquido hemático de la víctima en la ropa del justiciable y que el mismo acusado presentaba hematomas característicos de una contienda física, tal como los presentó la víctima, pero no demostró el móvil que hubiera tenido el justiciable para matar a su esposa, a quien se demostró que amaba profundamente.

Como se puede advertir, el estilo de motivación anterior no está basado en la actividad probatoria obtenida en el juicio, sino en la intuición del juzgador, tomado de la generalidad apreciada en los relatos de las partes, sin reparar en un ejercicio del alcance probatorio individual y concatenado en su conjunto; por ello, la valoración holística no es el camino idóneo para una motivación objetiva y razonable de una determinación judicial, ya que en esencia no se está motivando la decisión, sino expresándose un relato.

En otro contexto, el método analítico o atomista propone un examen individual de cada medio de prueba, el cual a su vez será sometido a una evaluación conjunta, que permitirá al juzgador confrontar valorativamente por qué se falla en tal o cual sentido.

De esa manera, el método atomista permitirá valorar por separado cada prueba y también en su conjunto, lo que conllevará a descartar y reconocer los medios de convicción que apoyen cada teoría del caso o la pongan en tela de juicio.

Jordi Ferrer ha establecido dos aspectos en la valoración probatoria. El primero de ellos consiste en que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual,

esto es, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio; el segundo de ellos consiste en que la valoración de la prueba es libre, sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración; empero, la operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos aportan a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y la racionalidad.⁸⁶

De esa manera, la actividad de juzgar, entonces, tiene que estar basada en un estudio individualizado de las pruebas y contextualizarlo con las demás existentes, ya que así será más viable analizar el apoyo empírico que proporciona la actividad probatoria, a fin de darle un determinado valor, una vez que se han incorporado o excluido todos los elementos de juicio que tengan que tener esa misma consecuencia.

Lo que se busca en sí al analizar los medios de prueba en su alcance demostrativo individual y en su contexto es que este ejercicio valorativo de la prueba sea lo más objetivo posible y tenga bases explicables, que es donde se tiene que recargar preponderantemente la conclusión judicial probatoria, tratando en la medida posible de abandonar criterios subjetivos o basados en la intuición, la cual sólo retoma aspectos de índole emocional o sentimental, sustentados en las propias creencias del juzgador o en su personal óptica de apreciar la realidad que le es sometida a análisis; por ello, si bien en la conclusión probatoria habrá un dejo de subjetividad que los elementos objetivos no alcancen a demostrar, una decisión judicial basada en la objetividad, explicación y racionalidad, permitirá vislumbrar una determinación lo más próxima al papel social que le es encargado al órgano jurisdiccional.

En resumen, atendiendo a los lineamientos valorativos que se han expuesto en este apartado, pudiéramos establecer conclusiones que emergen en la motivación de la prueba que debe ser valorada en forma libre y lógica, según el contexto del sistema penal acusatorio mexicano y que *grosso modo* pudieran ser los siguientes:

- La prueba en el sistema penal acusatorio debe valorarse inicialmente en forma libre; esto es, sin reglas tasadas de valoración que se contemplen en el ámbito de la ley.
- No obstante lo anterior, esa libertad no es absoluta, pues de lo contrario el proceso descansaría en un sistema de íntima convicción. Así, dado que el constituyente, al estatuir el proceso penal nacional expresó que sus bases fueran tomadas de los sistemas de sana crítica, se aplicarán en consecuencia los criterios racionales de aquella en la conclusión judicial probatoria.

⁸⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Argentina, Marcial Pons, 2013, p. 26.

- De esa manera, el legislador creador del sistema penal acusatorio en forma deliberada contempló de manera expresa un límite ante una posible libertad probatoria arbitraria y para efecto de no crear un sistema de convicción íntima, estableció que la valoración además de libre debe ser lógica.
- Así, al preceptuar esta última regla dio margen a los criterios orientadores de la sana crítica, que son la propia lógica, en su aspecto dialéctico —y no formal—, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, que servirán de guía al juez, a fin de que sus determinaciones tengan bases racionales.
- Por ello, ni la valoración probatoria y mucho menos el fallo deben revestir un contenido emocional, sentimental o moral, como sucede en aquel sistema anglosajón, sino que aquella actividad debe ser objetiva y racional.
- Esa conclusión racional no debe corresponder a persona alguna, que no sea el juez, ya que si bien las partes podrán realizar ese ejercicio mental, corresponderá al órgano jurisdiccional emitir el criterio conclusivo que vinculará a los sujetos procesales.
- Así, contrario al sistema de íntima convicción, el juzgador sí deberá explicar al justiciable los motivos que lo determinaron a resolver en el sentido en que lo hizo; por esa razón, la lógica establecida como regla de valoración de la prueba por el legislador dará a su vez lugar a la motivación de las determinaciones judiciales, la cual no debe ser holística, sino analítica, basada en la ponderación de cada prueba en su individualidad y además en su contexto.
- Por ello, a través de esa operación analítica el órgano jurisdiccional aplicará las reglas de la razón, la experiencia y la ciencia a los resultados obtenidos de la actividad probatoria, para después analizarlos en su conjunto y llegar a un juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios.
- Una vez que el juzgador ha aceptado la verdad sometida por las partes a través del ejercicio de valoración de las pruebas se debe aplicar dicho ejercicio al estándar de prueba establecido, lo cual dependerá de la naturaleza, etapa y finalidad procesal en que los sujetos procesales se encuentren; por tanto, el ejercicio valorativo recaerá finalmente en la sumisión al estándar probatorio exigido para comprobar la hipótesis planteada.

De esa manera, se ha explicado, al menos de manera próxima, en qué consiste la valoración probatoria y el camino a seguir en el ejercicio de motivación; sin embargo, esta dualidad en la actividad judicial no quedaría suficientemente abordada si no se aterrizaran esos conceptos en criterios que indiquen en qué momento el juzgador llega a la convicción del hecho que pretenden probar las partes; dicho de otro modo, la fina-

lidad de la actividad probatoria tiene diversos alcances y exigencias, que son directamente proporcionales al grado de convencimiento exigido para determinado momento procesal. Es en este terreno donde encuentran cabida los estándares probatorios, que no son más que la justificación para aceptar la verdad de alguna hipótesis planteada, teniendo en cuenta que esto acontecerá cuando el grado de probabilidad alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente.⁸⁷ A continuación analizaremos esos criterios de justificación que se exigen en el sistema penal acusatorio mexicano.

2. Estándares de prueba en el sistema penal acusatorio

Cuando hablamos del estándar probatorio en el sistema penal acusatorio necesariamente tenemos que hablar no de uno solo, sino de diversos estándares de prueba, ya que el proceso penal establece cargas de prueba distintas en cada una de sus fases, lo que quiere decir que las partes, dependiendo del momento en que se encuentren, deberán satisfacer en mayor o menor grado las hipótesis que sometan al análisis del órgano jurisdiccional, circunstancia que deberá ser conocida ampliamente por tales sujetos procesales, derivado de la expresión que de esos estándares probatorios se contemplen en la ley.

Ya se ha mencionado, siguiendo a Gascón Abellán, que el ejercicio de valoración en sentido estricto consiste en medir la probabilidad de una hipótesis; por su parte, el ejercicio de decisión no es más que aplicar el resultado de esa valoración al estándar de prueba establecido; de esa manera, los estándares de prueba constituyen los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho.⁸⁸

En mérito de lo anterior, al constituir el estándar de la prueba en el sistema penal acusatorio más bien una pluralidad de estándares probatorios, necesariamente estaríamos hablando de disimilitud entre ellos, esto es, de una diferenciación exigida en cada contexto en particular, de donde surge la interrogante de ¿en qué consiste esa diferenciación?; la respuesta a este cuestionamiento la encontramos en el grado de exigencia de comprobación de la hipótesis planteada para caso en concreto.

En efecto, ya se ha mencionado que los estándares probatorios deben ser una circunstancia conocida ampliamente por los sujetos procesales que probarán sus hipótesis o teorías del caso; sin embargo, no existe base normativa que obligue al órgano jurisdiccional a transmitir, sea en audiencia o por cualquier medio a las partes el alcance demostrativo que deberán reunir para que logren sus pretensiones procesales;

⁸⁷ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁸ *Idem.*

por ello, la solución la encontramos en la propia ley y en la interpretación armónica del sistema penal acusatorio.

Así es, desde la ley fundamental hasta el propio Código Nacional de Procedimientos Penales nos establecen los estándares probatorios que deben reunir las hipótesis de las partes planteadas a partir de la actividad probatoria, lo cual guarda correspondencia con el grado de exigibilidad de la determinación judicial a obtener. En esas condiciones existen estándares probatorios menos rígidos, otros más o menos exigentes; disímiles más altos y otros tan exigentes, que pueden tornarse inalcanzables para las partes.

Es en ese devenir que encontraremos grados de exigencia menores basados en posibilidades o probabilidades; grados de exigencia de exigencia más alta, cuya tendencia será ir a un nivel más alto que una simple probabilidad; estándares probatorios más elevados que ameriten despejar toda duda razonable de que así ocurrió el hecho y grados probatorios tan altos, que en muchas de las ocasiones son inalcanzables, como la verdad material de lo acontecido.

En un trabajo colectivo publicado por este Instituto de la Judicatura Federal, en el cual tuve la oportunidad de participar, el destacado Juez de Distrito Christian Omar González Segovia hizo un breve pero importante análisis de los estándares probatorios en el proceso penal acusatorio, a través del cual confirió un estándar probatorio mínimo para las presunciones; un estándar probatorio indiciario para el auto de vinculación a proceso y la prisión preventiva oficiosa, así como para los actos de investigación que requieren control judicial; un estándar probatorio altamente probable para la medida cautelar de prisión preventiva; un estándar probatorio más allá de toda duda razonable para la verdad formal, aterrizada en culpabilidad en la sentencia y el punto máximo, que es la verdad histórica.

Sea cual fuera la forma en que se califican los estándares probatorios en el sistema penal acusatorio, lo importante es distinguirlos a partir de las exigencias que señala la ley, porque será a partir de esta graduación que se tendrá por aceptada la verdad hipotética planteada por los sujetos procesales y sustentada con la actividad probatoria, con la cual se va a medir la probabilidad exigida para determinada decisión judicial.

En ese contexto, tenemos, por ejemplo, el párrafo tercero del artículo 16 y el diverso 19, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales establecen como estándar probatorio para el libramiento de una orden de aprehensión y el dictado de un auto de vinculación a proceso, respectivamente, dos tipos de estándares; el primero de ellos implica la exigencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que señala la ley como delito; esto es, se deberá dejar demostrado que se ha cometido un hecho punible, lo que se traduce que en este contexto el estándar exigido para aceptar la existencia de un delito va más allá de una simple probabilidad y, por tanto, el juzgador debe ser más exigente en que las partes

demuestren este aspecto. En contrapartida, cuando nos centramos en la intervención de la persona, el estándar probatorio es menor, ya que de manera expresa, tanto los numerales invocados de la Constitución como los artículos 141 y 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen que sólo debe existir la probabilidad de que el imputado cometió ese suceso delictivo o participó en él; de lo que se advierte que tenemos dos tipos de estándares probatorios dentro de una misma determinación, el primero, más alto, relativo a la demostración de un delito y el segundo, más bajo, tendente a acreditar la intervención de la persona en ese evento.

Lo anterior es sólo un ejemplo de la diversidad de los estándares probatorios que subyacen en el proceso penal acusatorio, de los cuales me haré cargo de ahora en adelante en este trabajo. Sin embargo, como se ha expuesto, al margen de la *calificación o nome*, que se le otorgue a esos parámetros de exigencia de la prueba, lo importante es referenciarlos y distinguirlos, para así poder ser más explícitos en sus alcances.

