LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Mariela **Ponce Villa**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral

Mariela Ponce Villa

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2019

Primera edición: julio de 2019

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral

© Mariela Ponce Villa

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-53-0

Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Agradecimientos. 11

Presentación 13

Capítulo I
Evolución de los sistemas procesales

1. Orígenes 21
2. Sistema procesal acusatorio. 21
3. Sistema procesal inquisitorial 23
4. Sistema mixto 24
5. Resurgimiento del procedimiento acusatorio y oral. 26

Capítulo II
Breve referencia al garantismo

1. ¿Qué es garantismo? 29
2. Origen del garantismo penal. 35
3. El resurgimiento del garantismo: su sistematización 38

Capítulo III
Fines del proceso

1. Formas de gobierno y teleología procesal 41
1.1. Sistema acusatorio 41
1.2. Sistema inquisitorial. 43
1.3. Sistema mixto 45
2. Teleología política 55

Capítulo IV
La epistemología del proceso
penal acusatorio y oral

1. Las garantías procesales 59
2. Dos modelos procesales: el decisionista y el garantista . . 61
2.1. La verdad *controlada* y *controlable* 62
3. Las pruebas en el procedimiento acusatorio y oral. 76
4. El carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral 81

Capítulo V
La epistemología de la decisión judicial
en el procedimiento acusatorio y oral

1. Rigor en la sentencia 107
2. Aspectos de la sentencia en el nuevo procedimiento acusatorio y oral. 110
3. Sistema de valoración de pruebas y motivación 117
4. Carácter epistemológico 121

Conclusiones. 125

Bibliografía 133

Agradecimientos

Este libro es solo una parte de la investigación que realicé para obtener el grado de doctora en Derecho en 2014.

Tuve que actualizarlo para presentar esta versión, lo cual no hubiese sido posible sin el ánimo que desde un inicio me expresó el sínodo para publicar aquella investigación. En especial el doctor Jaime Cárdenas Gracia, quien siempre fue un guía en mi investigación, sugiriendo autores y teorías, siendo también el más insistente para presentarla como libro. El doctor Juan Ricardo Jiménez Gómez, de quien siempre aprendo metodológicamente, me sugirió hacer adecuaciones para su publicación. El doctor Miguel Carbonell, quien me inspira día a día para escribir, aportar y difundir razones jurídicas.

También agradezco enormemente a mi gran amigo, el profesor Rogelio Flores, porque desde que le externé mi deseo de realizarlo, me impulsó, me presionó y se convirtió en una especie de conciencia que a menudo preguntaba sobre los avances del libro. Gracias a eso, su publicación es hoy una realidad.

Mi gratitud a quienes se tomen un tiempo para leerlo. Deseo que represente un aporte al conocimiento y aplicación del procedimiento penal acusatorio y oral.

Por último, mi total agradecimiento a mis hombres: Juan Martín y Sebastián, por permitirme, sin reproche alguno, dedicar espacio y tiempo que eran de familia a la elaboración de este trabajo.

Presentación

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

Si el propósito de cualquier tipo de conocimiento es llegar a establecer una verdad, entonces debe existir un método riguroso que permita la aceptabilidad de esa verdad, tal como aquella que deriva de un método científico, para que se acepte como teoría, como saber científico, invencible hasta en tanto no aparezcan condiciones o circunstancias que la modifiquen.

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

Estas posturas metodológicas no son exclusivas de las ciencias experimentales, duras, exactas o deshumanas, como quiera llamárseles, sino que son inherentes a toda empresa que tiene como fin, como propósito, llegar a una verdad. Considero como verdad, no la absoluta, sino la relativa en la materia del derecho y, en específico, la que se emite para dirimir controversias jurídicas; una verdad derivada de argumentaciones de los adversarios si logran demostrar su respectiva postura, demostración que está dada por las pruebas aportadas al proceso. Si bien es cierto que un conflicto jurídico está lejos de ser incluido dentro de las ciencias experimentales —como desde entonces distinguió Aristóte-

les al hablar, por un lado, de los primeros y segundos analíticos y, por el otro, de retórica y dialéctica—, también lo es que no debemos soslayar que la finalidad es la misma: llegar al conocimiento verdadero y, como tal, debemos tener una metodología propia y confrontar las verdades iniciales para que esa decisión final se sostenga, sobre todo para que sea justa y equilibrada, que es lo que busca un procedimiento judicial.

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

Entonces, ¿cómo es un procedimiento penal?, ¿cómo se llega al conocimiento y establecimiento de la verdad dentro de ese procedimiento penal?, ¿hay rigor metodológico en el establecimiento de esa verdad?

Si bien el procedimiento acusatorio y oral se encuentra vigente y es aplicable en toda la república mexicana a partir del 18 de junio de 2016, es necesario hacer referencia al procedimiento penal mixto para comprender mejor las diferencias, pues además, este último no se ha extinguido, sigue siendo aplicable a los procedimientos en trámite que se iniciaron bajo su vigencia.

Esto genera, aun hoy, tres años después de la aplicación del nuevo procedimiento, que existan confusiones y no se deje

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

del todo la ideología del sistema tradicional, lo cual es comprensible: estuvo vigente durante dos siglos, y muchas de esas confusiones se relacionan con el desconocimiento o la falta de reflexión sobre el cambio en los fines que persigue cada procedimiento, así como la metodología que cada uno sigue para el establecimiento de la verdad legal.

Hay algo esencial en el procedimiento tradicional: el juez toma las decisiones en torno a la verdad —juicio—, basándose en pruebas que no presenció directamente, ya que la mayor parte de prueba eficaz es recabada únicamente por el agente del ministerio público y queda constancia de su desahogo a través de formalismos: por escrito, con firmas del fiscal y su fedatario, asentando la fecha, en papel oficial, con sellos y folios, etc.

La etapa más importante es la primera, en donde el ministerio público, como autoridad, recaba y desahoga diligencias que tienen un estándar de prueba, suficiente, si se cumple con las formalidades para sostener una sentencia definitiva. Hay probanzas que se desahogan ante el juez o su auxiliar, en la etapa del proceso, pero generalmente son medios de prueba que complementan los de la averiguación previa (p. ej., ampliación de declaración o careos). Así, el órgano jurisdiccional se convence de una *verdad* que obtiene de la lectura de actas, no de lo que escucha directamente de los testigos y, muy importante, esos testimonios o dictámenes periciales nunca son confrontados por la defensa del imputado. Me parece que esto no nos ofrece nada de rigor metodológico, porque la *verdad* del acusador nunca se *verifica* fehacientemente ante el juez, que es a quien hay que convencer. Además, esa *verdad* nunca se *confronta* realmente por la defensa. Como dice Luigi Ferrajoli, se trata de una *verdad de Estado*.

Actuando así, ¿el Estado se legitima al ejercer el derecho de castigar?, ¿las decisiones judiciales generan confianza en cuanto a su sentido, ya sea de absolución o de condena?, ¿qué tipo de Estado es el que juzga a una persona bajo tales estándares?, ¿existe correspondencia entre la ideología actual del Estado con esta forma de proceder?, ¿cómo debe ser un procedimiento penal?, ¿es factible un procedimiento penal con rigor metodológico? Si es así, ¿el proceso penal tiene un carácter epistemológico?

Estos interrogantes son el objeto de estudio del presente trabajo, partiendo del carácter acusatorio del procedimiento, que incluso se cree que es nuevo, aunque no es así: del sistema o del principio acusatorio ya éramos parte (art. 21 constitucional, que siempre ha establecido que al ministerio público le corresponde la investigación y acusación y al poder judicial la imposición y —ahora también— la modificación de las penas). Lo nuevo será cómo concebimos y aplicamos el principio acusatorio, esto es, la relación, distancia e independencia entre el órgano acusador y el órgano jurisdiccional, las facultades otorgadas a un ministerio público y a un juez en el desarrollo del proceso. Lo nuevo, al menos para nuestro país, también es el carácter oral y adversarial en el proceso. Es un lugar común confundir los términos y pensar que al denominar al nuevo procedimiento como "acusatorio", ya vienen dados automáticamente el carácter oral y adversarial. Esto no es así.

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

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

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

todo a comprender, las finalidades de cada sistema procesal en correspondencia con el poder del Estado.

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

Estos tres caracteres: teórico, político y procesal, permitirán tener un análisis completo del nuevo procedimiento penal y así estar en posibilidades de delinear sus rasgos distintivos, a efecto de demostrar el carácter epistémico que tiene esta nueva manera de proceder en la impartición de justicia en materia penal. El enfoque teórico, porque nos describe qué es el garantismo y qué se requiere para que un procedimiento penal sea calificado como garantista. El enfoque político, ya que nos ayuda a entender las finalidades de ese procedimiento y la ideología que circunda al mismo. El enfoque procesal, porque nos muestra los estándares para la demostración y decisión en el nuevo procedimiento penal.

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

Existen autores que nos hablan del tema. Ferrajoli, por ejemplo, distingue entre procesos decisionistas y epistémicos, ubicando en este último al garantista, pero lo hace solamente desde el plano teórico, es decir, desde la teoría del garantismo penal, y describe el ideal de procedimiento que debería existir. Mi propósito aquí es distinto porque, si bien tengo que partir de ese modelo teórico, lo contrasto con la realidad, y llamo realidad a las normas constitucionales ya existentes y a la práctica que tengo de más de diez años en el procedimiento penal oral.

Otro autor es el procesalista contemporáneo Michele Taruffo, quien sostiene el carácter no epistémico del procedimiento, basándose en que existen reglas de exclusión de pruebas —lo que

limita el conocimiento—, la llamada prueba tasada —que limita al juez para valorar la prueba—, el hecho de basarnos en testigos —la credibilidad o confiabilidad que puede o no tenerse en los atestes, y el que no confía en el llamado interrogatorio cruzado de testigos al modo americano—, así como el papel del juez —activo en el caso de las partes, *versus* pasivo, es decir, el que se limita a controlar y dirigir el proceso, apostando Taruffo por el modelo de juez activo—. En este aspecto demostraré en cada punto, a partir de las normas tanto constitucionales como procesales y la práctica, que ello es una base para concluir y demostrar el carácter epistémico del proceso.

Todos estos puntos de análisis son diametralmente opuestos al sistema tradicional mixto, y es en el carácter epistémico en donde fundamento y justifico la necesidad del nuevo procedimiento penal, a partir de la ideología actual que se desprende de la Constitución general: el respeto a los derechos humanos ahí reconocidos, así como en los tratados internacionales, y la observancia y aplicación del debido proceso como un derecho fundamental contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, el juicio justo.

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

Mi investigación se desarrolla desde una perspectiva normativa, analítica y empírica. Normativa, porque parto de las normas fundamentales —derechos, principios, garantías— constitucionales, convencionales y procesales, así como de la inter-

pretación jurisprudencial. Analítica, porque me refiero a la estructura procedimental para culminar con un juicio —sentencia—. Y empírica, porque si bien parto de lo teórico y normativo, lo complemento con lo que en realidad sucede en la tramitación de un procedimiento penal, tanto de tipo mixto como acusatorio, imprimiendo mi experiencia de 11 años trabajando en el procedimiento acusatorio y oral.

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

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

Parto, en el capítulo inicial, de la evolución de los sistemas procesales, para mostrar que el primero en aparecer en la historia es el procedimiento acusatorio y no el inquisitorial. Esta evolución nos ayuda a comprender de mejor forma las razones y momentos históricos y políticos en los que fue surgiendo cada modelo procesal: acusatorio, inquisitorial y mixto.

En el capítulo segundo hago una breve referencia al garantismo, precisando qué debe entenderse por tal, así como la ideología y razones políticas de su nacimiento.

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

Los capítulos IV y V son torales: en ellos demuestro que el procedimiento acusatorio y oral tiene un carácter epistemológi-

co, tanto en el proceso como en la decisión. Hago el comparativo ferrajoliano entre modelo decisionista y garantista y le pongo contenido a lo que Ferrajoli denomina verdad controlada y controlable. Refuto las posturas de Taruffo al negar el carácter epistémico del proceso penal y demuestro una a una, tanto desde lo normativo como desde lo práctico, el carácter epistemológico. Punto por punto señalo en qué consiste el carácter epistemológico del procedimiento acusatorio y oral.

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

Mariela Ponce Villa
Querétaro, México, junio de 2019

Capítulo I
Evolución de los sistemas procesales

1. Orígenes

Es un lugar común decir que con la irrupción de los llamados *juicios orales* estamos iniciando un procedimiento de tipo acusatorio, y que venimos de uno mixto al que le antecede el inquisitorial. Esto no es así.

El sistema procesal que apareció primero fue de tipo acusatorio, en la Grecia antigua hacia el siglo v a.C., y fue una creación del propio pueblo. Le sigue el inquisitorial, que surge a finales del siglo xii e inicios del xiii, creado por la Iglesia. Estos dos, acusatorio e inquisitorial, son los únicos dos modelos procesales existentes, porque el procedimiento mixto es eso: una mezcla entre el acusatorio y el inquisitorial, y lo que tenemos a partir del 18 de junio de 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es, nuevamente, un procedimiento acusatorio y oral, es decir que regresamos al origen: todo es cíclico.

2. Sistema procesal acusatorio

El proceso jurisdiccional surge como consecuencia de la imposición coactiva de límites por parte del Estado al régimen de la justicia privada, único medio conocido en los tiempos primitivos. Los primeros procedimientos de este tipo y de los que tenemos noticia —tanto en el antiguo Egipto como en la Grecia democrática, en la Roma republicana y en los tiempos prehispánicos de

América— se desahogaban de manera oral, pública y ante el pueblo, asistido por un grupo de expertos (ancianos). De acuerdo con Tamayo, lo anterior se refleja en el más antiguo registro de un procedimiento jurisdiccional en la antigua Grecia, que es el que el dios Hefesto grabó en el escudo de Aquiles y que describe Homero en *La Ilíada,*[2] esto —según Tamayo— en el siglo IX o en el siglo VIII a.C.,[3] y que es precisamente la representación de un proceso.

También se tiene noticia del procedimiento de las *legis actiones* de los primeros romanos, que se caracterizaba por una manifiesta división en dos etapas. La primera, *in jure,* tenía lugar ante un magistrado, bajo cuya supervisión se sustanciaban todos los preliminares. En la segunda etapa, *apud iudicem,* la controversia se decidía; este acto tenía lugar ante el *iudex*. Una vez que terminaba el uso privado de la fuerza, los *adversarii* se sometían a una ceremonia pública ritualizada en la primera etapa (preliminar). En la segunda etapa, los ancianos pronunciaban su decisión uno por uno y la decisión final era tomada por el pueblo reunido.

De igual forma, en el juicio de Orestes, Tamayo explica que tienen lugar dos etapas. La primera, *in jure,* cuando Atenea atiende a la petición de Orestes de iniciar un juicio que lo libere de una venganza en su contra. Atenea acepta e inicia la segunda etapa del proceso, donde, una vez que las partes y los testigos han sido oídos, declara visto el proceso y se dirige a los jueces para pedirles que produzcan su voto y, conforme a su juramento, pronuncien un justo veredicto.[4]

De lo anterior podemos afirmar que los primeros procedimientos tenían las características de procedimientos acusatorios, adversariales, orales y públicos. *Acusatorios,* porque en la ya democrática Grecia, una persona podía acudir a solicitar justicia y reclamar de otro lo que creía le correspondía, de tal forma que

---

2 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general de derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica),* México, Themis, 2003, p. 455.

3 Tamayo y Salmorán, Rolando, *El origen del proceso (A la luz de la obra de Hans Julios Wolf),* México, Facultad de Derecho-IIJ-UNAM, 2010, p. 30.

4 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general de derecho..., cit.,* p. 468.

una persona acusa y otra resuelve —el pueblo reunido en asamblea y después de escuchar el consejo de los sabios—. *Adversariales,* porque el conflicto se daba entre dos partes opuestas y eran estos, los adversarios, los que hacían valer sus posturas ante la asamblea reunida. *Orales y públicos,* porque todo el debate se concentraba en una asamblea que se realizaba ante el pueblo, precisamente por la democracia que comenzaba a instalarse.

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

3. Sistema procesal inquisitorial

De un modelo existente surge su antagónico. En este caso, al procedimiento acusatorio, caracterizado por la publicidad, transparencia, oralidad, agilidad y concentración, se le opone el inquisitorial, en donde el procedimiento ya no es público —excepto la ejecución de la pena— y, por ende, no garantiza transparencia; no es oral sino escrito; no es ágil sino que se prolonga de manera excesiva en el tiempo; no hay concentración para el debate, es más, ni siquiera hay debate, porque la acusación pasa a ser pública y ya no se deposita en una persona agraviada, dado que el ofendido era Dios o la Iglesia, de tal forma que la acusación pasa al soberano y, por la forma de gobierno imperante, la soberanía recaía en una persona, no en el pueblo, lo que genera que la misma persona que acusa es quien juzga: todo se concentra en un órgano, a diferencia del acusatorio, en donde hay separación entre acusación y decisión.

Ferrajoli describe el procedimiento inquisitorial de la siguiente forma:

> [...] el proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundiéndose después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipo de delitos; [...] organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento; generando y, a su vez, alimentándose, de aquella "«multitud de formalidades» de «intrigas y laberintos» inventados por las «milicias togadas»" y las "doctorales legio-

> nes" que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores.[5]

El modelo inquisitorial surge en el siglo XIII con las Constituciones de Federico II. Los máximos exponentes del sistema inquisitorial son el Santo Oficio de la Santa Iglesia Católica Apostólica Romana y la Santa Inquisición española; que se caracterizan por las formas y procedimientos inhumanos que seguían. El método probatorio eran las ordalías o juicios de Dios, a través de los cuales sometían al acusado a pruebas inhumanas para que demostrara su inocencia. Bajo este sistema, toda persona era culpable, salvo que probase su inocencia, y se institucionalizó la tortura como un método eficaz para saber lo que realmente pasó. Todo esto por considerar como ofendido a Dios o a la Iglesia.

4. Sistema mixto

El procedimiento penal mixto, o también llamado tradicional —aún vigente para los casos que se iniciaron bajo dicho sistema—, surge en el siglo XIX derivado del pensamiento ilustrado, al consolidarse los ideales de la Revolución francesa correspondientes al moderno derecho penal en los códigos napoleónicos; su eje rector era el reconocimiento de los derechos del ciudadano o, más bien, en primer término, considerar a un acusado como persona.

Es mixto porque toma elementos característicos del procedimiento acusatorio y otros del inquisitivo. En un primer momento, esta mixtura surge más cargada hacia lo acusatorio y con muy poco de lo inquisitorial. De este último se conservaron: el carácter escrito —por la desconfianza en los jueces y para evitar conmover con el uso de la elocuencia— y el carácter reservado de la investigación, porque es el Estado quien acusa —como el soberano, pero ahora el soberano es el Estado y no una persona—. Se retoma el carácter acusatorio, que si bien se deposita

[5] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 566.

en el Estado, hay un órgano —ministerio público o ministerio fiscal— que acusa y el juez juzga, ambos pertenecientes a poderes independientes, de acuerdo con la división de poderes delineada por Montesquieu.

El resto de los caracteres procesales: publicidad, contradicción, inmediación y concentración permaneció del sistema acusatorio, aunque con el paso de los años —de los siglos— se fue distorsionando, y el mixto tuvo mayores elementos del inquisitorial que del acusatorio, porque no era *público,* pues aunque la leyes lo decían, realmente era imposible presenciar una diligencia sin ser parte procesal, pero, además, lo importante no es solo presenciar una audiencia, sino observar todo el desarrollo del proceso y conocer la decisión del juez, lo que no permite un procedimiento largo, larguísimo, en donde no había concentración ni continuidad. No había *inmediación* del juez, sino que eran sus auxiliares quienes desahogaban las diligencias. Tampoco había *contradicción,* porque la prueba se formaba en la primera etapa del procedimiento a cargo del ministerio público, quien actuaba como autoridad y sin presencia ni actividad de la defensa, aunado al hecho de que se fortaleció con jurisprudencias,[6] de donde se aplicaba como norma el que las pruebas recabadas de manera inmediata posterior a los hechos —inmediatez de la prueba— tenían mayor valor probatorio y que si un testigo, ofendido o imputado se retractaba y no lo probaba, tendría mayor valor su declaración primigenia.

Todo esto hizo imposible el ejercicio de la contradicción de la veracidad de la prueba de la fiscalía, a lo que se suma que el ministerio público es institución de buena fe y que, además, su subordinado le daba fe pública a su actuación. Aunado a ello, no había *oralidad,* pues si bien las pruebas se desahogaban verbalmente, eso no era oralidad, o eso no es a lo que se refiere la ora-

---

6 *Cfr.* Tesis aislada con núm. de registro 245406, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, vol. 187-192, Séptima Parte, p. 375. Confesión. Retractación de la.
Tesis VII.1o.(IV Región) 3 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Décima Época, lib. XVI, t. 3, enero de 2013, p. 1994. Retractación. Requisitos que deben satisfacerse para otorgarle valor probatorio.

lidad. Lo que existe es un expediente en donde las pruebas se convierten en documentales, que después el auxiliar del juez lee para prepararle un proyecto que este revisa y posteriormente lo autoriza como sentencia.

El procedimiento penal mixto fue lo mejor que pudo haber surgido a inicios del siglo XIX, precisamente porque se venía de una época inhumana en el derecho penal, de abusos, de castigos excesivos indignos para la persona —procedimiento inquisitorial—; se desconocía por qué una persona era condenada a las múltiples y creativas formas de castigar, no había un procedimiento válido antes de llegar a la condena. Así es que, bajo los ideales de igualdad, libertad y el humanismo característico de la Ilustración, surge una nueva forma de gobierno y, por ende, una nueva forma de juzgar, lo que siempre va a ser correlativo.

5. Resurgimiento del procedimiento acusatorio y oral

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

En el procedimiento acusatorio, el inculpado es siempre un *sujeto de derecho,* titular de garantías frente al poder penal del Estado, garantías tanto sustantivas como procesales necesarias para las exigencias del *debido proceso,* que constituyen límites para el poder del Estado. Esto es, se minimiza el poder del Estado y se maximizan los derechos de las personas, sobre todo, se hace efectivo el *derecho de defensa,* no solo por el hecho de que el inculpado cuenta con un defensor, sino por la oportunidad efectiva que

tiene de contradecir las pruebas de la acusación y, más aún, por contar con una *igualdad* entre ambas partes, en primer término, porque las pruebas del ministerio público recabadas en la investigación no tienen mayor valor que las de la defensa, sino que ambas se producen hasta la audiencia de juicio frente al juez y con la asistencia de todas las partes. La igualdad entre las partes, según Ferrajoli, se traduce en que "la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación. En segundo lugar, porque se admite su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento, y en relación con cualquier acto probatorio",[7] refiriéndose el primero al hecho de que el inculpado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público y, la segunda, al grado de intervención de la defensa durante el procedimiento.

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

[7] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 614.

Capítulo II
Breve referencia al garantismo

1. ¿Qué es garantismo?

Se habla mucho de garantismo y se cita aún más. Se escucha en algunas ocasiones decir que un juzgador es *demasiado* garantista (no es una cuestión de grado), al extremo de que se tenga una idea de que el garantismo es negativo o permite que un responsable no enfrente su procedimiento penal *por cualquier formalismo*. Esto no es así.

Por garantismo debemos entender la *real y efectiva* tutela de los derechos fundamentales. No basta con tener derechos y garantías y plasmarlos en una Constitución, pues así todos somos garantistas, sino que la finalidad del garantismo es *realmente* observarlos y respetarlos, hacerlos *efectivos en la práctica,* ya que, de lo contrario, como dice Cárdenas, se convertiría en una falacia garantista,[8] esto es, los derechos están contemplados a favor de las personas, pero en la práctica se transgreden o violentan, ya por vicios legales, ya por prácticas del sistema.

Por ello, y para evitar lo anterior, el garantismo propone establecer *instrumentos* para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros y, sobre todo, por parte del poder estatal, lo que tiene lugar mediante el establecimiento de *límites al poder,* es decir, minimizar el poder

[8] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho,* México, Porrúa, 2005, p. 93.

del Estado, minimizar su papel punitivo, a fin de *maximizar* la realización de los derechos fundamentales de las personas. Así, el garantismo consiste en la creación de instrumentos o herramientas que permiten que el derecho reconocido se respete, se cumpla. En términos muy sencillos y entendibles, el garantismo es:

a) la mínima intervención del Estado;
b) maximizar los derechos de las personas y minimizar el poder de acción de la autoridad al marco constitucional y legal;
c) crear los instrumentos y las técnicas necesarias que permitan una real protección y garantía de los derechos fundamentales reconocidos, y
d) el establecimiento de una verdad legal a partir de controles en la verificación y refutación de la prueba de cargo.

a) Mínima intervención del Estado

La reacción del Estado en materia penal es de las más drásticas, porque restringe o afecta derechos fundamentales (derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio, a las comunicaciones privadas).