De esa manera, para efectos meramente ilustrativos, las referencias que haré respecto a los estándares probatorios exigidos para las distintas fases y determinaciones judiciales del sistema penal acusatorio las identificaré numéricamente en la escala del 0 al 10, donde 0 será el nivel mínimo de exigencia probatoria, como serían las conjeturas y las determinaciones judiciales irracionales, y el 10 constituye la verdad material e histórica de lo acontecido; todo ello, con la finalidad de hacer notar la graduación de la exigencia que es necesaria satisfacer por las partes para demostrar sus respectivas hipótesis.

Desde luego, quiero dejar en claro que, como lo indiqué anteriormente, el modelo de valoración de la prueba en este proceso penal es el inductivo y no el matemático, este último que se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa o matemática, sino que, por el contrario, la partida de las conclusiones numerarias será a partir de inducciones lógicas propias de nuestro sistema; por ello, los índices numéricos serán sólo instrumentos para precisar las prevalencias de las disímiles exigencias que subyacen en dichos estándares probatorios.

Asimismo, también se hará referencia a las principales determinaciones existentes en el sistema penal acusatorio, ya que sería especialmente complicado atender todas ellas en este trabajo.

A. Estándar probatorio requerido en la ratificación judicial de las medidas de protección ministeriales en favor de la víctima u ofendido

El numeral 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece diversas medidas que emitirá el Ministerio Público, cuando advierta que el imputado representa un riesgo inminente contra la seguridad de la víctima u ofendido. Tales medidas van desde la prohibición al justiciable de acercarse al sujeto pasivo, hasta el reingreso de la víctima a su domicilio.

Asimismo, el propio numeral contempla que, en caso de que la institución ministerial decrete las medidas establecidas en las fracciones I, II y III de ese precepto, esto es, a) la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido; b) la limitación para asistir o acercarse al domicilio de aquéllos o al lugar donde se encuentren, y c) la separación inmediata del domicilio; dentro del término de cinco días posteriores a su decreto, deberá acudir ante el juez de control, quien podrá cancelarlas o bien ratificarlas o modificarlas mediante la imposición de las medidas cautelares correspondientes.

Pues bien, el control de estas tres medidas debe elevarse a sede judicial, por ser las que tienen el carácter más invasivo en el terreno de la relación imputado-víctima, en tanto evidentemente, todas ellas tienen la finalidad de separar físicamente al justiciable del sujeto pasivo.

En el entendido de que, en caso de ser modificadas por medidas cautelares constituirá una excepción a la regla temporal prevista en el artículo 154, fracción I, del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, que tales medidas cautelares sean dictadas una vez formulada la imputación, porque —claro está— muchas de las medidas de protección que son modificadas para ese efecto son dictadas cuando el procedimiento está a penas en la etapa de investigación inicial.

Ahora bien, la finalidad de estas determinaciones del Ministerio Público es precisamente proteger a la víctima u ofendido de alguna amenaza que pueda significar el imputado, lo cual ha tomado especial auge no sólo en el derecho interno mexicano, sino además en el ámbito internacional; por ejemplo, a través del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,⁸⁹ que esencialmente tutela derechos en favor de las víctimas, como son a) su participación en el procedimiento; b) su protección, y c) la reparación del daño. Es en el segundo rubro donde descansan estas medidas de protección ministeriales y, destacadamente, se plasman en el numeral 68 del referido estatuto, al establecer que para la protección de las víctimas se debe incluir:

La seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crí-

⁸⁹ Al cual se adhirió México el 28 de octubre de 2005.

menes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

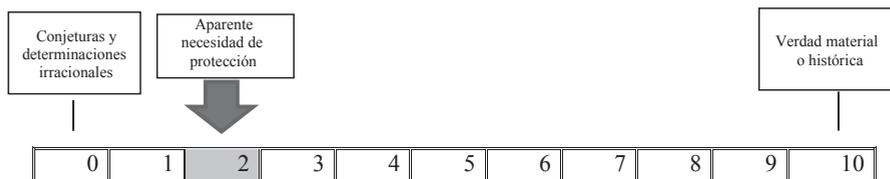
La esencia de estos lineamientos son reproducidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 20, apartado C, fracción IV, párrafo tercero, que establece: “El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación”.

Y finalmente, nuestro derecho interno le ha otorgado una especial relevancia a la protección de la víctima u ofendido, tan es así, que ese derecho humano es ampliamente desarrollado en la Ley General de Víctimas y en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, por citar normas generales de la materia.

De esa manera, es ostensible que la protección a las víctimas de delitos es un derecho humano de especial relevancia, el cual debe ser vigilado por el órgano jurisdiccional, por mandato constitucional. Así, el estándar probatorio no debe ser especialmente exigente para que dichas medidas sean ratificadas o modificadas mediante la imposición de medidas cautelares y, de hecho, tendrá que ser muy bajo, pues el ejercicio ponderativo entre los derechos de la víctima a ser protegida y el propio del imputado a acercarse a ella debe inclinarse de manera destacada en favor de la protección; por ello, el órgano jurisdiccional debe privilegiar una aparente necesidad de protección hacia la víctima, sobre la certeza del acercamiento del imputado a ella.

Pues bien, en cuanto a su ratificación o modificación (en beneficio de la víctima) la especificidad numérica en el ámbito del estándar probatorio, en mi opinión, considero que se graduaría en el punto 2; lo cual obedece a la propia naturaleza de la medida, que tiende a proteger no sólo a la persona genérica de la víctima, sino además se salvaguardará a entes ostensiblemente vulnerables, como son los menores de edad, la mujeres amenazadas, los adultos mayores, los integrantes de las comunidades indígenas y, en general, cualquier miembro de un grupo que pudiera mostrar vulnerabilidad y que, en consecuencia, el ejercicio del Estado debe traducirse en una acción positiva en favor de la protección de este tipo de personas.

a. *Estándar probatorio requerido en la ratificación o modificación (en beneficio de la víctima) judicial de las medidas de protección*

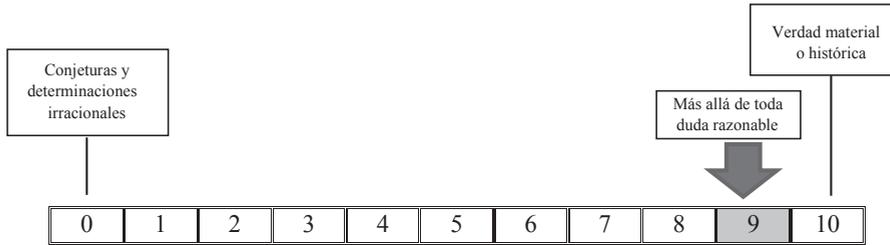


Fuente: elaboración propia.

No obstante, el propio artículo 137 del Código Nacional establece que dichas medidas pueden ser canceladas, lo cual constituye la antítesis de su ratificación, pues sustancialmente se dejarían sin efectos las medidas de protección decretadas por el Ministerio Público y, como consecuencia directa, se dejaría sin protección a la víctima u ofendido. Ese aspecto antagónico a la salvaguardar del sujeto pasivo debe estandarizarse en un nivel probatorio muy alto, ya que no sólo está en juego la propia seguridad e integridad del sujeto pasivo, sino que además existe la posibilidad de que, atendiendo a ciertas determinaciones ministeriales, en lo futuro pudiera coartarse el derecho de la víctima u ofendido a volver a ser solicitar tales medidas (por ejemplo, por sobrevenir el archivo temporal del asunto, el no ejercicio de acción penal, entre otros).

De esa manera, desde mi óptica, en caso de que el órgano jurisdiccional cancele esas medidas de protección por no evidenciarse su necesidad, elevaría esa graduación probatoria a casi el punto máximo de la escala puntualizada, esto es, que se estandarice más allá de toda duda razonable, ya que el juez de control no debe tener el atisbo de duda alguna de que la víctima ya no necesita la protección inicialmente otorgada; especialmente, porque puede darse el caso de que, atendiendo a un posible sometimiento psicológico del pasivo, derivado de la amenaza o intimidación del imputado, el pasivo no tenga la capacidad de sostener ante la institución ministerial o el órgano jurisdiccional, que es víctima de tales o cuales amenazas o que se prefiera actuar en forma sumisa ante el justiciable, con tal de no ver mermada su integridad. De esa manera, el juzgador debe ser muy cauteloso y exigir un rango alto de actividad probatoria al respecto, que no le deje lugar a dudas de que el pasivo puede desarrollar su vida normal sin necesidad de protección.

b. *Estándar probatorio requerido en la cancelación de las medidas de protección*



Fuente: elaboración propia.

B. *Estándar probatorio requerido en la imposición de providencias precautorias*

Si nos basamos en el derecho civil, por regla general las providencias precautorias son actos prejudiciales que permiten asegurar el cumplimiento de una obligación que se exigirá a deudor.

La esencia de esta figura es rescatada en el numeral 138 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto establece que las providencias precautorias son actos tendentes a garantizar la reparación del daño, las cuales pueden ser solicitadas por los entes legitimados, esto es, la víctima u ofendido y el Ministerio Público.

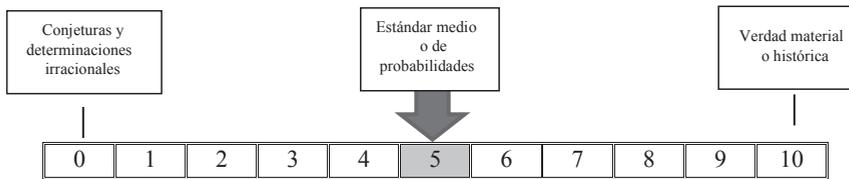
De conformidad con ese numeral, las providencias precautorias que se contemplan en forma limitativa en el sistema penal acusatorio, son a) el embargo de bienes y b) la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

En este caso, es la propia ley la que fija el estándar probatorio requerido para su concesión, ya que el párrafo segundo de ese numeral 138 establece que para que sean decretadas deben existir datos de prueba expuestos por el Ministerio Público y la víctima u ofendido, de los que se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo. Esto es, la graduación probatoria de estas medidas precautorias entra al terreno de las probabilidades, al establecer de manera clara y precisa que sólo deberá acreditarse la posibilidad de la imposición, en lo futuro, de la reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será el responsable de pagarlo.

De esa manera, ya que el estándar probatorio de las providencias precautorias es propio del terreno de las probabilidades, se fijaría en el punto medio, esto es, en el grado 5, porque no es necesario que los datos de prueba sean tan básicos, que acrediten solamente una aparente y lejana posibilidad de reparación del daño, así como de

responsabilidad del imputado para sufragarla, pero tampoco se establece la exigencia hipotética de demostrar una posibilidad muy alta al respecto o que no exista duda alguna de la existencia de una eventual reparación del daño y obligación del justiciable para cubrirla.

Estándar probatorio en la imposición de providencias precautorias



Fuente: elaboración propia.

Lo anterior, en el entendido de que, aunque el numeral 138 establece que dichas providencias podrán revisarse, modificarse, sustituirse o cancelarse, a petición del imputado o de terceros interesados, siempre y cuando se escuche a la víctima u ofendido y al Ministerio Público, el estándar probatorio sería el mismo exigido que para su concesión, ya que no existe una especial prevalencia procesal entre su modificación y su otorgamiento, sino que en ambos casos se sigue el mismo camino del ejercicio de contradicción de las partes, basadas en los datos de prueba existentes en la carpeta de investigación.

C. Estándar probatorio requerido en los actos de investigación que requieren autorización judicial

El artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales regula los actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control e involucra dos grandes categorías de ellos, los primeros investidos de todos aquellos actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución y, los segundos, que son los siguientes:

- I. La exhumación de cadáveres;
- II. Las órdenes de cateo;
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;

- V. El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada, y
- VI. Las demás que señalen las leyes aplicables.