Bajo esta premisa, el Estado se legitima actuando frente al gobernado solo en los casos de *extrema ratio,* que será cuando exista necesidad ante el tipo de lesión que causa una conducta delictiva que, si bien afecta a un persona en específico, a la par se ve lesionada la sociedad en general. Los principios sustantivos de necesidad y lesividad permiten que solo determinadas conductas sean llevadas al terreno de lo penal, porque no existe otra reacción a través de la cual se pueda dar una respuesta efectiva. Lo anterior es el principio de reserva de ley en materia penal, pues solo por considerar delictiva una conducta en una ley penal se puede imponer la pena exactamente aplicable al caso concreto.

Cuando se tiene un cuerpo normativo penal que considera demasiadas conductas como delictivas, se debilita el Estado democrático y tiene mayor semejanza con uno autoritario.

Ferrajoli llama a ello crisis del Estado social, que se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los

intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de la generalidad y abstracción de las leyes y una legislación fragmentaria, bajo el signo de la emergencia y la excepción, pretendiendo con lo anterior que, al considerar una conducta nueva como delictiva, aumentar la pena o considerarla grave —hoy, de prisión preventiva oficiosa—, se dé una respuesta efectiva de protección al grupo social, cuando en realidad esto no es así.

b) Maximizar los derechos de las personas y minimizar el poder de acción de la autoridad al marco constitucional y legal

El garantismo es frenar el poder absoluto de la autoridad, ponerle límites cuando actúa frente al gobernado en materia penal, precisamente por ser el Estado. Si la legislación no controla o pone solo límites formales a la autoridad, el Estado democrático se debilita y genera un abuso de poder que se reflejará en la falta de un proceso adecuado, debido, justo. El juicio justo siempre implica igualdad y equilibrio.

Cuando se reconocen derechos a favor de las personas, en automático se limita o reduce el campo de acción de la autoridad. Y esto no significa que el garantismo no permita hacer mucho y que con ello se genere impunidad. Lo que significa es que la autoridad, al restringir derechos de un imputado, debe ajustar su actuación siempre a lo permitido por la Constitución.

Se debe partir siempre de la Constitución, porque es donde se consagran los derechos reconocidos a favor de las personas, pero también sus restricciones.

Esta minimización de poderes del Estado para actuar frente al gobernado se refleja con el diseño procedimental establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad y justicia, y que se complementa con la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, porque se amplía la gama de derechos fundamentales y su protección, lo que constituye un límite al poder del Estado, ya que el principal límite a este es, precisamente, el reconocimiento de derechos de los gobernados.

Lo anterior está relacionado con la creación de la figura de los jueces de control (art. 16 constitucional, párr. catorce), dado

que si un imputado se niega a proporcionar una muestra para análisis pericial, a ser reconocido o a entregar y que se le revisen dispositivos electrónicos, el fiscal ya no puede actuar como autoridad y llevarlo a cabo, sino que tendrá que solicitar autorización a un juez de control, quien, bajo el principio de proporcionalidad, determinará si la restricción en el derecho fundamental de que se trate es la idónea, necesaria, para lograr un fin constitucionalmente legítimo y proporcional al caso concreto. También se acude al juez para la práctica de cateos, intervención de comunicaciones, geolocalización en tiempo real o extracción de información o imágenes en medios de almacenamiento. Esto es frenar la autoridad del Estado e intervenir un derecho solo cuando sea estrictamente necesario.

c) Crear los instrumentos y las técnicas necesarias que permitan una real protección y garantía de los derechos fundamentales reconocidos

Debe garantizarse el efectivo goce de los derechos reconocidos constitucionalmente, de lo contrario, de nada sirve tener el reconocimiento del derecho.

El garantismo exige que en la práctica se instrumenten procedimientos, herramientas, lo que sea necesario para que los derechos sean reales y efectivos.

Un ejemplo claro de lo anterior es el artículo 17 constitucional, párrafo segundo, que consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través de una justicia pronta y expedita. Pero en la práctica del sistema tradicional, la justicia ni era pronta ni era expedita.

La misma Constitución diseña un sistema de justicia a través del cual se logra que tal derecho sea real en la práctica. ¿Cómo? *a)* introduciendo los mecanismos alternativos de solución de controversias; *b)* creando instituciones novedosas para nuestro país, como el principio de oportunidad reglado a cargo del ministerio público y el procedimiento abreviado, y *c)* para el procedimiento ordinario, ordenando un proceso cuya característica es la oralidad, bajo los principios de concentración y continuidad, lo que genera concentrar etapas procesales, continuidad en la recepción de las pruebas y de los alegatos y un sistema de

audiencias en donde, previo debate, el juez resuelve la controversia planteada. Lo anterior, propicia una justicia más pronta y expedita.

Otro ejemplo es el principio de inocencia, para cuyo respeto y observancia en la práctica se reducen las posibilidades de iniciar un procedimiento siempre con orden de aprehensión —como sucedía con el sistema mixto— y se reduce también la prisión preventiva.

d) El establecimiento de una verdad legal a partir de controles en la verificación y refutación de la prueba de cargo

Más adelante me referiré en extenso a este punto del garantismo,[9] por el momento, preciso que al ser el Estado —a través de un agente del ministerio público o fiscal— quien investiga y después acusa, es a quien le corresponde obtener lo que más adelante será prueba, a través de la cual acreditará sus hipótesis de acusación.

El garantismo es muy exigente con el Estado en la obtención de los medios de prueba, pues si estos se obtienen violentando un derecho fundamental, la misma Constitución ordena que deben anularse con todo lo que ello puede implicar (art. 20 constitucional, apdo. A, fracc. IX). Esto es sumamente positivo, porque incentiva a las autoridades de investigación a ajustar su actuación no solo a una estricta legalidad, sino, de forma sustancial, al respeto a los derechos humanos. También obliga al juzgador a no sentenciar con base en pruebas ventajosas, es decir, probanzas obtenidas por el fiscal con violación a derechos fundamentales. De esta manera, el resultado del juicio será mucho más confiable.

Así, el garantismo es un modelo de estricta legalidad, propio del Estado de derecho (entendido en el plano *epistemológico* como un poder mínimo; en el plano *político* como técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano *jurídico* como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los

[9] Se relaciona con las máximas 9 y 10 del garantismo.

ciudadanos).[10] Además, una norma será válida si y solo si hay un respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional, lo que hoy tenemos derivado del artículo 1 constitucional reformado el 10 de junio de 2011 y de las jurisprudencias emitidas con motivo de la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, que establecen que el parámetro de control de regularidad constitucional de las normas son los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es vinculante para todos los jueces del Estado mexicano, así como la jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 259/2011, que señala que los jueces deben realizar un control de constitucionalidad de las normas secundarias para evitar afectar derechos humanos.[11]

De todo lo anterior se deduce que para hablar de garantismo debe existir un sistema de legalidad, un respeto irrestricto a las normas fundamentales y un control sobre el poder de los órganos del Estado encargados de garantizar esos derechos fundamentales; controles que hoy existen para el Estado en etapa de investigación de los delitos, para obtener pruebas de

---

10 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 851.

11 Jurisprudencia y tesis emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:
Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 202. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.
Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 204. Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.
Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, lib. XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 420. Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011).

manera lícita y en respeto a los derechos humanos y dignidad de las personas. Dicen Abreu y Le Clercq: "[...] la Constitución mexicana en el siglo XXI reafirma que no es posible concebir el bienestar de la persona sin el reconocimiento pleno de su dignidad a través de la protección y disfrute de los derechos fundamentales".[12]

La idea *garantista* está basada, más que nada, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas; todo en torno al ser humano, a la humanidad. Protágoras de Abdera refirió que *de todas las cosas, el hombre es la medida; de las que son, por lo que son; de las que no son, por lo que no son*. El antecedente del garantismo es este principio, porque con él, en palabras del doctor Tamayo (2004), Protágoras formula la divisa del humanismo.

2. Origen del garantismo penal

El padre del garantismo es Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Tamayo refiere, a propósito de Beccaria, que: "[...] atacó las prácticas bárbaras de su época: uso de la tortura, procesos secretos, corrupción de magistrados, penas brutales y degradantes [...]".[13] Por supuesto que existieron otros autores que contribuyeron al nacimiento del derecho penal moderno: bajo una idea de contar con códigos y leyes penales escritas donde se describieran los delitos y los castigos para que el ciudadano tuviera conocimiento (principio de legalidad), las ideas de Filangieri, Romagnosi. En cuanto a tolerancia religiosa (la intolerancia religiosa era llevada al campo de los "delitos" y penas severas), está Voltaire, quien insistió sobre los errores judiciales bajo los cuales eran juzgadas las personas. Pagano estuvo en contra de la tortura, institucionalizada por la Inquisición, y propuso castigos menos severos

[12] Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México,* México, Porrúa, 2011, p. 10.

[13] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas,* México, Fontamara, 2013, p. 94.

y la abolición de la pena de muerte. Le Trosne,[14] que habla del principio de inocencia y la necesidad de que el juez sea un árbitro justo. Bentham, que realizó grandes contribuciones al derecho penal y procesal penal al hablar de las penas, de la publicidad de los procedimientos, de construir una teoría sobre las pruebas y de la reforma en el derecho penitenciario. Todos ellos con un común denominador: el respeto a la persona que debía ser juzgada bajo parámetros razonables.

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

Las ideas que dieron nacimiento al humanismo en el moderno derecho penal surgen como rechazo al contexto político absolutista. El príncipe, señalan Abreu y Le Clercq,[15] era considerado como la fuente de todo derecho, en el que no se concebía a una persona como portadora de derechos. Ese derecho era creado, modificado y violado libremente por el soberano en contra de las personas. Era el estado de desorden, de caos, que posteriormente transitó al Estado de derecho, de orden, de reglas, de leyes. La diversidad de creencias religiosas estaba prohibida y los actos de quienes no eran cristianos eran tomados como ofensas al soberano, de ahí que el castigo era más que enérgico, no solo por ir a la horca o a la hoguera, sino por los tormentos que se infligían al condenado previo a la aplicación de la pena de muerte. Es una época que nos sorprende por la creatividad e imaginación que se tuvo para aplicar castigos corporales.

Dice Ferrajoli[16] que la historia de los castigos "es una historia de horrores", y solo basta recordar esos medios de tortura, como el empalamiento, la rueda, el gota a gota, el empleo de anima-

[14] Cit. por Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión,* México, Siglo XXI Editores, 2010, p. 102.

[15] Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *op. cit.,* p. 35.

[16] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 603.

les como la cabra, que lamía los pies del condenado untados con grasa y sal hasta desprenderle la piel, los caballos utilizados para el descuartizamiento, etc., todo lo cual, enfatiza Foucault,[17] era un suplicio ritualizado como operador político, pues se inscribe lógicamente en un sistema punitivo en el que el soberano, de manera directa o indirecta, pide, decide y hace ejecutar los castigos, en tanto es él quien, a través de la ley, ha sido alcanzado por el crimen.

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

Este es el panorama en el que los autores citados, principalmente en el siglo XVIII, generan gran producción literaria en torno a cómo debían ser los procedimientos penales, cuándo castigar y cómo prohibir. En su obra, Beccaria introduce el principio de *legalidad* y de *reserva en materia penal,* vigente hasta hoy en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, que se traduce en que no puede imponerse una pena que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine*.

También nos habla de los principios de *necesidad* y *lesividad,* que son los indispensables para considerar una conducta como delictiva, es decir, una conducta merecerá el trato penal solo si es necesario, tomando en cuenta el grado de lesividad que ocasione al bien jurídicamente tutelado por la norma. Esto nos habla de un derecho penal mínimo, es decir, reducir la intervención del Estado a lo estrictamente indispensable para cumplir con su fin en la materia de los delitos y de las penas.

Hablando de las penas, en el siglo XVIII, Beccaria introduce el principio de *proporcionalidad,* entendido como aquel que debe

[17] Foucault, Michel, *Vigilar y castigar..., cit.,* p. 65.

utilizarse para sancionar los delitos tomando en cuenta el grado de afectación, dado que toda reacción del Estado, en su derecho de castigar, debe ser proporcional al daño, porque de lo contrario se convierte en venganza: pena igual para delito igual. Además, habló de la necesidad de que las personas sean juzgadas por un magistrado y no por el soberano; que ese juez debe ser racional; sometido solo al imperio de la ley, y que debe ser justo, neutro e imparcial. Concluye su obra con lo que llama un teorema general en donde, me parece, formula el garantismo penal: *Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcional a los delitos, dictada por las leyes.*[18]

3. El resurgimiento del garantismo: su sistematización

El garantismo está basado en las ideas de la Ilustración, pero adaptado a la realidad actual, ya que resurge con Luigi Ferrajoli en los años setenta del siglo xx, con su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Trotta, 1999) y, principalmente, con *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta, 1995).[19] Como lo sintetiza muy bien Cárdenas, para Ferrajoli, el garantismo es modelo normativo, teoría jurídica y filosofía política.[20] Para este trabajo interesa el análisis del primero, es decir, del modelo jurídico, porque se relaciona con una concepción bajo la cual se reduce el papel punitivo y coercitivo del Estado y maximiza los derechos fundamentales, principalmente en el plano jurídico, por referirse al sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de las personas: garantismo penal.

Ferrajoli *conceptualiza* y *sistematiza* el garantismo, es decir, ordena las ideas de Beccaria en diez máximas, a lo que llama un

[18] Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas,* 1ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. 208.

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

[20] Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 85.

sistema de garantías en donde una deriva de la otra y que hace consistir en las reglas del juego fundamentales del derecho penal.[21] Él mismo señala que esos principios generales fueron elaborados en los siglos XVII y XVIII por el pensamiento iusnaturalista y creados para la limitación del poder *absoluto* que ya describí en párrafos anteriores, y que ahora constituyen los principios jurídicos del Estado de derecho moderno. Los divide en tres: cuándo y cómo castigar; cuándo y cómo prohibir, y cuándo y cómo juzgar. Las primeras seis máximas son sustantivas, el resto procesales, y son las siguientes:

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

Estas máximas son los límites al poder del Estado al juzgar a una persona en el ámbito penal. Si una ley sustantiva y procesal penal contiene estos principios y son reales en la práctica, podemos decir que es un procedimiento garantista.

[21] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 93.

Capítulo III
Fines del proceso

El surgimiento de los sistemas procesales a lo largo de la historia va de la mano con las finalidades que persigue cada uno de esos modelos y la forma de gobierno en la cual se encuentra inserto. Estos dos elementos nos ayudan a comprender la epistemología atinente a cada modelo procesal, pues, ya sea acusatorio o inquisitorial, el procedimiento penal concluye con una sentencia: con el establecimiento de una verdad.

1. Formas de gobierno y teleología procesal

1.1. Sistema acusatorio

Históricamente se ha hablado de dos tipos de finalidades: por un lado, los procedimientos que buscan el castigo del culpable a como dé lugar bajo la máxima de la búsqueda de la verdad histórica y, por el otro, los procedimientos que buscan la solución de los conflictos de manera efectiva, para con ello dar efectividad al derecho.[22] El primer tipo de procedimiento se inserta en un Estado autoritario, mientras que el segundo en uno democrático. Así, se ha identificado al procedimiento de materia civil —civil, familiar, mercantil— en el segundo grupo, mientras que la materia penal en el primero.

---

22 Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos,* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 38.

Los procedimientos de la antigüedad de los que hablaba en el capítulo I surgen o se describen en una Atenas democrática, reconocida históricamente como una de las primeras ciudades-Estado. Incluso, cuando se hace un comparativo entre las similitudes de los primeros procedimientos primitivos, Tamayo y Salmorán señala que se celebró un tratado entre Delfos y Pellana para procesos entre ciudadanos de dos ciudades, y es enfático en señalar que la democracia de ambos lugares era solo moderada en comparación con Atenas,[23] de donde se desprende, aun en el estudio del origen del proceso, que dicha ciudad gozaba de una organización política más tarde llamada democracia. Me parece que este fragmento de Tamayo lo ilustra mucho mejor:

> En Atenas, todo reclamo tenía que estar fundado en derecho, el magistrado no tenía facultades para crear nuevas acciones por propia autoridad y el juicio era tenido ante una asamblea de ciudadanos seleccionados por sorteo, en vez de un conciudadano escogido conjuntamente por las partes [arbitraje].[24]

Es importante hacer referencia al régimen político, porque de ello depende el tipo de proceso. Si Atenas es democrática, entonces tiene un proceso en el que se permite que una persona exija de otra el reclamo de lo que cree que le pertenece porque tiene derecho a ello. De ahí que se diseñe un procedimiento público, ante una asamblea, que es quien decide en justicia. En el juicio de Orestes, Atenea, en la segunda etapa del proceso y después de que las partes y testigos son escuchados, declara visto el proceso y dice, según Tamayo: "[...] jueces que conocen de esta causa [...] levántense de sus asientos, emitan su voto y, de conformidad con su juramento, pronuncien un fallo justo".[25]

Esta forma de proceder era así, porque a finales del siglo v e inicios del iv a.C., de acuerdo con Hernández y García, se termina con el régimen de los tiranos de Siracusa: Gelón y su sucesor Gerón. Estos personajes hicieron una expropiación ma-

---

23 Tamayo y Salmorán, Rolando, *El origen del proceso* (*A la luz de la obra de Hans Julios Wolf),* México, Facultad de Derecho-IIJ-UNAM, 2010, p. 73.

24 *Ibidem,* p. 82.

25 *Ibidem,* p. 87.

siva de terrenos a favor de soldados mercenarios y en perjuicio de a quienes les pertenecían.[26] La democracia fue restablecida en Atenas por Trasíbulo y se inician los procesos judiciales para devolver a las personas sus propiedades confiscadas durante el régimen despótico. Aquí observamos claramente cómo un régimen democrático permite un proceso judicial para el restablecimiento de derechos de las personas, impensable bajo la tiranía.

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

1.2. Sistema inquisitorial

Una vez que se instaura una forma de gobierno, no siempre prevalece. A lo largo de la historia hemos sido testigos de las cambiantes vicisitudes de los regímenes políticos, "unas veces democráticos, otras despóticos",[27] como pasó incluso en la misma Roma, que inició con un sistema acusatorio para perderse en la época de la Roma imperial con las causas de oficio por los delitos, en donde el ofendido es interés del príncipe, la parte perjudicada se identifica con el Estado y todo ello se convirtió en un instrumento de la tiranía, naciendo así el proceso inquisitivo decidido de oficio, en secreto, sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe, basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba.

---

[26] Hernández Guerrero, José Antonio y García Tejera, María del Carmen, *Historia breve de la retórica,* España, Síntesis, 1994, p. 89.

[27] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 564.

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

El sistema inquisitorial surgió para procesos de lesa majestad y en la Iglesia, como dice Ferrajoli: "[...] bajo formas todavía más terribles y feroces [surge el modelo inquisitivo], en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería, donde el ofendido era Dios y por ello la acusación era obligatoria".[28]

De igual forma, Damaska menciona que ante la expansión de la Iglesia, esta comenzó a tener poderes mucho más amplios y el ámbito de la acción estatal también se expandió, entorno en el que el delito dejó de ser considerado como preocupación hacia la víctima y, así, surge un procedimiento de investigación controlada e impulsada oficialmente, en donde el juez está obligado a, unilateralmente, buscar la verdad de un crimen.[29]

No está de más decir que bajo el esquema del soberano —como persona, no como pueblo— y de la Iglesia no hay nada más tirano que tales formas de gobierno: "El príncipe era considerado como la fuente de todo derecho: podía dictarlo, reformarlo, derogarlo o, también, violarlo", como lo señalan Abreu y Le Clercq.[30] Por eso, bajo este régimen, los procesos son totalmente opuestos a lo que se venía desarrollando con el acusatorio, es decir, si en el acusatorio se reconoce a una persona su legítimo derecho para accionar, en el inquisitivo no.

Estos modelos son opuestos porque persiguen finalidades distintas. Si bien todo proceso tiene como finalidad el establecimiento de la verdad, la verdad que se busca será diferente dependiendo del tipo de proceso: mientras que uno acusatorio busca la verdad procesal —o legal—, el inquisitorio busca la verdad histórica —lo que *verdaderamente* pasó— o, como la llama Ferrajo-

28 *Ibidem,* p. 565.

29 Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 321.

30 Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México,* México, Porrúa, 2011, p. 35.

li, la verdad deseada y perseguida en el proceso inquisitivo es una verdad absoluta o sustancial, mientras que en el acusatorio es una verdad relativa o formal.[31] La primera no admite puntos de vista contrastantes cuyo conflicto deba ser arbitrado por un juez imparcial, mientras que en el acusatorio se privilegia el libre desarrollo del conflicto entre las partes del proceso con puntos opuestos.

Esto explica las razones del proceder de cada modelo, es decir, su diseño procedimental dependerá de la finalidad que persigan.

1.3. Sistema mixto

El diseño y finalidades del procedimiento inquisitorial generó el reclamo público ante las formas irracionales, desproporcionadas y arbitrarias de juzgar, así como también ante lo irracional de los castigos impuestos contra la dignidad de las personas. En contraposición con ello surge todo el pensamiento de la Ilustración, en cuanto a cómo deberían ser los procedimientos penales, qué se debe prohibir, cómo y cuándo se debe juzgar y cómo imponer una pena, recuperando de esta forma un procedimiento acusatorio, lo cual se entiende mejor si nos situamos en el contexto histórico en el que del Estado absolutista se transitó hacia el Estado de derecho, en el que se impusieron límites a la autoridad y se reconocieron derechos a favor de las personas.

Beccaria diseña un procedimiento acusatorio: mínima intervención del Estado, juzgar con respeto a los derechos de la persona acusada, juzgarla en un juicio público, imponer una pena que sea necesaria y proporcional, un procedimiento con contradicción e igualdad entre las partes, resuelto por un juez profesional. Incluso, como lo sostiene Taruffo, el modelo de juez como hoy lo concebimos surge en Francia en 1790 durante todo el proceso revolucionario reformador del Estado.[32]

---

31 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 610.

32 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal,* Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 71.

Sin embargo, esto dura poco o solo se mantiene en los libros de los pensadores de la Ilustración, porque del sistema acusatorio y del inquisitivo se crea una mixtura de proceso a inicios del siglo XIX, que toma rasgos tanto del modelo acusatorio como del inquisitivo, los dos únicos modelos conocidos hasta ese momento y que, como dice Ferrajoli, el Código Penal napoleónico de 1808 da vida "a aquel monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo".[33]

Entonces, si el acusatorio se corresponde con una forma de gobierno democrática y el inquisitorial con la tiranía, ¿dónde se ubica políticamente el procedimiento penal mixto? Primero, está inserto en una forma de gobierno bajo el concepto de Estado de derecho, en donde existen constituciones en la forma que hoy las concebimos,[34] las cuales reconocen derechos a favor de las personas. Esto constituye el principal límite al poder absoluto que venía detentando el soberano como abuso de poder frente al súbdito y como resultado del humanismo de la época. Además, en correspondencia con esa forma de gobierno, se limita el poder de la autoridad, quien puede hacer solo lo que las leyes expresamente le permiten.

A esta forma de gobierno democrática le corresponde un procedimiento penal que respete los derechos y las libertades, en el que la autoridad actúe solo en los casos necesarios y atendiendo al bien jurídicamente lesionado, en donde un acusado no esté en condiciones de desigualdad frente a su acusador, que participe de su proceso, que tenga una defensa real y no de adorno, que pueda refutar pruebas, que pueda probar sus posturas, que sea juzgado en un juicio público, que conozca las razones de la pena impuesta, etc.

Este modelo se corresponde con el acusatorio, sin embargo, Napoleón decidió crear un proceso penal mixto, que, como dije, fue lo mejor para la época, tomando en cuenta el contexto his-

33 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 566.

34 La primera Constitución, la de Estados Unidos de 1776, seguida de la Declaración francesa, de 1789, y posteriormente el Bill of Rights, las enmiendas a la Constitución estadounidense, de 1791.

tórico de lo que venía presentándose hasta entonces. Pero, ¿por qué es mixto? Y si es mixto, ¿cuál es su teleología? ¿La del acusatorio o la del inquisitivo? Primero explicaré los componentes de su carácter ecléctico.

¿Por qué es una mixtura? A este interrogante contesto que el procedimiento recoge rasgos de ambos modelos procesales porque existía una desconfianza hacia el poder judicial. Los jueces que juzgaban en el procedimiento inquisitorial no eran profesionales, sino principalmente elegidos por el soberano a su conveniencia o eran personas de la realeza que actuaban para beneficiar a los de su clase. Según Taruffo, se trataba de hijos de reyes o príncipes que, por el lugar que como hijos ocupaban, no eran herederos al trono, o de comerciantes que no podían heredar el patrimonio al no ser los primogénitos, así que *compraban* los cargos para el desempeño público de sus hijos.[35] Por eso juzgaban a contentillo del soberano, de manera irracional, creaban normas, no motivaban, valoraban pruebas libremente sin dar razones o asignando valores numéricos —de ahí lo de prueba tasada—.