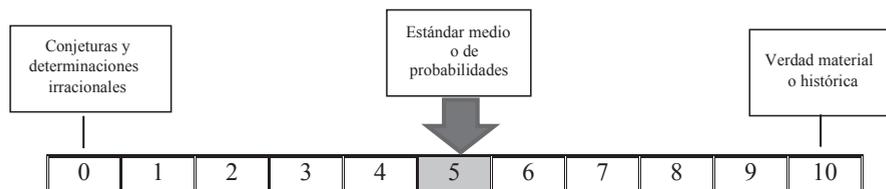
Con relación a estos actos de investigación la ley es omisa (en forma expresa) para establecer los parámetros probatorios que deberán exigirse para el libramiento judicial de aquéllos; sin embargo, es importante mencionar que al margen de que todos ellos se encuentren dentro de un mismo catálogo normativo, su graduación probatoria es la misma, ya que guardan correspondencia entre sí, en virtud de que:

- Son actos que restringen sólo temporalmente derechos fundamentales, ya que tienen el carácter de ser provisionales o preventivos.
- Todos tienen una finalidad de investigación, por lo que una vez satisfecha su utilidad dejarán de tener vigencia como acto de molestia contra el gobernado.
- Al tener una finalidad indagatoria, no deben reunir una exigencia probatoria especialmente alta, porque de lo contrario el acto de investigación no tendría razón de ser.

En esas condiciones, dado que tales actos tienden a comprobar hipótesis que la institución ministerial va desarrollando en su facultad constitucional de investigar delitos, no será viable fijar un estándar probatorio que vaya más allá de una mera posibilidad de demostración de la necesidad de dicho acto y tampoco será viable fijarlo por debajo de ese rango de probabilidad, so pena de constituir una orden judicial arbitraria o incluso, relajando más el contexto probatorio, pudiera resultar irracional.

Por ello, la graduación de la exigencia probatoria se ubica en el punto medio, donde se exigirá al Ministerio Público que acredite con datos de prueba la existencia de una razón fundada para realizar el acto, esto es, que justifique su utilidad y la relación de ese actuar con un hecho punible, presupuesto para librar el acto de molestia; asimismo, será necesario que revele, a través de la actividad probatoria, que existe —al menos— la posibilidad de que la información que pretende recopilar guarda correspondencia con ese derecho fundamental que será transitoriamente restringido; dicho en otras palabras, se exigirá al fiscal que demuestre con probabilidades la relación objeto-acto de investigación, para que pueda librarse la orden respectiva, la cual tendrá que emitirse de manera fundada y motivada.

Estándar probatorio en los actos de investigación que requieren autorización judicial



Fuente: elaboración propia.

D. Estándar probatorio requerido en el libramiento de una orden de aprehensión (por cautela)

La graduación del grado de exigencia probatoria para acreditar la hipótesis ministerial, a fin de que proceda una orden de aprehensión puede ser debatible; sobre todo si se toma en cuenta que en el sistema tradicional, el rango probatorio exigido para el libramiento de una orden de aprehensión era prácticamente el mismo que se exigía para el dictado de un auto de formal prisión.

No obstante, amparado bajo el sustento de que el derecho es opinable y que la óptica de cada persona es respetable, es que sostengo que el estándar probatorio en la orden de aprehensión no puede ser del mismo rango que el que se exige para el auto de vinculación a proceso; ello a pesar de que el artículo 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que para el libramiento de una orden de aprehensión (por necesidad de cautela) se exigirán prácticamente los mismos requisitos que para el dictado de un auto de vinculación a proceso, es decir, será necesario que la fiscalía anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión.

Pues bien, es aquí donde empieza el ejercicio ponderativo entre ambos actos, a fin de determinar cuál restringe de mayor manera derechos fundamentales: si la orden de aprehensión, de carácter meramente transitorio, o el auto de vinculación a proceso, de tracto sucesivo.

La solución en este ejercicio de ponderación nos la da la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, primero, al establecer en tesis jurisprudencial que la orden de aprehensión es un acto que directamente restringe la libertad de la persona, mientras que el auto de vinculación a proceso es un acto que indirectamente afecta la libertad, pero que no la priva en sí misma y directamente de su libertad personal, sino que la obliga a comparecer en los plazos establecidos en la ley.

Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la regla genérica de una persona sometida a un proceso penal acusatorio es la libertad, habida cuenta de que la prisión preventiva será excepcional.

En el mismo sentido, el numeral 141 del Código Nacional citado, establece diversos tipos de órdenes de aprehensión, a saber: por contumacia, por sustracción de la acción de la justicia, por culminar un procedimiento de extradición o por incumplimiento de una medida cautelar; en el entendido de que los anteriores supuestos se tratan de órdenes de aprehensión de índole procesal, por lo que tienen sustento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, para una correcta administración de justicia y su naturaleza se basa en la finalidad de continuar el proceso penal.

En cambio, cuando se trata de una orden de aprehensión por necesidad de cautela, la cual se rige por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sí es necesario que el órgano público de procuración de justicia exprese los datos con los que cuenta en la fase de investigación inicial, para que puedan ser ponderados por el órgano jurisdiccional, ya que la regla general de la conducción a proceso del imputado es la citación.

Como se puede advertir, el sistema penal acusatorio está diseñado para que sólo en casos excepcionales proceda una orden de aprehensión, esto es, la privación de la libertad de la persona, por lo que el libramiento de ella obedecerá a aspectos casuísticos que permitan advertir que no existe otro medio más eficiente de conducir a la persona a proceso; circunstancia ostensiblemente diversa a la que exigía el sistema tradicional, donde la orden de aprehensión era la manera más usual de llevar al justiciable a proceso y, ante ello, se equiparaba en su estándar al auto de formal prisión.

De esa manera, a pesar de que los requisitos de fondo para el libramiento de una orden de aprehensión sean similares a los exigidos para el dictado de un auto de vinculación a proceso, el estándar probatorio tendrá que ser diferente, inclinando la balanza en favor de la orden de captura, porque esta última es un acto que restringe directamente la libertad —eje rector del sistema penal acusatorio—, mientras que el auto de vinculación a proceso sólo la afecta indirectamente, pero no impide que el gobernado pueda deambular de manera libre, lo que sí reprime la orden de aprehensión, aunque sea transitoriamente, ya que la persona será sometida a una privación directa de su libertad, en la que incluso podrá emplearse la fuerza pública para lograrlo, so pena de incurrir en otro tipo de responsabilidad en caso de resistirse al acto legítimo de la autoridad.

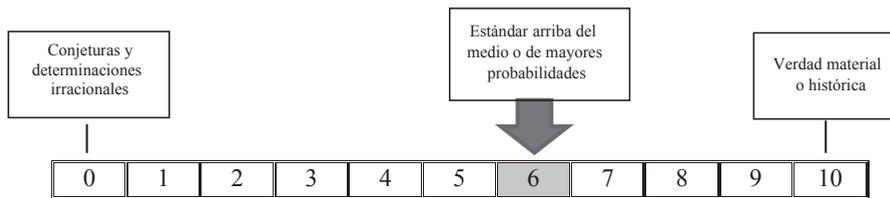
Lo anterior, en el entendido de que el grado de exigencia probatoria será más alto en el libramiento de la orden de aprehensión, porque existen otros medios para conducir a la persona al proceso, esto es, la citación y la orden de comparecencia; por ello, si la institución ministerial considera que el justiciable debe ser conducido de una mane-

ra tan restrictiva ante el juez (ya que además es altamente probable que el gobernado ingrese a un centro de reclusión, en tanto espera ser llevado a la sala de audiencias), la fiscalía deberá exponer de manera fundada y motivada, por qué considera que debe operar el régimen de excepción de la libertad en ese caso concreto y no citar o hacer comparecer a la persona por los medios legales usuales.

Así también, no debe prevalecer la apariencia de que, por ser la orden de aprehensión una determinación previa al auto de vinculación a proceso, no es lógico que se exija un estándar probatorio mayor a la orden de captura que al auto que vincula a proceso al gobernado. Lo anterior así se afirma, ya que la temporalidad procesal no guarda relación alguna con la exigencia probatoria, pues de ser así se exigiría un estándar probatorio menor a la medida cautelar de prisión preventiva, ya que dependiendo del contexto puede dictarse previamente al auto de vinculación a proceso.

En las relatadas condiciones, al hacer un ejercicio ponderativo entre los derechos fundamentales que son restringidos en el auto de vinculación a proceso y la orden de aprehensión, en los términos que se han expuesto, considero que el grado numérico que se otorga a la orden de captura se ubicará un punto arriba del exigido para aquel acto de vinculación a proceso, para quedar así:

Estándar probatorio en el libramiento de la orden de aprehensión (por cautela)



Fuente: elaboración propia.

E. Estándar probatorio requerido en el control de detención

Si bien en la operatividad del sistema penal acusatorio en algunas entidades federativas (que, debo decir, constituyen la minoría) los juzgadores, por practicidad, optan por conducir a la fiscalía para que en el control de detención narren todos los datos de prueba que consten en la carpeta de investigación y, en el momento de solicitar vinculación a proceso solamente los tengan por reproducidos, la naturaleza del control de detención no consiste en narrar todos los datos con los que se cuente en la carpeta, sino solamente aquellos relacionados estrictamente con la detención de la persona.

Así, dado que el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que el juez de control verificará que esté apegado a la legalidad el plazo constitucional de retención ministerial, así como satisfechos los requisitos de proce-

dibilidad (en el entendido de que se hará cargo también de examinar la inmediatez en la puesta a disposición ante el Ministerio Público y que no exista vulneración a la dignidad del detenido en el camino de ese acto privativo de libertad), los datos de prueba que serán materia de análisis del órgano jurisdiccional sólo serán los relacionados con esos tópicos.

De esa manera, será irrelevante que el Ministerio Público exprese al juez que cuenta con, por citar un ejemplo, un informe pericial en materia de balística en el que se concluya que el arma que portaba el imputado era de tal o cual clasificación en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, porque por el solo hecho de que sea un arma de fuego, ya se configura la legitimación policial para detener a una persona que porta tal objeto bélico sin mostrar en ese momento el permiso correspondiente o que no demuestra que pertenece a las instituciones armadas.

En ese entendido, los datos de prueba tendentes a demostrar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que el imputado lo cometió o participó en su comisión, constituyen el análisis de fondo del asunto, propio de la diligencia de vinculación a proceso, donde sí se narrarán todos los datos que prueba con los que se cuente para ese momento.

Expresado lo anterior, entonces, por regla general (desde luego, con sus constantes excepciones) la fiscalía narrará sólo lo expuesto por los agentes que detuvieron al imputado, tanto en la entrevista que sostuvo con ellos, como lo propio asentado en el parte policial (que en la práctica de la materia federal, lo intitulan informe policial homologado), donde además se comunicarán las circunstancias de detención, los ámbitos temporales acontecidos en torno a ello, los objetos asegurados y los eventos acaecidos hasta ser conducidos ante el Ministerio Público.

Desde luego, no se inadvierte que de conformidad con el párrafo primero del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el imputado tiene el derecho de ofrecer medios de prueba desde el propio momento en que es presentado ante el órgano jurisdiccional, esto es, en el propio acto de análisis de la detención; empero, de conformidad con lo establecido, tales datos de prueba serán admitidos únicamente en el caso de que se ciñan a demostrar actos relativos al control de la detención y no al análisis de fondo del asunto.