Esto explica por qué también los pensadores de la Ilustración ponen énfasis en el poder judicial. Muestra de ello es la máxima más conocida de Montesquieu, que se ha traducido como *El juez es la boca de la ley,* es decir que el juez debe existir —es un mal necesario—, pero solo para que pronuncie la letra de la ley al caso concreto. En este sentido, Beccaria explicó cómo debía resolver un juez: a manera de silogismo perfecto.[36] O la Escuela francesa, que prohibió a los jueces interpretar —excepto la literal o exegética—, pues, bajo el pretexto de la interpretación, se podía llegar a cometer abusos y arbitrariedades.

Esta desconfianza hacia los jueces es una de las razones por las cuales se dio surgimiento a un proceso de composición mixta y no *puramente* —si es que existiere— acusatorio, ya que este último descansa en la confianza hacia los jueces como garantes de derechos y apela a su razonabilidad. La desconfianza hacia la

[35] Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 72.

[36] Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas,* 1ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. 15.

figura del juzgador propicia que los procedimientos sean escriturales para que todo obre de forma escrita y así dejar constancia para evitar o castigar el desbordamiento de poder característico del sistema inquisitorial.

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

De lo anterior se deriva la composición del procedimiento mixto, es decir, qué principios conservó del acusatorio y cuáles del inquisitorial, como lo muestro en el cuadro 3.1.

Cuadro 3.1. *Principios procesales que se conservaron del procedimiento inquisitivo y del acusatorio*

Del inquisitivo	*Del acusatorio*
Acción penal pública	Separación entre acusación y decisión
Carácter secreto y reservado de la investigación	Publicidad
Escritura	Contradicción, inmediación

En el procedimiento penal moderno existía un órgano del Estado que ejercitaba la acción ante los tribunales —principio acusatorio— después de haber agotado toda una investigación que se mantenía en secreto para el imputado con la finalidad de lograr éxito en la misma; se dio nacimiento a la formación de los *expedientes,* en donde se glosaban todas las *actuaciones* o *diligencias* que el juez tendría a la vista para su valoración y, también, de forma escrita, el juez daba contestación a las partes en donde tenía que motivar tales decisiones. Así, la escritura fue considerada necesaria porque es la forma más segura de que, en su caso, la arbitrariedad constara por escrito para las consecuencias que correspondieran a los jueces. El proceso ante el juez era público, tenían que respetarse etapas procesales por derecho de defensa y el juez tenía que presenciar el desahogo de todas las

diligencias, permitiendo la contradicción entre los adversarios. Este modelo se advierte adecuado, idóneo y necesario para las problemáticas de la época que pretendían solucionarse a partir de este moderno derecho penal, sin embargo, con el transcurso del tiempo —o de los siglos— se fue modificando drásticamente.

En primer término, el carácter ecléctico no tomó en cuenta la finalidad que persigue un proceso acusatorio y uno inquisitorial, es decir, no quedó definido en esa mixtura cuál sería el objeto del nuevo procedimiento penal surgido de la Ilustración. Y eso sí que es un problema, porque si se desconoce el para qué, entonces se diseña un procedimiento sin que guíe hacia una finalidad concreta, y ello afecta la episteme del proceso. Sabemos que el fin del proceso penal fue de tipo retributivo: castigar al delincuente para de esa forma devolver el daño que había hecho a la sociedad, y lo digo por el hecho de que se conserva en el Estado la función de investigar y acusar —acción pública—, erigiéndose el Estado en representante social y fiscal, pero esto es un fin sustantivo.

Si este es el fin, la forma de lograrlo, es decir, el procedimiento a seguir, fue la búsqueda de la llamada *verdad histórica*. Esto se nos enseñó en las aulas de la licenciatura en Derecho, y algunas codificaciones lo citaban así o resoluciones de jueces se basaban en la búsqueda de la *verdad histórica,* sobre todo cada vez que el juez actuaba de oficio ordenando, por ejemplo, la práctica de alguna prueba *oficiosamente,* solo que esto es propio de un sistema donde quien decide es juez y parte —inquisitorial—.

La verdad histórica es concebida como una verdad absoluta, sustancial o material, como ya lo había citado con Ferrajoli, mientras que la verdad procesal o legal es la que las partes logran demostrar mediante prueba lícita e incorporada en términos de ley. Si el procedimiento inquisitorial persigue una verdad absoluta —si es que pudiera existir—, es porque el ofendido era Dios o el soberano, de ahí que le otorgue al juzgador la función de investigar a costa de cualquier precio para lograrlo, mismo funcionario que posteriormente condenará con lo indagado por él mismo. Y si el acusatorio persigue una verdad legal, es porque se inserta en un Estado de tipo democrático, en donde el respeto a los derechos de las personas tiene un papel primordial,

de ahí que sea imposible llegar a una verdad absoluta cuando existen límites al poder de la autoridad en respeto al derecho de las personas, como: el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo o su derecho a permanecer callado; testigos que no están obligados legalmente a declarar (p. ej., familiares directos del imputado); personas que deban guardar secreto profesional (abogados, psicólogos, sacerdotes); pruebas obtenidas respetando derechos fundamentales; pruebas incorporadas en términos legales, etcétera.

Así, en esta parte, el sistema mixto conservó, voluntaria o involuntariamente, un fin que se correspondía con la finalidad del proceso inquisitorial: la búsqueda de la verdad histórica. Sin embargo, las regulaciones procesales fijan límites: prueba legal, reglas para considerar una prueba como tal, el que familiares del imputado no estén obligados a declarar, etc., lo cual ha generado toda una confusión por esa mixtura, límites que no se conciben en un procedimiento inquisitorial.

La verdad histórica permitió a ese procedimiento mixto darle funciones de parte al juez. Así, se introdujeron normas con tendencia a la búsqueda de la verdad histórica a cargo del juzgador, ya que, por ejemplo, se le permite emitir oficiosamente todas las actuaciones que sean necesarias para que la *justicia sea pronta y expedita;*[37] también, que el juez puede ordenar el desahogo de los medios de prueba que estime pertinentes en relación con los hechos controvertidos[38] *para formar su convicción,* claro, sin que supla *omisiones* del ministerio público —sin embargo, previo al desahogo de esa prueba, el juez y las partes no saben si en realidad suplió una deficiencia del órgano de acusación, dado que ello dependerá del resultado de la prueba—.

De igual modo, otra norma permite que el juez puede dar una clasificación jurídica a los hechos de manera distinta a la que les dio el ministerio público;[39] las diligencias para *mejor proveer*[40]

37 Art. 65 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

38 Art. 148 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

39 Arts. 267 y 324 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

40 Art. 326 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

que se le permiten a la segunda instancia en el conocimiento de una apelación; o que el juzgador *debe* examinar a los testigos presentes y que no *podrá* dejar de interrogar a los testigos cuya declaración soliciten las partes;[41] el interrogatorio directo que hace el juez al imputado desechando preguntas prohibidas de las partes;[42] otra norma que nos dice que el juez tiene amplias facultades para allegarse, de oficio, los medios de prueba que estime necesarios.[43]

Así, este procedimiento mixto se fue pareciendo cada vez más a uno inquisitorial, principalmente por el hecho de que normativamente el juez tiene amplias facultades oficiosas que incluso lo llevan a ser *juez y parte,* algo muy característico del procedimiento inquisitorial, y ello es así por perseguir una finalidad de búsqueda de verdad histórica.

Algo que afecta invariablemente la epistemología del procedimiento mixto es que la etapa procesal más importante es la inicial, llamada averiguación previa, fase preprocesal, administrativa o, técnicamente, diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal. Esta etapa, como sabemos, se inicia ante el ministerio público como *autoridad* investigadora y, como autoridad, tiene la facultad de ordenar la investigación a la policía, ordenar dictámenes periciales, desahogar diligencias consistentes en declaraciones de ofendidos, víctimas, denunciantes, testigos, imputados, todo, con la finalidad de esclarecer si una conducta es delictiva o no y si existe una persona a quien se le impute el delito.[44]

Es la etapa más importante porque todas esas diligencias tienen un carácter de *prueba*. Si se cumple con las formalidades y se elementa bien dicha averiguación previa, hay altas, altísimas posibilidades de contar con una sentencia de condena. En este escenario, la defensa solo se basa en detectar errores, anomalías, faltas a formalismos en los que haya incurrido la autoridad in-

41 Arts. 180 y 181 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

42 Art. 264 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

43 Art. 273 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

44 Art. 148 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.

vestigadora y de los cuales dependería, en su caso, una sentencia diferente a la de condena.

Pero lo que interesa resaltar de este punto es que todas esas diligencias tienen un estándar de *prueba,* que sirven no solo para lograr una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, sino, más grave, sirven para fundar la sentencia[45] sin que el juez haya visto esa prueba; *visto* en el sentido de que no vio a los testigos, no los escuchó declarar, no se cercioró de su existencia, sino que solo lee lo que el ministerio público reporta que declararon. Aun cuando haya persona detenida ante el ministerio público por una flagrancia o caso urgente —y, por ende, si hay detenido debe tener un defensor—, aun así, el ministerio público no le da intervención al defensor en la práctica y desahogo de los medios de prueba, en el sentido de estar presente en la declaración de testigos, policías y demás órganos de prueba, sino solo en las diligencias en las que intervenga el imputado y únicamente para dar formalidad a la diligencia a efecto de que se haga constar que el imputado nunca estuvo solo, sino *acompañado* de un defensor.

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

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

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

de manera inmediata posterior a los hechos tiene mayor valor probatorio.

Por último, el hecho de que el órgano de acusación llegue a la etapa del proceso con prueba predeterminada, que haya recabado prueba de cargo del mismo imputado, que los procedimientos no sean públicos y, principalmente, que el juez no presencie el desahogo de la prueba en que funda la sentencia, sin que exista posibilidad de una real contradicción, genera una desigualdad procesal y no puede ser justo ningún procedimiento en el que existan desventajas entre las partes. Más cuando una de ellas es precisamente el Estado a través del ministerio público, lo que genera un procedimiento de corte inquisitorial, porque en este, el Estado está en contra del acusado sin permitirle ningún derecho real, ninguna posibilidad real de defensa.

La finalidad del procedimiento penal mixto generó el diseño de un procedimiento con serios cuestionamientos en la forma de llegar a establecer la verdad, en la forma en la que los juzgadores obtenían el conocimiento sobre los hechos que debían dar por probados en una sentencia; las resoluciones son débiles metodológicamente hablando, por la forma en la que se llegaba a determinar la verdad legal, lo cual no tiene ninguna correspondencia con un Estado democrático de derecho, sino más bien con esquemas autoritarios. Señala Ana Laura Magaloni:

> [...] En el modelo de persecución criminal autoritario los casos penales se resolvían en tres fases: 1) la policía judicial obtenía información para armar la acusación intimidando y coaccionando a testigos y presuntos responsables; 2) el MP le daba un "ropaje legal" a la ilegalidad, a través de integrar una averiguación previa con muchos papeles y diligencias irrelevantes pero que servían para simular que se había investigado legalmente y 3) el juez era un simple ratificador de esa acusación, no ejercía ningún tipo de control sobre la arbitrariedad de policías ni sobre la calidad de las pruebas aportadas por el MP [...].[46]

[46] Córdova Vianello, Lorenzo; Murayama Rendón, Ciro y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *México 2012. Desafíos de la consolidación democrática,* México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 262.

Lo anterior sin duda se corresponde más con un sistema inquisitorial, en donde el Estado se erige en ofendido y utiliza el sistema penal como medio de control. La autora citada señala en la misma obra: "[...] lo que se requería en un contexto autoritario era que la procuración de justicia fuese una amenaza creíble de castigo para los detractores del poder. Es decir, un sistema penal que sirviera como mecanismo político de contención social".[47]

En un texto publicado en el periódico *Reforma* el 5 de octubre de 2013, Ana Laura Magaloni escribió: "[...] Hasta hoy, los ministerios públicos no han tenido que construir explícitamente la tesis del caso. Su trabajo ha sido anexar diligencias, armar un expediente, poner un montón de papeles juntos. Ello significa condenar a personas sin explicar claramente por qué son responsables. Así funciona la justicia penal de los regímenes autoritarios. Las justicia penal democrática tiene que dar razones para privar de la libertad a una persona [...]".

A pesar de que somos parte de un Estado democrático, en el siglo XXI (hasta 2008 y aun en los casos iniciados bajo la vigencia del anterior sistema procesal) seguíamos con procedimientos inquisitoriales, propios de regímenes autoritarios, pero hoy la ideología marcada por la Constitución es otra, por ello, debe ser otro el procedimiento penal mediante el cual el responsable de una conducta no quede impune, en el marco del respeto a sus derechos y de una igualdad procesal, en donde públicamente se le juzgue por un juez que presencie el desahogo de la prueba y el ministerio público —el Estado— no tenga ventajas sobre un ciudadano imputado; ventajas respecto a la forma en que *investigaba* y recababa *sus* pruebas el órgano de acusación, a las cuales se les da legalidad a través de las *formalidades* y, si se cumplía con ellas, eran validadas por un juez.

Con lo anterior he explicado cómo la mixtura inquisitorial-acusatoria es, en la práctica procedimental, más inquisitorial que acusatoria, porque el modelo mixto tiene una finalidad de búsqueda de la verdad, dado que el procedimiento es escrito, sin oralidad, sin inmediación, sin contradicción, sin publicidad y sí

[47] *Idem*.

con demasiados formalismos, en donde el juez valida las actuaciones de un fiscal, y el mismo juez tiene poderes de acción como parte procesal, todo en aras de la búsqueda de la verdad *histórica*.

2. Teleología política

En este tema de fines del proceso es menester hablar sobre las relaciones entre política y justicia, es decir, cuál es la función legítima del Estado, el propósito que debe perseguir con la impartición de justicia. En este sentido, Damaska nos habla de dos funciones:

1. si es un Estado que gestiona las vidas de las personas y conduce la sociedad, se tendrá una impartición de justicia dedicada al cumplimiento de los programas de Estado e implementación de sus políticas, lo que corresponde con una maquinaria burocrática centralizada, y
2. que el Estado mantenga el equilibrio social y se limite a proporcionar un marco para la autogestión social y la autodefinición individual, en donde la administración de justicia tiende a asociarse con la idea de la resolución de conflictos.[48]

Esta tipología de fines que hace Damaska, centrada no en el tema de la verdad, sino en los fines del Estado en el rubro de la administración de justicia, me parece importante, porque nos ubica perfectamente bien un modelo inquisitorial —o si se gusta decir mixto— y uno acusatorio. El marcado con el número 1 es indudablemente inquisitorial, ya que se distingue por el derecho penal máximo y en donde el Estado interviene hasta para solucionar las controversias derivadas del tránsito de vehículos —como daños culposos o contra la seguridad en el tránsito de vehículos, comúnmente denominado como manejar en estado de ebriedad—, amenazas derivadas de la vecindad entre personas, etc., a efecto de hacer efectivo el *ius puniendi* del Estado, que, más bien, se enarbola en dicha bandera escondiendo otros fines.

[48] Damaska, Mirjan, *op. cit.,* p. 25.

El modelo 2 se corresponde con una ideología garantista: se rige por la mínima intervención del Estado y se justifica la reacción penal solo bajo los principios de necesidad y lesividad ya referidos al momento de hablar de las diez máximas del garantismo. En este sistema se da preferencia a mecanismos alternos de solución de controversias, como hoy lo ordena el artículo 17 constitucional, párrafo quinto. Incluso se mandata que, sin afectar el debido proceso y la igualdad entre las partes, debe privilegiarse la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales (párr. tercero del mismo art. 17).

Nuestra ideología constitucional contemporánea —en cuanto a la finalidad del proceso— nos habla nuevamente de una mixtura, pero no entre verdad histórica y legal, sino en el marco de un garantismo distinguido por la mínima intervención, que reconoce el *modelo de resolución de conflictos,* aunque no en todos los casos, lo cual es entendible, porque no todos los bienes jurídicamente tutelados son disponibles. De ahí que un delito grave —homicidio doloso, secuestro, violación, entre otros— no sea susceptible de ser solucionado por medios alternos al procedimiento ordinario[49] —como la conciliación, por ejemplo, o aplicar un criterio de oportunidad—,[50] en razón de que el Estado debe intervenir, porque con esos actos delictivos se afecta a una persona en específico, pero a la vez se daña a todo el grupo social, caso en el que el Estado se legitima para actuar en contra de un delincuente.

Así, los fines del proceso hoy están lejos de la verdad histórica; se relacionan más con la función actual del Estado y se trata de una teleología que se identifica con modelos de resolución de conflictos, al contemplar la Constitución un procedimiento ordinario que será el último recurso, dado que al mismo tiempo contempla los mecanismos alternos, los procedimientos de terminación anticipada y el criterio de oportunidad a cargo del ministerio público. Incluso al definir el objeto del proceso penal y hablar de *esclarecimiento* de los hechos, *procurar* la condena, *reparar el daño,* son indudablemente equivalentes a la resolución

[49] Art. 17 constitucional, párr. quinto.

[50] Art. 21 constitucional, párr. séptimo.

de conflictos y reservar el procedimiento ordinario —el que sigue todas las etapas hasta concluir con la de juicio oral—, a los casos que no son susceptibles de solucionarse por ninguna vía alterna, al ser quizá delitos graves que nos dañan a todos como sociedad.

En estos fines no hay cabida para la búsqueda de una verdad histórica, sino una verdad legal, tal y como se desprende del artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I: "El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen".

Capítulo IV
La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

1. Las garantías procesales

Para ubicar en dónde radica el carácter epistemológico del proceso penal es necesario partir de las máximas del garantismo, pero únicamente las que tienen que ver con el tema procesal —garantías procesales—, que son de la séptima a la décima y señalan:[51]

- no hay culpa sin juicio (principio de jurisdiccionalidad);
- no hay juicio sin acusación (principio acusatorio);
- no hay acusación sin prueba (principio de carga de la prueba o de verificación), y
- no hay prueba sin defensa (principio de contradicción, refutación o defensa).

Lo anterior significa que en todo procedimiento penal garantista, la culpabilidad existe solo cuando es declarada en la etapa de juicio,[52] refiriéndose a la sentencia del juez que declara a una persona como responsable, después de que se inicia un procedimiento a partir de la acusación del ministerio público, quien tie-

[51] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 93.

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

ne la obligación de llevarle al juez prueba legal y legítima, pero, además, para ser considerada una prueba como tal, debe estar sujeta a la contradicción de la defensa.

En el breve párrafo anterior —que se reduce a que *no hay juicio sin acusación, sin prueba y sin defensa—,* por simplista que parezca, se ha sintetizado todo el nuevo procedimiento penal. Parecería obvio que esto ha existido siempre, es decir, que hay un ministerio público que acusa y le lleva la prueba al juez, que el imputado siempre tiene un defensor y que hasta la última etapa del procedimiento el juez emite su sentencia. Sin embargo no es así, en otras palabras, formalmente encontramos los mismos ingredientes en el procedimiento penal mixto, porque toda acusación debe probarse. La grandísima diferencia son los contenidos y los cómos, o sea: cómo se verifica la acusación y si existe posibilidad de que esta pueda ser refutada, en otros términos, si se respetan las garantías procesales ya enunciadas.

Las diferencias sustanciales las advierto en la forma de *verificación* y en la *refutación* de la acusación —que se refiere a las dos últimas máximas del garantismo—, porque el procedimiento mixto se ocupa de reglas para el *desahogo* de la prueba, pero no se ocupa para nada de la forma de *obtención* de la prueba, que tiene que ver con la *verificación,* es decir, de qué manera el ministerio público, como órgano de acusación, *demuestra* al juez la acusación que presenta, con qué tipo de prueba y cómo la obtiene, pero también hay diferencias —como decía— en el *desahogo* de la prueba, que tiene que ver con el momento de la conformación de la prueba y con el hecho de si el imputado está en posibilidades de refutar la acusación presentada en su contra.

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

Encuentro el carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral, principalmente, en las dos últimas máximas del garantismo ya precisadas: *no hay acusación sin prueba,* porque no puede concebirse una condena si la acusación no logra verificarse a través de probanza válida y legítima, y *no hay prueba sin defensa,* porque para ser verificada la acusación, esta precisa, además de prueba válida y legítima, ser refutada y contrastada. Si bien el procedimiento penal mixto tenía su propio método de verificación, no era riguroso porque no posibilitaba el ejercicio adecuado de refutación —contradicción— por parte del acusado.

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

2. Dos modelos procesales: el decisionista y el garantista

En primer término debemos reiterar que todo procedimiento penal llega a establecer una verdad legal que es concebida de modo distinto según el modelo procesal de que se trate. Así, Luigi Ferrajoli distingue entre dos modelos procesales: el decisionista y el garantista, si bien los dos buscan una verdad, esta es diferente en cada uno. En el cuadro 4.1 pueden advertirse claramente las diferencias, que serán posteriormente explicadas.

El sistema procesal garantista es de tipo cognoscitivo, porque el establecimiento de una verdad, de la declarada por un juez en sentencia, aunque aproximativa o relativa,[53] es una verdad que de manera empírica debe ser controlable y controlada, a diferencia de la verdad del modelo decisionista, en donde su obtención no tiene ningún límite normativo.

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

Cuadro 4.1. *Modelos procesales decisionista y garantista*

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

Fuente: elaboración propia con base en la información proporcionada por Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004 y *Epistemología jurídica y garantismo,* México, Fontamara, 2004.

2.1. La verdad controlada y controlable

En primer término, la verdad mínima —aproximativa o relativa— se refiere a la obtención del conocimiento de la verdad de aquello que es estrictamente indispensable para la demostración de las hipótesis acusatorias, bajo la exigencia del principio de taxatividad penal, en donde debe existir una formulación unívoca y rigurosa de los hechos para su verificación o refutación empírica y que, de verificarse, es suficiente para actualizar el elemento jurídico de que se trate —elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente—. Contrario a lo anterior, la verdad máxima implica conocer lo que realmente

ocurrió, pero de forma general, solo por la materialidad del hecho, partiendo de regulaciones normativas, sí, pero también y principalmente de valoraciones acerca de la naturaleza del hecho cometido —que se trate de un delito grave, por ejemplo un secuestro—, de su forma de ejecución —violencia hacia la víctima— o de circunstancias personales del autor del hecho —si tiene antecedentes delictivos—, cuyas valoraciones son las de mayor peso al decidir.

No es mi intención adentrarme en el tema de la *verdad* —si existe o no, a qué se refiere, posturas científicas y filosóficas entorno a esta, etc.—. Al final, todo procedimiento llega al establecimiento de una verdad, todo procedimiento sigue un camino para declarar una verdad procesal, que es tal en la medida en que es decretada por un órgano jurisdiccional después del seguimiento de todas las etapas procesales y de la verificación de las premisas que describen a los hechos.

Si un procedimiento judicial tiene como finalidad establecer una verdad, entonces debe seguir un método, es decir, recorrer un camino para ir en busca de ello, tal y como Gadamer precisa: la verdad está íntimamente ligada al método y no puede considerarse una sin el otro. Entiendo, con Gadamer, que verdad es *desocultación, dejar estar lo desocultado, hacerlo patente*[54] y que la verdad de un discurso, es la adecuación de este a la cosa *adaequatio intellectus ad rem*. De igual forma, con Popper, afirmo que lo verdadero será lo que concuerde con los hechos: verdad objetiva, en el sentido de correspondencia con los hechos.[55] Por último, con Tarski,[56] un hecho será verdadero únicamente si corresponde a la realidad empírica, histórica y material del *hecho narrado*. Por tanto, esa verdad mínima declarada en sentencia será tal si y solo si tiene correspondencia con los hechos narrados y demostrados en el juicio.

---

54 Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método,* 9ª ed., Madrid, Ediciones Sígueme, 2001, t. II, p. 54.

55 Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico,* Madrid, Paidós Ibérica, 1967, p. 51.

56 Cit. por Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal,* Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 40.

Ahora bien, ¿a qué se refiere la verdad empíricamente controlada y controlable de la que habla Ferrajoli? Sostengo que *verdad controlada* —lo que se comprueba, examina, verifica, contrasta— tiene que ver con las garantías procesales que se exigen en el procedimiento acusatorio como modelo cognoscitivo, mientras que la *verdad controlable* —lo que se puede controlar— se refiere a la actividad de las partes para la formación y producción de la prueba, a los límites normativos y la actividad que se exige a las partes procesales, porque el caso judicial les pertenece.

En sintonía con lo anterior, la verdad que se pretende obtener en un procedimiento acusatorio está previamente *controlada,* porque existen imperativos normativos que tienen que ver con la obtención, aseguramiento o recolección de cualquier objeto, instrumento, huella, indicio, persona, etc., que lleve al esclarecimiento de los hechos penalmente relevantes. Para ello, Ferrajoli nos habla de los procedimientos de verificación en dos distintos grados de garantías: en primer término, la relación triangular que siempre debe mantenerse en el procedimiento acusatorio se asegura con lo que llama *garantías primarias,* y las que aseguran su observancia son las *secundarias* (cuadro 4.2).

Cuadro 4.2. *Garantías procesales primarias y secundarias*

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

Fuente: cuadro elaborado con la información proporcionada en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 851-855.