Siguiendo esos lineamientos, el estándar probatorio que se exigiría para el control de detención se graduaría por debajo del auto de vinculación a proceso y, desde luego, de la orden de aprehensión por necesidad de cautela. Con respecto a esta última, tendrá esa connotación aunque la calificación de la legalidad de la detención es un acto que restringe directamente la libertad personal del justiciable, como también lo hace la orden de captura; sin embargo, los contextos son disimiles, con base en lo siguiente.

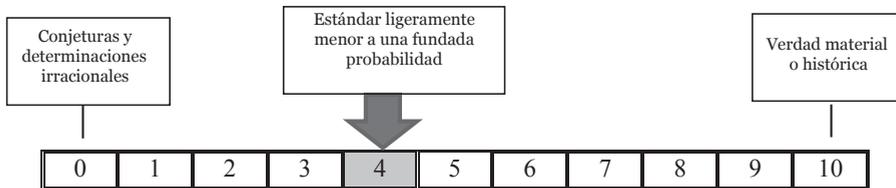
- Para librar la orden de aprehensión el Ministerio Público deberá expresar, de manera fundada y motivada, datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; actividad probatoria que, desde luego, abarcará la totalidad de los datos con los que hasta ese momento se cuente y no sólo los relativos a la detención del justiciable.
- Asimismo, la orden de captura, como se ha indicado, tendrá la finalidad de que la persona sea aprehendida en el lugar donde se encuentre, bajo el ejercicio de la fuerza pública que sea necesaria para lograr tal cometido y además, en la mayoría de los casos, la persona ingresará a un centro de reclusión.
- En la orden de aprehensión no será necesario calificar si la detención estuvo o no apegada a la legalidad, ya que por imperativo del artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, una vez aprehendida a la persona y conducida ante el juez de control, se dará uso de la voz a la fiscalía, para la formulación de la imputación, tal como se advierte del numeral en comento:

Artículo 311. Una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, el lugar y el modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley.

- Por ello, la orden de aprehensión constituye, en sí misma, un acto privativo de libertad que perdurará hasta que se resuelva si la persona será o no sometida a prisión preventiva, de lo que se concluye que la orden de aprehensión lleva implícito un control de detención para fines de la audiencia inicial.
- Por su parte, en la calificación de la legalidad de la detención, el acto privativo es efímero, ya que sólo tiene vigencia durante la audiencia inicial, en tanto se resolverá si el imputado será o no sujeto a prisión preventiva.

Por esas razones, si en el control de la detención el juez va a analizar la hipótesis ministerial relativa al plazo constitucional de retención ministerial, los requisitos de procedibilidad y, de ser el caso, la inmediatez en la puesta a disposición ante el Ministerio Público y que no exista vulneración a la dignidad o integridad del detenido, pero sólo basado en los datos de prueba relativos a la misma detención y no al fondo del asunto, la graduación del estándar probatorio se ubicaría en el punto 4, ya que no puede exigirse un igual estándar probatorio a dos actos de la misma naturaleza (control de detención y orden de aprehensión), si para uno se requiere menor actividad probatoria que para el otro.

Estándar probatorio exigido en el control de detención



Fuente: elaboración propia.

F. Estándar probatorio requerido en la imposición de prisión preventiva oficiosa

La prisión preventiva oficiosa se trata de una medida establecida como restricción a los derechos fundamentales, contemplada en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el numeral 19, bajo el amparo ideológico de que ningún derecho humano es absoluto; lineamientos que se reproducen en la ley secundaria, dado que el numeral 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que delitos serán merecedores de esa medida.

Ahora bien, de conformidad con lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia intitulada: 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,⁹⁰ se definió que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos

⁹⁰ Tesis localizable en: Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, abril de 2014, p. 202, Jurisprudencia Constitucional, Número de tesis P./J. 20/2014, Registro IUS: 2006224.

se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la ley suprema, tanto en un sentido formal como material.

Asimismo, de acuerdo con el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenido en la jurisprudencia de rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS,⁹¹ esa restricción a los derechos fundamentales debe satisfacer, al menos, los siguientes requisitos: a) ser admisible dentro del ámbito constitucional; b) ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, y c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Derivado de lo anterior, se evidencia que la determinación de la proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa no corre a cargo del juzgador, sino del constituyente y del legislador, al crear los marcos normativos reguladores de esa figura e incorporar un catálogo de delitos en los cuales, por regla general, las personas tendrán que enfrentar el proceso penal en el ámbito de la prisión preventiva.

En mérito de ello, podríamos hablar de dos tipos de estándares probatorios en la imposición de la prisión preventiva oficiosa.

El primero de ellos acontece en el caso de que el imputado, al ejercer su derecho constitucional, decide que su situación jurídica sea resuelta dentro del término de 72 horas o bien de 144 horas y, como consecuencia, antes de que se suspenda la audiencia inicial en su primera fase, deberá resolverse el debate de medidas cautelares, porque el auto de vinculación a proceso se dictará con posterioridad.

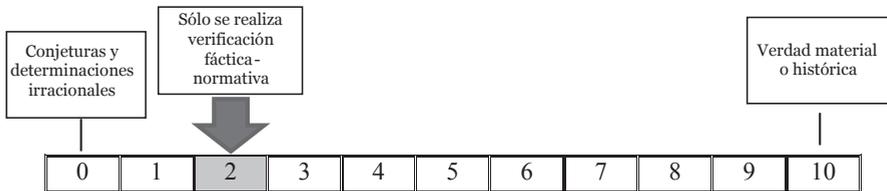
En ese caso, la graduación del estándar probatorio no debe ser alta, de hecho, el índice será muy bajo, porque la determinación judicial no partirá de ejercicio de ponderación probatoria alguno, sino de la presunción de que el Ministerio Público se está conduciendo con el deber de objetividad y lealtad a que está obligado, al encuadrar el hecho en la hipótesis delictiva propia del catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa. Partiendo de esa premisa, sólo será necesario que el órgano jurisdiccional se asegure de que la formulación de la imputación se fijó por hechos relativos a uno de esos delitos contenidos en los precitados catálogos y además analice la viabilidad

⁹¹ Criterio que puede ser localizado en: Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, Libro V, febrero de 2012, p. 533, Jurisprudencia Constitucional, Número de tesis 1a./J. 2/2012 (9a.), Registro 160267.

de que los eventos puedan encuadrarse en la descripción típica que la institución ministerial señala; esto es, se trata de una actuación judicial meramente de verificación fáctica-normativa, sin necesidad de hacer referencia o requerir dato de prueba alguno.

En mérito de lo anterior, ese primer estándar probatorio exigido para dictar prisión preventiva oficiosa se ubicaría en la graduación numérica 2, al no realizarse ejercicio de proporcionalidad alguno de la medida, en tanto ésta ya se fijó en la ley, al contemplar ese delito en el catálogo tasado de la prisión preventiva oficiosa y la función judicial sea únicamente de verificación de que los hechos encuadren en la hipótesis delictiva.

a. *Estándar probatorio exigido en la prisión preventiva oficiosa, previa al dictado del auto de vinculación a proceso*



Fuente: elaboración propia.

El segundo de los estándares que se exige para el dictado de una prisión preventiva oficiosa, acontece cuando el imputado decide que su situación jurídica sea resuelta en el mismo momento en que se le pregunta; esto es, aquél opta por renunciar al plazo de 72 o 144 horas para resolver tal cuestión, por lo que el órgano jurisdiccional, atendiendo a los datos de prueba expresados por el órgano público de procuración de justicia, los cuales estima eficientes para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, dicta auto de vinculación a proceso por un delito contemplado con prisión preventiva oficiosa.

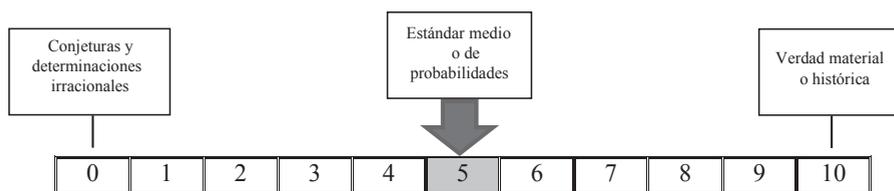
En este aspecto, el estándar probatorio requerido tiene el mismo rango que el exigido para el auto de vinculación a proceso y la razón estriba en que si bien la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa se impone como consecuencia de la vinculación a proceso por delito que amerite ese tratamiento cautelar, ambas determinaciones, esto es, la que vincula a proceso y la que impone la medida cautelar, no se pueden escindir, porque precisamente una deriva de la otra; por ello, la ponderación de datos de prueba para establecer su suficiencia y razonabilidad para dictar auto de vinculación a proceso, son exactamente los mismos que sirvieron de base para imponer aquella medida cautelar; dicho de otro modo, si bien en el dictado de la prisión preventiva oficiosa emitida previamente a la vinculación a proceso se parte de la presunción de que el

Ministerio Público está actuando bajo los principios de objetividad y lealtad; para el momento en que el justiciable ya es vinculado a proceso, el juez de control ya no parte de presunciones del deber de lealtad de la institución ministerial, sino del análisis previo y mesurado que del auto de vinculación a proceso realizó, donde además hizo un ejercicio de ponderación de datos que lo determinó a precisar exactamente el hecho delictivo materia del proceso o incluso, ante lo expuesto por las partes, lo reclasificó; determinación que, desde luego, se basó en la actividad probatoria.

Así, dado que ambas determinaciones no se pueden escindir, porque la medida cautelar deriva del auto de vinculación a proceso por delito de prisión preventiva oficiosa, como consecuencia lógica y necesaria se concluye que el estándar probatorio en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa después de dictado el auto de vinculación a proceso debe ser el mismo que el que se exigió para esta última determinación.

En mérito de lo anterior, como se verá más adelante, en virtud de que la ley establece estándares probatorios de probabilidad o posibilidad para el dictado del auto de vinculación a proceso, se concluye que el punto gradual será el fijado en el número 5, propio del terreno de las posibilidades.

b. Estándar probatorio en la prisión preventiva oficiosa dictada como consecuencia del auto de vinculación a proceso



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, debe precisarse que como toda regla genérica, la prisión preventiva oficiosa presenta sus excepciones, las cuales, de conformidad con el artículo 166 del Código Nacional de Procedimientos Penales, acontecerán cuando el juez de control estime que tal medida cautelar se ejecute en el domicilio de la persona imputada o en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

Estas excepciones se presentarán cuando el imputado se trate de una persona mayor de 70 años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal; asimismo, en el caso de mujeres embarazadas o también de madres durante la lactancia.

Pues bien, dado que la regla general de la prisión preventiva es que deberá cumplirse en lugares especiales destinados para ello, en términos del párrafo noveno del

artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la excepción a esa regla general es que tal medida cautelar se lleve a cabo en el domicilio de las personas precitadas, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

Bien, de lo anterior se advierten dos aristas: la primera, en el caso de que el juez de control estime que la prisión preventiva se deberá cumplir en el domicilio del imputado o centro médico correspondiente, bajo las medidas cautelares que procedan, constituye una excepción a la regla prevista en el segundo párrafo del artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el sentido de que la antedicha prisión preventiva, no podrá combinarse con otras medidas cautelares (salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero); sin embargo, en el caso de que el imputado cumpla tal medida cautelar en su domicilio, la excepción a la regla general de imposibilidad de combinación de medidas cautelares con la prisión preventiva, se haría consistir en que en ese caso sí existe la posibilidad de combinar la prisión preventiva con otras medidas, específicamente con aquéllas que tiendan a proteger la naturaleza de la propia prisión preventiva domiciliaria, como sería la vigilancia de autoridad en el domicilio del justiciable, entre otras de esa naturaleza. Circunstancia que sólo se destaca, aunque no constituya la esencia de este capítulo.