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

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

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

El procedimiento acusatorio es exigente no solo en la admisión y desahogo de los medios de prueba, sino que se ocupa desde la *obtención* de los mismos, precisamente porque aquí puede generarse una desventaja y desequilibrio entre las partes, principalmente para el imputado. Dicha exigencia se justifica porque la

función de la prueba, como señala Taruffo, es ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente de acuerdo con los hechos de la causa, y no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de los hechos.[57]

En el cuadro 4.2 se observa que una de las garantías secundarias que tiene correspondencia con esta parte es el *rito y método legal en la formación de las pruebas.* Para iniciar, en un procedimiento acusatorio y oral habrá prueba hasta la última etapa del procedimiento y estará sujeta a las siguientes condiciones:

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

La prueba se produce en la última etapa del procedimiento —juicio— porque es la decisiva, no la primera —la de investigación—, como sucedía en el procedimiento mixto. En uno acusatorio, al inicio del procedimiento no se cuenta con prueba, sino con *dato de prueba,* que se traduce en la referencia al contenido de un medio de prueba aún no desahogado ante el juez. Posteriormente, en la etapa intermedia, se habla de *medio de prueba,* que es el instrumento o vehículo a través del cual se puede probar un extremo penalmente relevante —testimonial, pericial, documental— y, por último, en la etapa de juicio, se habla de *prueba* —lo que produce conocimiento cierto o probable—, cuando se cumple con las condicionantes ya referidas.

Estos niveles son así porque obedecen al *nivel cognoscitivo* del procedimiento, es decir, al inicio no podemos tener un conocimiento cierto —ningún procedimiento puede ser así, pues entonces, ¿para qué se necesitaría una etapa de ofrecimiento y desahogo de medios de prueba?—, sino que, conforme avanzan las etapas procesales, aumenta el nivel de conocimiento del *thema probandi.*

Además, existe prohibición expresa de que las diligencias y actividades de investigación del ministerio público no son prue-

[57] Taruffo, Michele, *La prueba,* Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 29.

ba ni se pueden incorporar durante la audiencia de juicio a manera de documental, por escrito o por lectura. El artículo 20 constitucional, apartado A, fracción III, señala que para los efectos de la sentencia *solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.* Por su parte, el artículo 259, párrafo tercero, así como el 385 del Código Nacional de Procedimientos Penales contienen la prohibición expresa de no incorporar al juicio registros de la investigación, ni físicamente ni mediante su lectura.

Ahora el ministerio público no produce prueba por sí solo, por la sencilla razón de que es parte procesal, de tal forma que deberá demostrar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona a través de los medios de prueba que incorpore en términos de ley y que no atenten contra derechos fundamentales, en presencia del juez y enfrentándose a la defensa.

Si uno de los ejes rectores del procedimiento penal es el respeto a los derechos humanos, se comprende que deba eliminarse la práctica viciosa de que el Estado conforme su propia prueba que no quedaba sometida a ningún control, y me parece que el hecho de que la prueba se genere hasta la última etapa en presencia del juez desincentiva que el ministerio público o a la policía obtengan una confesión bajo coacción de cualquier tipo, pues a pesar de que un imputado confiese ante el ministerio público, si no lo hace ante el juez de juicio oral no existirá confesión.

La *verdad controlada* se refiere a la comprobación, verificación o contrastación de la prueba de la que se obtendrá la verdad. En un procedimiento acusatorio es posible gracias a las garantías procesales primarias, consistentes en: *a)* acusación; *b)* carga de la prueba, y *c)* defensa.

La *acusación,* porque se refiere a la separación entre acusación y decisión, en donde el juez no debe tener ninguna atribución de parte procesal que le permita ordenar la práctica de medios de prueba.

La *carga de la prueba,* porque es el ministerio público quien tiene la obligación de demostrar la acusación, pero no de cualquier forma, sino a través de prueba lícita y legal desde su obtención hasta su desahogo ante al juez.

La *defensa,* porque el procedimiento debe permitir al imputado y su defensor ejercer el principio de contradicción en relación con cada uno de los medios de prueba que el fiscal presente para acreditar la acusación; de modo tal que así se logra verificar la autenticidad y veracidad o no del medio de prueba de que se trate.

Afirmo que lo anterior constituye el rito y método legal en la formación de la prueba a la que Ferrajoli se refiere como garantía de segundo orden, necesaria para dar operatividad a las garantías primarias de acusación, carga de la prueba y defensa, mostradas en el cuadro 4.2.

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

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

En relación con la verdad *controlada,* decía que el ministerio público tiene el deber de acreditar a partir de pruebas lícitas y legales. Prueba *lícita*[58] será la que se obtenga sin violación de derechos fundamentales. Prueba *legal*[59] será la que se incorpore en términos de ley. La ilicitud de una prueba se genera cada vez que para su obtención se viole un derecho humano.

Al tratarse de la materia penal es necesario partir de que existen actos de investigación que deben realizarse y que implican restricciones a la esfera de derechos del gobernado, pero que de no llevarse a cabo, se imposibilitaría el esclarecimiento de los hechos, por ejemplo, la práctica de cateos, que es necesaria para la recuperación de objetos relacionados con el delito

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

[59] Art. 357 del Código Nacional de Procedimientos Penales: La prueba no tendrá valor [...] si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

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

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

Si tales actos de investigación no están prohibidos y pueden restringirse estos derechos, ¿qué se requiere para que no se conviertan en pruebas ilícitas? La Constitución mandata en el artículo 20, apartado A, fracción IX, que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula. Por su parte,

el artículo 263 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que los datos y las pruebas deberán ser *obtenidos,* producidos y reproducidos lícitamente. Como parte de la verdad *controlada,* el ministerio público es controlado y limitado para no abusar de un detenido ordenando en su persona diligencias que afecten su esfera de derechos, y si tiene que realizar un cateo, obtener muestras de fluidos corporales o cabellos del indiciado, revisar sus dispositivos móviles o electrónicos o intervenir una comunicación privada, el procedimiento acusatorio le exige solicitar la autorización para la práctica de esas diligencias al órgano jurisdiccional, que recae en un juez con funciones de control, según el artículo 16 constitucional, párrafo catorce, porque es este quien puede ordenar de manera inmediata medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial.

La Constitución señala en el artículo y párrafo mencionado que los poderes judiciales deberán contar con jueces de control, lo que significa una novedad en el procedimiento penal acusatorio. Los jueces con dicha función se encargan de *controlar* las actividades de investigación del ministerio público, pero solo de aquellas para cuya práctica se afecten derechos fundamentales. La razón por la que ahora sea un órgano jurisdiccional quien autorice tales actividades de investigación es que solo así se evita un desbordamiento de poder por parte del ministerio público, que actúa como autoridad en contra del imputado en la primera etapa del procedimiento.

El juez es el único garante de los derechos y quien, de acuerdo con las razones que dé el ministerio público, así como los datos de prueba existentes y necesarios, analizará y ponderará si autoriza la afectación en la esfera de derechos del imputado a partir de lo que se conoce como el principio de proporcionalidad, ya que bajo tal estándar, el juez determinará si la medida cautelar, técnica de investigación o providencia precautoria solicitada es la *idónea,* esto es, la adecuada para el caso concreto; si es la *necesaria,* es decir, si solo a través de la restricción o afectación en el derecho fundamental se logra un fin constitucionalmente legítimo (p. ej., esclarecimiento de los hechos) y, por último, si es *proporcional* en sentido estricto, o sea, que la medida solicitada

guarde relación y equilibrio con la conducta cometida y con el fin que se persigue. El principio de proporcionalidad es la técnica argumentativa a través de la cual se justifica la ponderación que previamente realiza el juez, pues siempre que se afecte un derecho se deberá ponderar si es necesario e idóneo, y justificarlo, argumentativamente hablando, desde dicho principio de proporcionalidad.[60]

De esta forma, se ordenará la afectación en un derecho solo si se justifica. Las técnicas de investigación que requieren control judicial son: exhumación de cadáveres; órdenes de cateo; intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; extracción de información en dispositivos electrónicos; toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida —excepto la víctima y ofendido— se niegue a proporcionarlos; reconocimiento o examen físico de una persona cuando se niegue a ser examinada (art. 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales), y geolocalización.

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

Hasta aquí lo relativo a la *obtención* de los medios de prueba que se genera en la etapa de investigación. Siguiendo con el

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

tema de la verdad *controlada,* también está presente en la etapa intermedia del procedimiento, que es la relativa al ofrecimiento y admisión de medios de prueba. En esta etapa se va controlando la verdad que se pretende obtener en sentencia, precisamente en el momento de la admisión del medio probatorio, porque, por disposición legal, únicamente se admitirán como tal aquellos que sean conducentes, pertinentes, útiles y que no afecten derechos humanos. De lo contrario, se excluyen.[61]

Por último, durante la audiencia de juicio hay reglas para la incorporación de cada medio de prueba que, de no respetarse, provocan que sea excluido de la sentencia, para lo cual el juez deberá dar sus razones, sí, pero lo importante es resaltar que en esta parte está presente la verdad *controlada*. ¿Cómo? De la siguiente forma: en el juicio, o etapa de juicio oral, es en donde se desarrolla el debate entre las partes, que se conforma por alegato de apertura, incorporación de la prueba y alegato de clausura. Es en la segunda parte en donde se presenta la prueba, primero la de cargo y de cada medio de prueba, de cada testigo, víctima, ofendido, perito, policía, debe darse la oportunidad a la contraparte —al defensor y al imputado— de contrastarlo, es decir, de ejercer el principio de la contradicción.

Ahora bien, las reglas de incorporación de una testimonial consisten en que el ministerio público interroga directamente a su testigo y al concluir lo contrainterroga el defensor. Una testimonial se incorpora con el interrogatorio directo y de viva voz del testigo, nunca a través de documentos o lectura en donde conste una declaración o registro previo en el que ese mismo testigo haya declarado.[62] Una pericial se incorpora con el interrogatorio directo del perito, nunca exhibiendo o ratificando el documento en el que plasmó su dictamen pericial, e igualmente, el perito se somete al contrainterrogatorio del defensor. Una prueba documental se incorpora exhibiéndola durante el juicio, indicando su origen y mostrándola al testigo que corresponda. Una prueba material se incorpora demostrando la cadena de custodia para que el juez advierta el origen lícito y que esa eviden-

61 Art. 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

62 Art. 371 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

cia física es la misma que se utilizó o se encontró en el lugar de los hechos. La incorporación de pruebas que cumplan con estas reglas legales son las únicas que el juzgador valorará para la emisión de la sentencia.

También forma parte de la verdad *controlada* el hecho de que la prueba se produzca en un juicio público, de manera continua, con inmediación del juez y bajo el principio de contradicción de la contraparte.[63]

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

Así, en esta última etapa del procedimiento —etapa de juicio oral—, la verdad *controlada* está presente con las reglas normativas que prohíben incorporar, por escrito o por lectura, registros que den cuenta de actividades de investigación, dado que la regla general es que únicamente la prueba que se produce durante la audiencia de juicio es la que sirve para fundar la sentencia,[64] pero además, porque cada medio de prueba tiene reglas para su incorporación y debe ser en audiencia pública, con inmediación y contradicción, puesto que es un derecho del imputado el ser juzgado en audiencia pública, según el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción V.

Por lo que respecta a la verdad *controlable* —a cargo de las partes—, también está presente en las tres etapas del procedimiento. En la etapa de investigación, cuando una persona es detenida —por flagrancia o caso urgente— o llamada a ser entrevistada porque está siendo investigada, porque a partir de ese

63 Artículo 348 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

64 Art. 20 constitucional, apdo. A, frac. III: Para efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Y art. 259, párr. cuarto: Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, solo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio [...].

momento no puede mantenerse en reserva la carpeta de investigación que contiene los datos de prueba que el imputado debe conocer para una adecuada defensa.

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VI, señala que el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo, y que antes de su primera comparecencia ante juez podrá consultar dichos registros, momento a partir del cual *no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de investigación*. Además, contrario a lo que sucedía con el procedimiento mixto, en el acusatorio, el defensor debe solicitar la entrevista con el imputado antes de que este rinda declaración ante el ministerio público,[65] pero además, consultar los registros de investigación para una defensa adecuada, es decir, para asesorar correctamente al imputado.

Esto es así en la Constitución porque se relaciona con la verdad *controlable* a cargo de las partes, en este caso, del imputado, ya que su defensor está en posibilidades de consultar registros de investigación y dialogar con él antes de que declare y, muy importante, a partir de ese momento no se pueden ocultar o mantener en reserva los registros de investigación, lo que significa un cambio trascendente, porque bajo el procedimiento penal mixto, el imputado no podía consultar la averiguación previa ni obtener copias de las *pruebas* bajo el argumento de que la averiguación es reservada. Así, desde la etapa de investigación es *controlable* todo lo que el ministerio público haga en relación con el imputado, a partir de que este es detenido o es llamado a declarar.