La segunda arista, que constituye la materia del estándar probatorio de este apartado, consiste en que el juez de control, ante la noticia que se le haga allegar por cualquier medio dentro del proceso, en el sentido de que el imputado es una persona mayor de 70 años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, así como que sea una mujer embarazada o en lactancia, podrá ordenar que la prisión preventiva se cumpla en el domicilio, centro médico o geriátrico que corresponda, de donde surge la exigencia probatoria que deberá cumplirse para dictar esa especial medida, la cual se hace consistir en que el juzgador deberá asegurarse de que el imputado cumpla alguna de esas condiciones especiales.

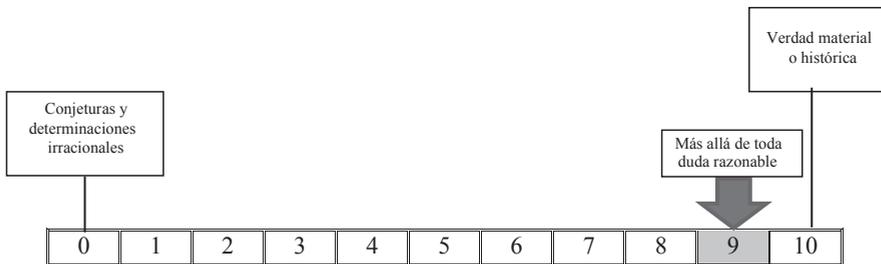
En efecto, como se ha indicado, dado que la prisión preventiva por regla general debe cumplirse en centros especiales, cuando esa regla se lleva a la excepción, esto es, para que se cumpla en el domicilio o centros médicos correspondientes, debe existir certeza, más allá de toda duda razonable, para el juzgador, de que el imputado es una persona que tiene la edad precitada o mayor a ella; que padece una enfermedad en la gravedad que ha sido destacada o que se trata de una mujer en estado de gravidez o en periodo de lactancia; por ello, las partes, en el ejercicio de la actividad probatorio, deberán aportar al juez de control los datos de prueba que sean eficientes para no dejar lugar a dudas de la especial condición personal del imputado, para entonces dar cabida al análisis de la procedencia o no de tal medida en el domicilio del justiciable.

Sin embargo, no podría analizarse esa especial medida cautelar de no existir la certeza de la condición especial de la persona, porque de lo contrario su imposición

podría favorecer a algún imputado que no tuviera derecho a esa especial excepción que hace la ley.

En mérito de ello, la graduación del estándar probatorio, sólo para el hecho de que se tenga por acreditado que la persona reúne esas especiales condiciones personales, se eleva al altísimo rango de más allá de toda duda razonable que deba tener el juzgador al respecto.

Estándar probatorio exigido en la verificación de que la persona reúne las especiales condiciones personales (edad avanzada, enfermedad grave o terminal, embarazo o lactancia) para cumplir la prisión preventiva en su domicilio o centro médico que corresponda.



Fuente: elaboración propia.

G. Estándar probatorio requerido en la imposición de medidas cautelares

En términos de lo previsto en el numeral 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas cautelares serán impuestas por el órgano jurisdiccional, por el tiempo estrictamente necesario, para salvaguardar tres finalidades: a) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; b) garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o c) evitar la obstaculización del procedimiento. Asimismo, el legislador, tratándose de prisión preventiva (no oficiosa), establece un parámetro más, que consiste en: d) verificar que el imputado no esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, lo cual tiene base en la teoría del riesgo, tomando como referencia la sustracción de la justicia del imputado.

Ahora bien, de conformidad con el caso *Canese vs. Paraguay*, en la sentencia de 31 de agosto de 2004, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se cuestionó e incluso se puso en tela de juicio si era viable que el peligro de que el imputado cometa un nuevo delito era un presupuesto viable para la imposición de una medida de restricción de libertad del justiciable; sin embargo, al margen de lo resuelto en aquella jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe prevalecer el criterio sostenido en la ya invocada jurisprudencia por el Pleno de la Suprema Corte

de Justicia de la Nación, de 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 AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, por lo que, en caso de que se analice la procedencia de la prisión preventiva, debe también ponderarse ese aspecto por el juzgador.

De acuerdo con el invocado numeral 153, de manera implícita la ley confiere ciertas características que deberán reunir las medidas cautelares, lo que necesariamente van a repercutir en el estándar probatorio que deberá exigirse para su concesión; así, aquellas medidas tendrán el carácter de ser provisionales, en tanto tienen una limitación temporal, por lo que desde su otorgamiento estarán destinadas invariablemente a agotarse; asimismo, son instrumentales, ya que, como su nombre lo indica, constituyen un instrumento para preservación del proceso, a fin de llegar a su conclusión de manera satisfactoria.

En mérito de ello, las medidas cautelares nunca resolverán el fondo del asunto, sino que son accesorias a él y, ante ello y su evidente carácter transitorio y accesorio, el estándar probatorio no será graduado en términos muy exigentes (salvo la prisión preventiva, que entra en los estándares altos). Sin embargo, esto no quiere decir que en la imposición de tales medidas no exista un ejercicio ponderativo por parte del órgano jurisdiccional, ya que incluso el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que para la imposición de medidas cautelares debe existir un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad jurídica en su aplicación; de ahí toma relevancia su carácter de excepcional, el cual estará limitado además por el eje rector que rige el sistema acusatorio y oral, que es la presunción de inocencia, de conformidad con el artículo 20, apartado B, fracción I, constitucional y 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que se trata de una medida cautelar y no de una punitiva.⁹²

Ahora bien, esa razonabilidad y proporcionalidad jurídica se traduce en que la medida a imponer debe ser: a) constitucionalmente y legalmente legítima, esto es, estar justificada en razones legales y constitucionales; b) ser proporcional e idónea, esto es, adecuada y eficiente para alcanzar el fin perseguido y c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, injustificada o excesiva para el gobernado.⁹³

⁹² Criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la jurisprudencia que deriva del caso *Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, así como en la diversa relacionada con el caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 1 de febrero de 2006.

⁹³ Este tema fue abordado mesuradamente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia ya invocada, de rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Por ello, se dice que el juez de control, en el ejercicio de proporcionalidad que efectúa y de acuerdo con lo establecido en el precitado artículo 156, deberá guiarse por el eje rector, que es el principio de mínima intervención, el cual tiene sus bases históricas en el liberalismo sustentado principalmente por Beccaria en el siglo XVIII y que esencialmente se refiere a que las implicaciones del derecho penal y su naturaleza sancionadora deben reducirse en la vida social a lo mínimo posible. De esa manera, la privación de la libertad de la persona constituirá la *ultima ratio*, esto es, sólo se aplicará en caso de que no existan otras medidas menos gravosas que garanticen las finalidades de las medidas cautelares que se indicaron al inicio de este apartado.

Ya han quedado establecidas las características de las medidas cautelares (provisionales e instrumentales), su naturaleza jurídica (proporcionales, idóneas y necesarias) y el eje rector de su aplicación (principio de mínima intervención). Ahora resta analizar el estándar probatorio que la ley exige para su imposición, lo cual se puede evidenciar de los elementos orientadores que se encuentran expresamente plasmados en la ley. Será a partir de estos lineamientos que se graduará la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida, tomando como parámetro máximo la prisión preventiva y de ahí partirá hacia abajo, a fin de ponderar las menos intrusivas en el ámbito jurídico del gobernado.

Estos parámetros guardan estrecha relación con las finalidades de las medidas cautelares, esto es, asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo y evitar la obstaculización del procedimiento, elementos que a continuación se analizan en forma genérica, para no hacer una reproducción de los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales que los contemplan.

- a) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento. Este parámetro se encuentra contemplado en el numeral 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se gradúa a partir del peligro de sustracción del imputado, como elemento a ponderar y para ello se tomará en cuenta el arraigo que tenga el imputado en el lugar donde deba ser juzgado (a partir de su domicilio, su residencia habitual, el asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto). Asimismo, si el imputado reporta un domicilio falso, se presumirá el riesgo de fuga. También se tomará en cuenta el tiempo máximo de la pena del delito que se llegare a imponer y la actitud que voluntariamente adopte el imputado ante este tópi-

- co; su comportamiento posterior y anterior al evento, y la inobservancia de otras medidas cautelares o citaciones ministeriales o judiciales.
- b) Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación. En este parámetro, contemplado en el numeral 169 del aludido Código Nacional, se parte de la presunción ideológica de qué es lo que sucedería en caso de que el imputado obtuviera su libertad. De tal modo que se buscaría proteger que el justiciable no destruya, modifique, oculte o falsifique elementos de prueba; que no influya en los coimputados, testigos o peritos, a fin de que rindan sus declaraciones en forma falsa o con reticencias, y que no ejerza actos de amenaza u obstaculización en las personas que investigarán el hecho.
 - c) Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad. En este aspecto, el artículo 170 del Código Nacional establece que el órgano jurisdiccional, bajo un ejercicio de ponderación, analizará las circunstancias del hecho y las personales del imputado, víctima u ofendido, testigos o la situación ante la comunidad, a fin de proteger a tales entes y evitar que se afecte su integridad o se ponga en peligro su vida.

Ahora bien, los parámetros anteriores, para establecer la mayor o menor posibilidad de suceso, podrán ser evidenciados a través de la actividad probatoria, ya que el numeral 171 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece la posibilidad de que los sujetos procesales aporten elementos de convicción para ello. De ahí que sean susceptibles de cierto estándar probatorio.

En efecto, a partir de esos criterios orientadores es que se graduarán los estándares de exigencia para acreditar la hipótesis de la teoría del riesgo que sostendrá la fiscalía, contra la menor posibilidad de que ocurran, a cargo de la defensa; desde luego, siempre basado en el eje rector de mínima intervención, el principio de presunción de inocencia y los criterios internacionales de que la prisión preventiva no es una medida punitiva, sino cautelar.⁹⁴

De esa manera, mientras se demuestre en mayor grado, por ejemplo, que el imputado tiene un especial arraigo en el domicilio que reportó como propio (el cual se ubica dentro del ámbito territorial de la jurisdicción del juez de control), menor será el riesgo de fuga que se evidencie; asimismo, en diverso ejemplo, cuanto más represente el imputado un peligro para la víctima, mayor será el riesgo de protección que se deberá dar a aquélla, por lo que el órgano jurisdiccional deberá ponderar si las medidas cautelares menos lesivas son suficientes para ello o sólo la prisión preventiva podría otorgarle al sujeto pasivo la tutela que necesita. De esa forma, si en el ejemplo se evidencia que el justiciable en al menos ocho ocasiones ha pretendido privar de la

⁹⁴ Criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la jurisprudencia que deriva del

vida a la víctima (su esposa), al golpearla hasta provocar que sea hospitalizada, una vez que aquél ha burlado todo tipo de seguridad previa que le ha impuesto la institución ministerial, el juez de control deberá hacer prevalecer la protección de la pasivo y, de ser el caso, ordenar la prisión preventiva del imputado por no existir una medida menos lesiva para contener la agresión reiterada.

Bajo estos parámetros es que se graduarán las diversas medidas cautelares establecidas en forma limitativa por el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales que, como se ha indicado, el punto máximo es la prisión preventiva y el menor, atendiendo a su propia naturaleza, sería la presentación periódica y las que tiendan a proteger a la víctima.

Ahora bien, ya se ha hecho referencia al trabajo colectivo publicado por este Instituto de la Judicatura Federal, en el cual tuve la oportunidad de participar, junto con el destacado Juez de Distrito González Segovia. En este trabajo, él estableció un estándar probatorio relacionado con las medidas cautelares, que ordenó por niveles de inferior a mayor, comenzando por: a) la presentación periódica; b) la prohibición de concurrir lugares o tener algún tipo de contacto con personas; c) la separación inmediata del domicilio; d) la exhibición de garantía económica y prohibición de salida territorial; e) el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas bancarias; f) las suspensiones temporales en los cargos públicos o actividades profesionales; g) el resguardo domiciliario e internamiento en institución determinada; h) el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución, e i) la prisión preventiva.

El anterior trabajo, por demás importante y destacado, lo retomo en este apartado, sólo que concluyo en forma personal algunos aspectos diversos, atendiendo al propio formato que manejo en este trabajo y al contexto que explicaré enseguida.

Asimismo, comenzaré por explicar, del grado menor al mayor, el estándar probatorio que considero se debe exigir en cada una de las hipótesis que se debatan por las partes.

Nivel 1 (situado en el punto 2 de la escala total)

- a. Presentación periódica. Estimo que esta medida cautelar representa una menor exigibilidad probatoria, atendiendo a que es la que delimita en menor medida la esfera jurídica del gobernado, ya que en la práctica, la presentación del imputado se realiza cada 15 días o cada mes en un horario amplio, que guarda relación con las horas hábiles de los órganos jurisdiccionales. De esa manera, no delimita en forma ostensible las actividades

caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, así como en la diversa relacionad con el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 1 de febrero de 2006.

personales del justiciable y sí, en cambio, es eficiente para demostrar que el imputado está física y periódicamente a disposición del juez de control que lo requiere.

- b. Prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos; así como la separación inmediata del domicilio y la diversa de prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares. Ya se ha hecho referencia en este trabajo a que la separación física tiene una finalidad protectora, especialmente en favor de la víctima u ofendido, ya que se trata de un derecho que tiene especial auge a nivel internacional y del derecho interno en México. Por ello se concluyó que se debe privilegiar una aparente necesidad de protección hacia la víctima, sobre la certeza del acercamiento del imputado a ella y por esa razón es que figura en el nivel menor de estándar probatorio. Ahora bien, el hecho de que el ente a proteger sea la víctima u ofendido o un testigo, no hace especial diferencia para ser tutelado, porque si bien el sujeto pasivo goza de derechos diversos en el proceso por su calidad precisamente de víctima, el testigo merece el mismo trato de protección, habida cuenta de que ambos tienen derechos humanos idénticos por ser personas y el Estado tiene la misma obligación protectora para ambos.

Esta misma circunstancia subyace cuando se prohíbe al imputado convivir o comunicarse con diversas personas o acercarse a determinados lugares, porque si bien puede tener un afán protector contra terceros, también se tutela al propio justiciable. Ilustrémoslo con un ejemplo: el imputado, quien tiene 18 años de edad, es señalado como la persona que poseyó determinada cantidad de estupefacientes; sin embargo, de acuerdo con la imputación ministerial no existió finalidad ulterior del justiciable para comercializarlos, sino que lo destinaría para sí mismo; empero, en una cantidad desmesurada para ese propio fin. De los antecedentes relatados por la fiscalía se advierte que la posesión aconteció porque el imputado convivía con sus vecinos, de edad mayor a la de él, quienes incluso le suministraron el narcótico del cual es farmacodependiente. La medida cautelar de prohibición de convivir con aquellas personas tenderá a su protección.

Nivel 2 (situado en el punto 4 de la escala total)

- a) Exhibición de garantía económica. Esta medida cautelar, de índole evidentemente pecuniaria, se sitúa en rango mayor a la protección de la víctima u ofendido, testigos y del propio imputado, pero sin llegar al grado de otras más intrusivas, ya que se trata de una erogación monetaria provisional que hará el imputado, para el efecto de garantizar su presencia en el proceso. Ahora bien, la imposición de tal medida no requerirá una actividad

probatoria especialmente exhaustiva, ya que en muchos de los casos se requerirán argumentos basados en afirmaciones que no fueron contradichos por la contraparte o bien aquellos que puedan ser aportados con datos de prueba para demostrar en forma cercana a la probabilidad las hipótesis de las partes. Asimismo, el juez de control fijará la cantidad a exhibirse, atendiendo a la condición personal del justiciable (sus ingresos, empleo, dependientes económicos), las propias objetivas que rodean el evento y el grado mayor o menor de peligro de sustracción de justicia del imputado, por citar los elementos más destacados para ello. Por ejemplo, la cantidad fijada por un hecho de portación de arma de fuego sin licencia podría variar de la señalada para diversa portación de un arma de uso exclusivo de las fuerzas armadas y si además varía el monto de percepción salarial entre uno y otro imputado.

- b) Prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. Evidentemente se trata de una medida que delimita la libertad ambulatoria. Sin embargo, se puede equiparar en estándar probatorio a la garantía económica porque, dependiendo de cada caso en particular, la medida tiene una intromisión medianamente considerable en la esfera jurídica del gobernado. Así también no requerirá especial actividad probatoria, sino sólo acreditar al órgano jurisdiccional la presunción fundada de que el imputado pudiera evadirse de la acción de la justicia, en el caso de que salga de cierto ámbito territorial. Así podría darse el caso de una persona sometida a proceso que radique en el extranjero, pero que por alguna cuestión libró el filtro de la prisión preventiva, al demostrar que tiene una residencia más o menos habitual en la entidad federativa donde el juez de control ejerce su ámbito competencial. De esa manera, la medida será destinada a prohibirle al justiciable que abandone el país y el efecto será decretar el arraigo de su pasaporte,⁹⁵ porque de lo contrario, al regresar a su país de origen existe una alta posibilidad de que no se someta al proceso.
- c) Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada. Es importante mencionar que esta medida, establecida en el artículo 155, fracción VI, el Código Nacional de Procedimientos Penales, puede dividirse en dos: la primera es la puntualizada en este inciso y la segunda, cuando ese sometimiento conduzca a un internamiento, donde el estándar probatorio será evidentemente más alto que el exigido para el simple sometimiento al cuidado de una institución.

⁹⁵ Figura jurídica utilizada por la Secretaría de Relaciones Exteriores en ese tipo de medidas.

Al respecto, por ejemplo, podríamos traer a colación a un imputado que presenta un alto grado de alcoholismo; el juez de control, para efecto de asegurar que se presentará sobrio a las audiencias del proceso, podría dictar como medida cautelar el sometimiento del justiciable hacia determinada institución, que le brinde el tratamiento o los cuidados necesarios para que su estado de alcoholemia sea atendido y no se vea obstaculizado el proceso con alguna ausencia o conducta inapropiada en la sala de audiencias. Para el otorgamiento de esta medida no se requerirá especial actividad probatoria, sino sólo establecer la presunción fundada de que el imputado requiere ese tipo de cuidados.

Nivel 3 (situado en el punto 6 de la escala total)

Embargo de bienes e inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero. Estas medidas resultan más lesivas que las anteriormente analizadas, porque recaen en la retención temporal de bienes y en las propias cuentas bancarias y activos financieros, los cuales pueden ser especialmente necesarios para el imputado, al ser parte de sus derechos posesorios y además constituir parte total o parcial de su patrimonio. Por ello, la actividad probatoria que se requerirá es, al menos, la indispensable para las exigencias basadas en las probabilidades y un poco más; habida cuenta de que se requerirá un estándar necesario que le permita al órgano jurisdiccional estimar proporcional esa medida, con un rango un poco mayor que aquel que ocuparía para dictar un auto de vinculación a proceso. Esto es así, porque la actividad probatoria exigida deberá ser especialmente ponderada por el juez de control, ante la posibilidad de que pudiera existir un exceso en su determinación y esto pudiera acarrear, incluso, una afectación tal al imputado que le provocaría indefensión, al coartarle el derecho a acceder a, por ejemplo, una defensa particular por carecer de sustento económico para solventarla. De esa manera, estas medidas deberán ser especialmente ponderadas por el juez y los sujetos procesales deberán aportar los medios de convicción que permitan llegar al estándar probatorio requerido para ello.

Nivel 4 (situado en el punto 6.5 de la escala total)

Suspensión temporal en el ejercicio de un cargo público o en el ejercicio de determinada actividad profesional o laboral. Estas medidas conllevan una especial restricción a los derechos fundamentales del gobernado, ya que atañen al ámbito laboral del imputado, que en muchos de los casos constituye su única fuente de ingresos. Por ello, el estándar probatorio es más exigente que, incluso, el embargo de bienes o inmovilización de cuentas bancarias. De ese modo, la actividad probatoria para justificar la necesidad de esa medida debe ser especialmente alto, arriba del terreno de las probabilidades, habida cuenta de que tendría que justificarse altamente que esa restricción es idónea para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculiza-

ción del procedimiento, pues evidentemente se limitará la actividad que el gobernado utilizaba como medio de subsistencia. Un ejemplo de la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de esta medida pudiera ser un profesor de educación primaria, el cual, de conformidad con la imputación ministerial, abusa sexualmente de los menores que son sus alumnos y, destacadamente, la víctima sigue siendo su alumno para el momento de la incoación del proceso. En ese sentido el juez de control, al suspender al imputado en ese cargo, no sólo protegería a la víctima, sino además a la comunidad, pero tendría que justificarse la alta posibilidad de que el empleo que desempeña el imputado lo ocupa para abusar sexualmente de los niños bajo su tutela.

Nivel 5 (situado en el punto 7 de la escala total)

Internamiento en instituciones determinadas. Resguardo en el propio domicilio y colocación de localizadores electrónicos. Estas tres medidas constituyen la antesala del más alto estándar de las medidas cautelares, que es la prisión preventiva. Esto es así porque las tres restringen de manera ostensible la libertad de la persona, aunque no la privan en su totalidad, como acontece con la prisión preventiva, sí limitan su deambulacion. En efecto, el hecho de que la persona sea internada en una institución determinada, en su propio domicilio o que se mantenga una constante vigilancia de los lugares en donde se encuentra, por un dispositivo electrónico previamente colocado, conllevan una restricción notable contra el justiciable. Estas figuras se tornan tan limitativas, que incluso en muchos de los casos se trata de medidas cautelares que no pudieron reunir el estándar probatorio necesario para la prisión preventiva, pero que existe una probabilidad muy alta de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia; de esa manera, al advertir el juez de control, a través de la actividad probatoria y la justificación de las partes, que no se satisfizo el estándar necesario para dictar prisión preventiva, pero que resulta necesario limitar la deambulacion del justiciable, opta por alguna de éstas, para no violar los derechos fundamentales del procesado, al librar una medida no satisfecha en su exigibilidad probatoria.

Asimismo, en cuanto al resguardo en el propio domicilio es una figura tan restrictiva, que prácticamente es similar a la prisión preventiva otorgada por el órgano jurisdiccional en favor de un adulto mayor o mujer embarazada o en lactancia, ya que se impide que salgan de su residencia; incluso en ambas se pueden establecer otras medidas para asegurar ese resguardo domiciliario.

Nivel 6 (situado en el punto 8 de la escala total)

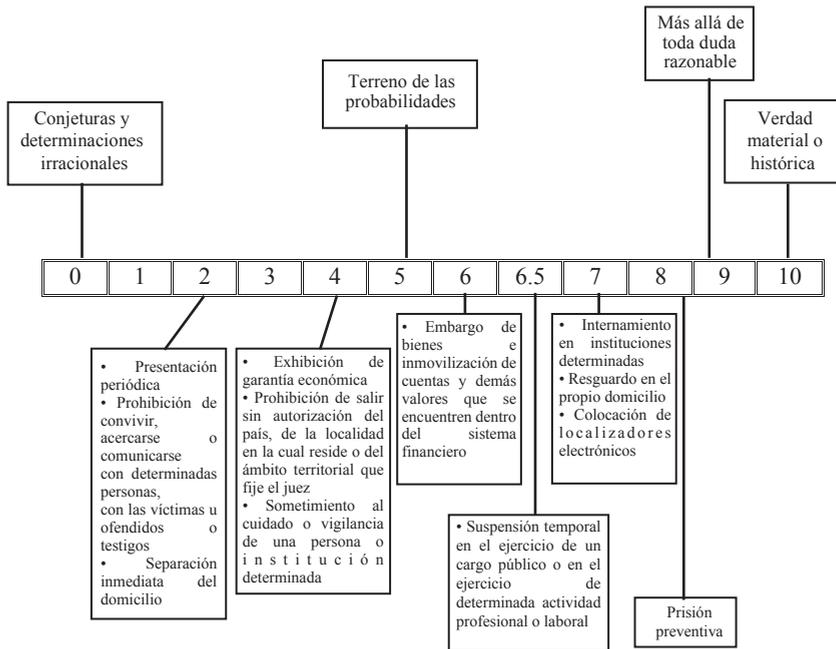
Prisión preventiva. Como se ha indicado, la prisión preventiva constituye la *ultima ratio* que tiene el juzgador para cumplir las tres finalidades de toda medida cautelar. En aspectos teóricos constituye el fracaso de las demás medidas y del principio de mínima intervención, ya que no son eficientes para los fines protectores del proceso. Por ello, la actividad probatoria a reunirse debe ser altísima —al menos en la escala de

las medidas cautelares debe ser la más elevada—, a fin de que el juez de control pueda establecer de manera razonada, que debe imperar en el caso concreto, la excepción al principio de presunción de inocencia y del eje rector del sistema penal acusatorio que es la libertad como regla genérica.

No es necesario abordar todos los tópicos tendentes a analizar las reglas de excepción, presunción de inocencia y de mínima intervención, habida cuenta de que han sido analizados en párrafos que preceden. Lo importante es mencionar que cuando el órgano jurisdiccional impone la prisión preventiva, esos principios fracasaron para salvaguardar los fines del proceso y entonces, en un acto meramente excepcional, el juez de control ordena la reclusión de la persona en centros especiales, de conformidad con el párrafo noveno del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual no podrá exceder de un año, al ser la duración de la temporalidad de la prisión preventiva más favorable a la persona que la establecida en la propia Constitución.

Sin embargo, se debe destacar que aunque el estándar probatorio requerido para la prisión preventiva es muy alto, no llega al punto de la exigencia de la sentencia condenatoria, que es más allá de toda duda razonable; por ello se fija en el punto gradual 8.

En mérito de lo anterior, los estándares probatorios de las medidas cautelares quedarían de la siguiente manera:



Fuente: elaboración propia.

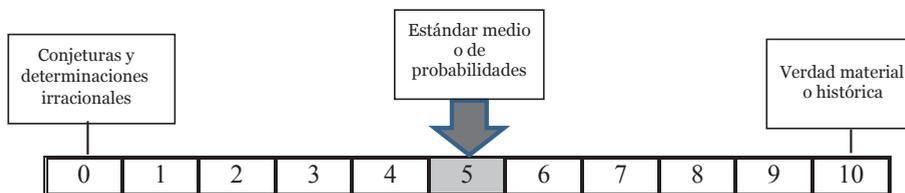
H. Estándar probatorio requerido en el dictado del auto de vinculación a proceso

Como se ha sostenido en párrafos precedentes, el artículo 19 constitucional y el diverso 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen el estándar probatorio que deberá reunir el auto de vinculación a proceso, al preceptuar, en forma similar, que deberán existir datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Por ello, en primer término, la actividad probatoria deberá establecer que se ha cometido un hecho punible, lo que implica que en este contexto el estándar exigido para aceptar la existencia de un delito va más allá de una probabilidad y, por tanto, el juzgador debe ser más acucioso en que las partes demuestren este aspecto. En segundo lugar, cuando se analiza la intervención de la persona, el estándar probatorio es menor, al nivel de posibilidad. De ello se obtiene que tenemos dos tipos de estándares probatorios dentro de una misma determinación, el primero, más alto, relativo a la demostración de un delito y el segundo, más bajo, tendente a acreditar la intervención de la persona en ese evento.

No obstante, al centrarnos en la etapa en que se encuentra el proceso, la finalidad del auto de vinculación a proceso (proseguir el proceso en su fase de investigación complementaria), y los medios que lo sustentan (datos de prueba), donde se analizará su suficiencia y grado de razonabilidad y congruencia, se concluye que tanto la acreditación del hecho punible como la propia intervención de la persona deben justificarse en un estándar probatorio al nivel de probabilidad; esto es, dentro de un índice gradual intermedio, ya que si bien se realiza un análisis del fondo del asunto, las investigaciones que hagan las partes en la etapa complementaria tenderán a corroborar, en uno u otro sentido, la determinación tempranamente determinada por el juez de control. Por esa razón, el grado de exigibilidad se ubica en el punto 5.

Estándar probatorio en el dictado de auto de vinculación a proceso



Fuente: elaboración propia.

Sin embargo, debe hacerse notar que el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece como requisito de fondo respecto al auto de vinculación a proceso, que el juez de control deberá verificar que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito; de lo que entonces surge un nuevo estándar probatorio, pero ahora interpretado a la inversa.

Cierto, como se ha indicado, la finalidad del auto de vinculación es, entre otros, proseguir el proceso, ya que abre el periodo de investigación complementaria, a partir del cual las partes realizarán actos de indagación con la finalidad de demostrar sus pretensiones procesales (en el caso del Ministerio Público y la víctima u ofendido incluso de obtener medios de prueba exculpatorios). De ese modo, el órgano público de procuración de justicia llevará la investigación principal y las demás partes las investigaciones paralelas. No obstante, en todos los panoramas la naturaleza de la prosecución del proceso es seguir investigando.

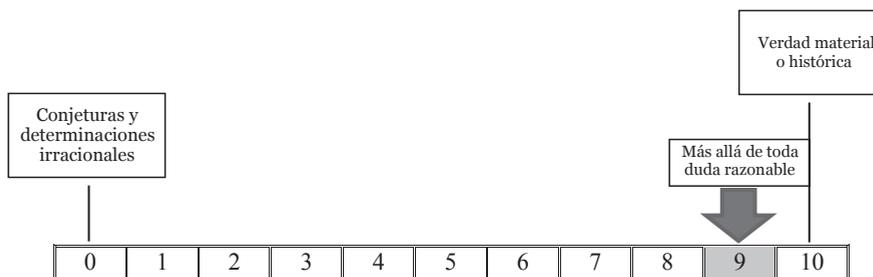
A partir de ello, es que el juez de control, al dictar auto de vinculación a proceso, debe ser muy exigente al analizar que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito, porque de lo contrario coartaría el derecho procesal del Ministerio Público de demostrar en investigación complementaria lo opuesto.

Citémos un ejemplo: el fiscal formula imputación contra una persona. Los hechos se hicieron consistir en que el justiciable robó del aparador de un centro comercial una computadora tipo *lap top*, al tomarla y ocultarla dentro de su gabardina, pero fue detenido una vez que rebasó el área de cajas, sin que hubiere realizado el pago respectivo del producto. En su declaración inicial el imputado aduce que efectivamente robó ese equipo, pero que lo hizo porque su menor hijo estaba enfermo de gravedad y necesitaba dinero para que fuera hospitalizado. El justiciable incorporó como datos de prueba los documentos médicos y las testimoniales de su esposa y diverso hijo, que mostraron al órgano jurisdiccional que efectivamente el menor hijo padecía una enfermedad que ponía en peligro su vida y que su atención médica era apremiante. La defensa del imputado alega un estado de necesidad justificante, porque el gobernado no tenía otra salida que robar para poder salvar a su hijo.

En el ejemplo, el juez de control debe ser especialmente cuidadoso para tener por acreditada esa causa de justificación, porque si bien aparentemente podría existir una razón para justificar el actuar de la persona, no debe existir duda razonable de que así aconteció. De lo contrario coartaría el derecho procesal de la institución ministerial de demostrar, por ejemplo, que el imputado era una persona de solvencia económica y que si bien su hijo presentaba una enfermedad grave, los gastos que aquello generaría estarían cubiertos para el momento de la comisión del hecho punible; circunstancias que sólo se acreditarían con una investigación más formalizada, contando con un tiempo más prudente que las 48 horas que prevé la Constitución y bajo un esquema trazado en la *litis* del auto de vinculación a proceso.

En ese orden, atendiendo a los efectos del auto de vinculación a proceso, las causas de exclusión del delito y de extinción de la acción penal deben quedar demostradas más allá de toda duda razonable, por lo que se ubican en el punto 9 de la escala que se ha trazado en este trabajo.

a. *Estándar probatorio requerido en la acreditación de las causas de exclusión del delito y de extinción de la acción penal, en el auto de vinculación a proceso*



Fuente: elaboración propia.

I. *Estándar probatorio requerido en el sobreseimiento*

El sobreseimiento se encuentra regulado en el artículo 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales y, de conformidad con la norma, sólo podrá ser solicitado por el Ministerio Público, el imputado o su defensa, lo cual tendrá que resolverse en las 24 horas siguientes a su petición, en audiencia donde además se citará a la víctima u ofendido y su asesor jurídico.

Las causales de sobreseimiento son las enlistadas en el artículo referido, que van desde demostrar que el hecho no se cometió o que no es delictivo, hasta la muerte del imputado.

Sea cual fuere la causal alegada por las partes legitimadas, el sistema penal acusatorio se encuentra armonizado en el sentido de que no basta que sea el órgano acusador el que plantee el sobreseimiento, sino que éste deberá ser sujeto al ejercicio de contradicción, tan es así, que deberá escucharse a la víctima u ofendido al respecto y sus alegaciones vinculan al órgano jurisdiccional para efecto de hacerse cargo de ellas y analizarlas de manera mesurada. En caso de ser fundadas, llevará al desechamiento de la petición de sobreseimiento.

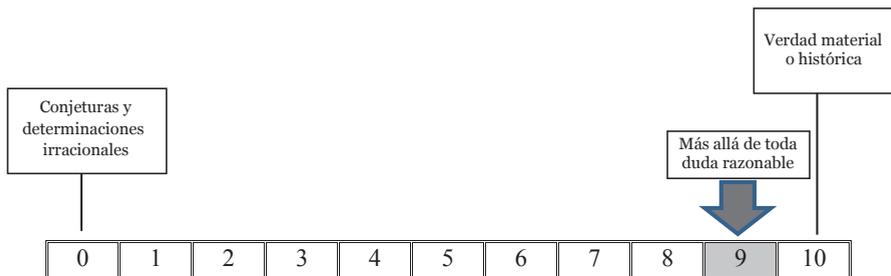
Ahora bien, dado que la petición de sobreseimiento se somete al ejercicio de contradicción, es necesario que exista actividad probatoria y, en consecuencia, el resultado de dicha actividad tendrá un estándar que deberá ser satisfecho en grados muy altos por la parte que lo solicita.

Bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el sobreseimiento firme tiene efectos de sentencia absolutoria, pone fin al procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dicta, inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas cautelares que se hubieran dictado. De esa manera tendrá el alcance de sentencia absolutoria, por lo que deberá ser analizado mesuradamente por el órgano jurisdiccional, a fin de que no exista duda razonable de que realmente se actualizó la hipótesis planteada por la parte oferente o, incluso, una diversa que el propio juez de control advierta.

Por ejemplo, si la petición ministerial se hace consistir en que el imputado falleció, el juez de control deberá tener por acreditada esa causal, más allá de toda duda razonable, porque de lo contrario, al basarse en probabilidades o en aspectos más allá de una probabilidad, pero sin que exista certeza, otorgaría ventaja indebida a un sujeto procesal, en vulneración de los derechos fundamentales de la víctima u ofendido.

Por esa razón, el sobreseimiento, sea parcial o sea total, debe puntuarse en el grado más alto de las certezas, que consiste en que para que pueda cobrar vigencia, la actividad probatoria deberá acreditar más allá de toda duda razonable la hipótesis sostenida por los sujetos procesales.

Estándar probatorio requerido en el sobreseimiento en el proceso



Fuente: elaboración propia.

J. Estándar probatorio requerido en la sentencia condenatoria

En la primera parte de este trabajo se hizo especial referencia a que la verdad histórica no se encuentra al alcance de las partes, por lo tanto, el juez no está obligado a obtener la verdad material de lo acontecido, pues como rector del proceso no es su tarea llegar a esa meta, ya que de considerar que ésta es su labor, estaría prácticamente maniatado para resolver el litigio, al no poder ejercer labores de investigación.

En esas condiciones, las partes deberán demostrar la certeza de sus enunciados fácticos (o su verdad) a través de la actividad probatoria y el órgano jurisdiccional, en emitir su fallo derivado de esa propia actividad de las partes, mediante una convicción

objetiva, informada y apriorísticamente obtenida de la institución probatoria que le fue producida, debe emitir su determinación que, en caso de ser de culpabilidad, debe quedar ésta demostrada más allá de toda duda razonable, porque de existir duda alguna, el tribunal de enjuiciamiento deberá absolver al acusado.

De esa manera, la verdad material no será la exigencia a satisfacer por los órganos acusadores; de lo contrario, las sentencias penales condenatorias serían ilusorias. Será entonces la convicción de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable el parámetro probatorio a satisfacer.

Ahora bien, este trabajo no tiene la finalidad de realizar un análisis profundo respecto al concepto más allá de toda duda razonable, pues ello ameritaría un estudio más complejo en torno al tema y por razones de espacio no es viable realizarlo.

Sin embargo, es factible establecer algunas directrices al respecto, para explicar por qué el estándar probatorio requerido para una sentencia condenatoria se gradúa en el punto situado debajo de la verdad material.

Pues bien, el concepto más allá de toda duda razonable fue retomado del derecho anglosajón bajo la locución *beyond a reasonable doubt*, el cual presupone que no se puede declarar la culpabilidad de una persona hasta que se tenga la certeza de que cometió el suceso delictivo.

Es aquí donde descansa ese estándar exigible: en la certeza de la culpabilidad de la persona. Como se indicó, la verdad material es inalcanzable, pero la certeza de la responsabilidad penal sí es humana y materialmente accesible. Así también, la convicción de esa culpabilidad es algo que no puede ser graduable en términos de porcentaje, esto es, no puede estimarse que al acreditarse 95% la culpabilidad de la persona, el restante 5% es el que da lugar a la duda que ya no será razonable.⁹⁶ Por ello, la convicción más allá de toda duda razonable es el instrumento más racional para obtener el estándar probatorio exigible para condenar a una persona.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la duda razonable puede presentarse al menos en dos situaciones relacionadas con la existencia de pruebas de descargo: a) cuando éstas confirman la hipótesis de la defensa, de tal manera que ellas acreditan una hipótesis total o parcialmente incompatible con la hipótesis de la acusación; y b) cuando a través de esas pruebas se cuestiona la credibilidad de las pruebas de cargo que sustentan la hipótesis de la acusación. En ambos casos se presenta una duda razonable, porque las pruebas de descargo dan lugar a la existencia de una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación.⁹⁷

⁹⁶ Véase Taruffo, Michel, *Teoría de la prueba*, Perú, Ara Editores 2012, p. 283.

⁹⁷ Criterio localizable en: Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, Libro 19, junio de 2015, p. 594, Tesis Aislada, Número de tesis 1a. CCXXI/2015, Registro IUS: 2009467.

En mérito de lo anterior, puedo concluir las siguientes directrices:

- La prueba en ocasiones sí puede averiguar una verdad (por ejemplo, se puede demostrar la muerte de una persona).
- En el proceso penal, debido a su ostensible complejidad y al debate de las partes, no es posible llegar a una verdad absoluta.
- Por ello, cuando se dicta sentencia no se resuelve alcanzando una verdad absoluta.
- En consecuencia, en el proceso no siempre se obtiene la verdad.

Asimismo, los sujetos procesales en el litigio:

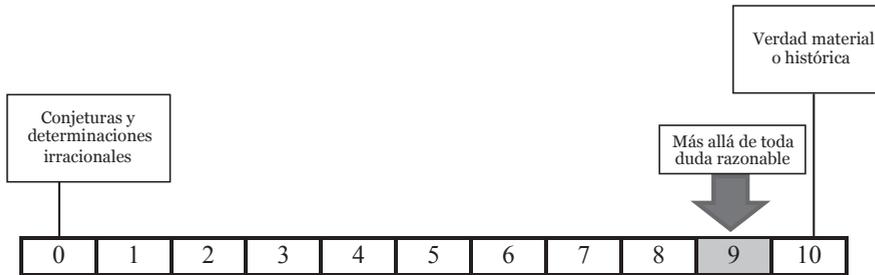
- No siempre buscarán la verdad.
- Esto es así, porque sus intereses no son obtener la verdad, sino lograr sus pretensiones procesales.
- Por ello, si la verdad no siempre es buscada por los intervinientes en el proceso, no puede ser lograda en éste.

En mérito de ello, entonces el juzgador:

- No tiene que erigir su determinación en una verdad absoluta, porque ésta no puede ser conseguida.
- Es viable, entonces, que resuelva teniendo en cuenta que el estándar probatorio para una sentencia condenatoria no es la verdad absoluta, sino que quede demostrada la culpabilidad de la persona más allá de toda duda razonable.
- Tener la convicción más allá de toda duda razonable no es llegar a la verdad, sino que objetivamente lo expresado y demostrado por las partes le cree convicción al juez, suficiente para condenar al acusado, ante la acreditación de la certeza de su responsabilidad penal.
- La convicción más allá de toda duda razonable representa un estándar probatorio menos exigible para el juzgador que encontrar la verdad absoluta.
- Aunque este estándar es menos exigible, es material y humanamente alcanzable.
- Por lo tanto, lo que es material y humanamente alcanzable es viable y útil para la finalidad para la cual se estableció.

En esas condiciones, el estándar probatorio para emitir una sentencia condenatoria será el máximo alcanzable en el proceso, esto es, la convicción de la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Estándar probatorio exigido en la sentencia condenatoria



Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, es viable expresar que en el sistema penal acusatorio las partes buscarán a toda costa acreditar sus pretensiones procesales, de tal manera que, por regla general, la teoría del caso de la fiscalía será llegar a demostrar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado, mientras que la defensa buscará demostrar lo contrario. Estos aspectos descansan en una de las finalidades del sistema penal acusatorio, que es esclarecer los hechos. De esa manera, los sujetos procesales buscarán convencer al tribunal de enjuiciamiento a partir de su respectiva teoría del caso, la cual apoyarán con elementos objetivos, contenido jurídico y actividad probatoria y será el juez, finalmente, quien luego de analizar responsable y mesuradamente el material probatorio resolverá en definitiva si las partes lograron el éxito procesal que afanosamente buscan.

Referencias bibliográficas

I. Libros

ASCENCIO MELLADO, José María, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el derecho penal*, Perú, Inpecc, 2008.

BELING, Ernst von, *Die Beweisverbote als Grazen der Wahrheitseforschung institution ministerial Strafprozess*, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmsradt, 1968.

BENFELD, Johan, "Los Orígenes del concepto de la sana crítica", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, Argentina, I. I., 1950.

- COHEN L. J. *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial”, R.D., Proc. Iber., No. 1, 1966.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Tomo I.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura en España. Estudios históricos*, España, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, España, Trotta, 1997.
- FERRER BELTRÁN Jordi, *La valoración racional de la prueba*, España, 2007.
- , *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Argentina, Marcial Pons, 2013.
- FONTANET. Maldonado. Julio E. *Principios y técnicas de la práctica forense*, 3ª ed., Puerto Rico, 2010.
- MAUET, Thomas, *Fundamental of trial techniques*, Canadá, Little Brown and Company, 1980.
- GASCÓN ABELLÁN Marina, *Los Hechos en el derecho*, España, Marcial Pons, 2010.
- , *Cuestiones probatorias*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GUASTINI, R., *L'interpretazioni revisitata*, Torino Giappichelli, 1996.
- ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1956.
- MATURANA Baeza, Javier. *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*, Chile, Thomson Reuters, 2014.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, España, Marcial Pons, 2010.
- RIVERA MORALES Rodrigo. *La Prueba. Un análisis racional y práctico*, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ejea, 1979.
- STAPLES, Robert, *The Black Family: Essays and Studies*, EUA, Wadsworth Publishing Company, Inc. 1971.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1973.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, España, Trotta, 2002.
- , *La prueba, artículos y conferencias*”, monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana.
- , *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana.

II. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Código Federal de Procedimientos Penales.
Ley de Amparo.
Ley General de Víctimas.
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.
Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca.
Código modelo del proceso penal acusatorio de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos.
Iniciativa con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales presentada por el titular del Poder Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 2011.

III. Legislación extranjera

Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Código de Procedimiento Penal Alemán.
Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica.
Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia.
Código Procesal Penal de la República de Chile.
Código Procesal Penal de la República del Salvador.
Código Procesal de la Nación Argentina.
Constitución de la República de Brasil.
Ley de Enjuiciamiento Civil Español.

IV. Referencias electrónicas

BELLVER, Juan Manuel, Fresneda, Carlos, Sánchez, Rosalía, Hernández Velasco, Irene, Colás, Xavier y Ramírez, María, 2013 “El tribunal popular en el mundo, líder mundial en español”. El Mundo, (fecha de consulta 1 de mayo de 2016).
BUNGE, Mario. La Ciencia: su método y su filosofía, p. 1. <http://www.ateismopositivo.com.ar/Mario%20Bunge%20%20La%20ciencia%20su%20metodo%20y%20su%20filosofia.pdf> (fecha de consulta 10 de mayo de 2016).

Centro de Estudios de Historia de México. Fundación Carlos Slim. 2014-2016, Conaculta. Curiosidades del Pasado, (fecha de consulta 1 de mayo de 2016).

CORTIZO, Ernesto, La lógica dialéctica contra lógica formal. Social Analysis, (fecha de consulta 6 de mayo de 2015).

Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SETEC. http://www.cwagweb.org/pdfs/AP/codes_and_references/INICIATIVA_CFPP_new.pdf

LA PRUEBA LIBRE Y LÓGICA
Sistema Penal Acusatorio Mexicano
Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2016;
en Servicios Profesionales en Impresión (SEPRIM),
Amelia Hernández Ugalde HEUA-730908-AM1
Cda. de Técnicos y Manuales 19-52, Lomas Estrella,
Iztapalapa, C.P. 09880, Tel. 54497754 y 54437753
Tiraje 1,700 ejemplares

LA PRUEBA LIBRE Y LÓGICA

Sistema penal acusatorio mexicano

La prueba en el sistema penal acusatorio mexicano tiene diversas connotaciones, dependiendo del estado procesal con el que se relacione; así, puede denominarse evidencia, dato de prueba, medio de convicción, medio de prueba o prueba en sí misma. El camino para su perfeccionamiento será desde su anuncio, descubrimiento, ofrecimiento, admisión, exclusión, desahogo y valoración, con sus respectivas excepciones. De igual modo, la valoración de la prueba libre y lógica, es propia del sistema penal acusatorio mexicano e involucra diversos estándares probatorios y no sólo uno de ellos; por ello, se considera que pueden ser más o menos graduados, en directa proporción a su exigencia.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

ISBN 978-607-9013-13-4



9 786079 013134