La verdad *controlable* en la etapa intermedia, ahora, como nunca antes, implica que la admisión de los medios de prueba a cargo del juez se realice previo *debate entre las partes* durante la fase oral de dicha etapa (audiencia intermedia). Con anterioridad, en la fase escrita, las partes anuncian sus respectivos medios de prueba y realizan el descubrimiento probatorio. El ofrecimiento debe cumplir con las reglas para cada medio de prueba

[65] Arts. 113, frac. IV, y 125 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

—testimonial, pericial, documental, prueba material, audiovisual—, pero además, señalar cuál es su *objeto de prueba* esto es, qué finalidad persigue con el ofrecimiento de la probanza, a efecto de que el juez tenga elementos para su admisión o exclusión, partiendo de si es conducente y pertinente.[66]

Durante la audiencia se somete a la contradicción del defensor la prueba que está ofertando la fiscalía, quien, en su caso, aportará razones al juez señalando si es inconducente, impertinente, sobreabundante o violatoria de derechos humanos, para enseguida resolver este último si la admite o si la excluye, de tal forma que lo que se cuida es que no entren a la etapa de juicio oral elementos probatorios que no debe conocer el juez de juicio, ya porque estén viciados en su origen, ya porque afecten derechos humanos o sean inconducentes, y esto es algo que el defensor debe hacer valer. De otra forma, difícilmente podrá el juzgador conocer los vicios en el ofrecimiento.

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

En conclusión, sostengo que cuando Ferrajoli habla de la verdad *controlada* y *controlable,* como rasgo característico de un proceso cognoscitivo, se refiere a lo antes explicado, que sintetizo en los cuadros 4.3 y 4.4.

---

[66] Tomando en cuenta los criterios de exclusión de medios de prueba referidos en el ya citado art. 346.

Cuadro 4.3. *Verdad controlada en cada etapa del procedimiento*

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

Cuadro 4.4. *Verdad controlable en cada etapa del procedimiento*

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

3. Las pruebas en el procedimiento acusatorio y oral

El cambio que el procedimiento penal muestra en los medios de prueba a desahogar forma parte de la verdad *controlada* y *controlable*. Si bien es cierto que tanto el procedimiento mixto como el acusatorio trabajan con el concepto de libertad pro-

batoria (los hechos pueden ser probados por cualquier medio, siempre y cuando no sea contrario a derecho —agregando el acusatorio: y que no sean violatorios de derechos humanos—), también lo es que siempre, invariablemente, las leyes procesales ofrecen un catálogo de medios de prueba que las partes litigantes pueden utilizar para probar sus posturas. Me parece importante referirme en este apartado a las diferencias entre tales catálogos, porque son de tipo sustancial, tal como se observa en el cuadro 4.5.

Cuadro 4.5. *Medios de prueba en procedimiento mixto y en el acusatorio*

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

* Tomadas del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro.
** Tomadas del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora las explico: si prestamos atención, notaremos que solo hay coincidencia en tres medios de prueba —testimonial, pericial y documental— y que el resto no tiene cabida en el acusatorio. Observamos que en el procedimiento mixto aparece en primer lugar la *confesión,* que consiste en la aceptación de hechos y de responsabilidad por parte del imputado. Si encabeza el listado de los medios de prueba, desde el análisis de la sistemática jurídica, significa que es la prueba a la que se le daba mayor importancia, y aun cuando se decía que la confesión ya no era considerada "la reina de las pruebas", lo cierto es que *de facto* se le concedía ese privilegiado lugar. Por ello, en la etapa de investigación todos los esfuerzos se encaminaban a que el imputado detenido confesara los hechos, lo que aseguraría, con otras dos o tres pruebas más que la fortalecieran, el dictado de una sentencia de condena.

Esa visión generaba, en ciertos casos, obtención de confesiones coaccionadas.[67]

Otro dato más en cuanto a la confesión: si se le denomina de esa forma, es porque se toma como una prueba de responsabilidad, es decir, como prueba de cargo en contra del imputado, lo que significa que una declaración del imputado es en su propio perjuicio. Incluso si declara, pero no acepta los hechos, se toma como *confesión calificada divisible,* que no existía en las leyes procesales pero sí en la jurisprudencia.[68] En el procedimiento acusatorio existe la prueba, pero con otra denominación: *declaración del acusado,* bajo el concepto de que su declaración es una prueba de la defensa, una prueba del propio imputado pero nunca de la fiscalía, por eso, de entrada no es *confesión* sino *declaración,* que, dependiendo del contenido, puede implicar que el acusado se incrimine, pero esto si así desea hacerlo. La *confesión* es una prueba que desde la primera etapa del procedimiento —investigación— se produce, mientras que la *declaración del acusado* se da solo en la audiencia de juicio y la incorpora el defensor, no el ministerio público, precisamente porque no es prueba de cargo, sino de descargo.

En cuanto a la inspección y reconstrucción de hechos, no es un medio de prueba que aparezca en el listado del procedimiento acusatorio, porque difícilmente se va a necesitar, tomando en

---

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

68 Tesis con núm. de registro 215346, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, t. XII, agosto de 1993, p. 385. Confesión calificada divisible. La confesión calificada con circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por cierto solo lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia.

cuenta la forma en la que se desahoga el juicio y la manera en que se conforma la prueba. Una inspección tiene como finalidad que el juez aprecie directamente objetos, lugares o personas.

En el procedimiento acusatorio no es necesario este medio de prueba, por el principio de inmediación, es decir, si la prueba se produce hasta la etapa del juicio y en presencia del juez, él tiene conocimiento directo de las personas que acuden al juicio, de los objetos que se incorporan como prueba (armas, objetos, ropas, etc.) y del lugar del hecho a través de las fotografías o croquis ilustrativos que elaboran los peritos, en donde estos o los testigos le van explicando el lugar de los hechos o del hallazgo, de tal forma que tiene el panorama claro de tales lugares.

La reconstrucción de hechos es una prueba que debe desahogarse hasta el final de todos los medios de prueba y solo si el juez la considera necesaria porque tiene dudas o confusiones, de manera que se reconstruyen las versiones contradictorias, ya sea del imputado y ofendido o del imputado y un testigo, por ejemplo, o incluso de dos imputados. Es una prueba que no tiene sentido porque, como dije, se reconstruyen las versiones que cada persona dio y el día de la reconstrucción se les lee la declaración en donde consta su versión de los hechos y la van *representando* con la ayuda de monitores que hacen las veces de ofendido, testigos, etc. La reconstrucción de hechos difícilmente podrá ser necesaria en un procedimiento acusatorio, tomando en cuenta que la prueba se conforma en la etapa de juicio en presencia del juez, de tal forma que si este tiene alguna duda, será derivado del inadecuado trabajo de las partes o de la insuficiencia de la prueba presentada, sin que una reconstrucción sea el medio a través del cual se disipen tales dudas.

La confrontación es un medio de prueba en el procedimiento mixto que se utiliza únicamente en la etapa de investigación. Si el ministerio público tiene una persona detenida, procede a la diligencia de confrontación a efecto de que el ofendido o los testigos la reconozcan. Es una prueba de responsabilidad que se utiliza cuando las víctimas o los testigos desconocen la identidad del sujeto activo del delito y solo lo pueden reconocer por su fisonomía. Si el resultado de la confrontación es positivo, el fiscal tiene prueba de responsabilidad y el juez solo verifica que se

haya cumplido con los requisitos formales en su desahogo para asignarle valor probatorio. Este medio de prueba no será necesario en el acusatorio por el hecho de que las diligencias practicadas por el ministerio público no son prueba, de tal forma que si este acusa a una persona ante el juez, es porque ya tiene prueba de responsabilidad sin que pueda incorporar alguna diligencia de reconocimiento.

Los careos son ociosos en un procedimiento acusatorio porque se respeta el principio de contradicción en su aspecto subjetivo al imputado, es decir, por la observancia a tal principio, el imputado tiene en todo momento el derecho de contrainterrogar a las personas que declaren en su contra, sin necesidad de contar con la autorización previa del juez. En un procedimiento mixto, el imputado o su defensor tienen que ofrecer como medio de prueba la práctica del careo, tanto constitucional como procesal, y si el juez lo admite, se procede al desahogo, esto es, solo si se admite como medio de prueba se puede desahogar, lo que no es necesario en el procedimiento acusatorio, y esa es la razón por la que en la Constitución desapareció como derecho del imputado el carearse con su acusador.[69] Claro, porque se introdujo el principio de contradicción, que es mucho más amplio.

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

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

junto logra probar un extremo que forma parte de las posturas de las partes.

Como vimos, el procedimiento penal acusatorio tiene reglas de obtención de medios de prueba y eliminó ciertas pruebas del mixto —tales como la confesión, la inspección o la confrontación—, ya que el ministerio público las trabajaba por si solo en la etapa de investigación sin ningún control por parte del imputado, y aun así servían para fundar la sentencia. Ahora, el procedimiento acusatorio da un trato de prueba únicamente a lo que se incorpora en el momento del juicio. Lo anterior no significa que ahora un agente del ministerio público no pueda hacer una inspección, un reconocimiento o entrevistar a un imputado, la gran diferencia —y lo importante— es que ya no son considerados medios de prueba, sino actos de investigación que servirán para que el ministerio público esclarezca los hechos y determine si judicializa o no el caso, pero nunca para fundar la sentencia. Esto es demostrativo de la verdad controlada y controlable, es decir, basarse solo en pruebas obtenidas lícitamente, con participación de ambas partes y en donde se respeten derechos fundamentales. Si esto es así, entonces se cumple con la garantía procesal de verificación de la acusación y de refutación, las dos últimas máximas a las que me referí desde el inicio de este capítulo.

4. El carácter epistémico del proceso penal acusatorio y oral

Con lo referido hasta aquí he demostrado que el procedimiento penal acusatorio tiene un carácter epistemológico y no meramente intuitivo o subjetivo, el primero entendido como un procedimiento que tiene rigor metodológico para lograr su propósito. El procedimiento penal tiene como finalidad el establecimiento de una verdad: la existencia de un delito, la responsabilidad de quien lo cometió y la pena correspondiente. Si la empresa es llegar a una verdad, debe seguirse un método para ello. Si por método entendemos la serie de pasos ordenados a seguir para llegar a un objetivo, podríamos decir que el procedimiento mixto lo tenía, porque se debían agotar en total cinco etapas para llegar a la verdad declarada en sentencia. Sin embargo, el método no se

reduce —o no debe reducirse— a seguir una serie de pasos, porque eso es cumplir con una formalidad, sino que consiste en que la verdad a la que se llega esté sujeta a comprobación.

Si bien es cierto que un procedimiento judicial no es una empresa científica en la que se tenga que aplicar el método científico, también lo es que la finalidad es declarar una verdad, una verdad procesal que vincula a las partes y se convierte en norma jurídica individualizada. Siendo así, para que esa verdad se sostenga y sea aceptable, debe contarse con un método riguroso para su obtención lo más parecido posible a un método científico, en el que se contrastan teorías, se someten a comprobación y de su resultado se descartan o se confirman y generan una teoría, axioma, definición, primer principio, etc. Si bien Gadamer estima que la única ciencia exacta y racional es la matemática,[70] eso no es óbice para no ser rigurosos en cualquier otro tipo de verdad, de cualquier otro tipo de saber. El método que seguimos en los procedimientos judiciales es el inductivo, que se complementa con el deductivo.

Como se analizó, Ferrajoli sostiene que la epistemología del procedimiento penal mixto es *decisionista,* porque se trata de una verdad sustancial y global fundada en valoraciones y sin ningún límite normativo en la *adquisición* de las pruebas de demostración, llegando a una verdad no vinculada, sino discrecional, porque el juez emite juicios de valor no refutables por la defensa —tales como lo relacionado con la gravedad del delito, la forma de ejecución, antecedentes delictivos del imputado, etcétera—.

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

En el procedimiento penal mixto, el ministerio público *arma* una averiguación previa, es decir, cronológicamente integra en un expediente las diligencias que desahoga y culmina con el co-

[70] Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.,* p. 309.

múnmente llamado *pliego de consignación,* que técnicamente es la *determinación del ejercicio de la acción procesal penal,* en la que hace la imputación a una persona como responsable en la comisión de un determinado tipo penal. Llega al juez ese expediente de averiguación en el que analiza si las *pruebas* recabadas le permiten obsequiar la orden de aprehensión solicitada y emitir el auto de formal prisión, continúa el desahogo de medios de prueba y, al llegar a la sentencia, el juez revisa nuevamente las pruebas de la averiguación previa, más las que se hayan desahogado durante la instrucción y así toma su decisión.

En el procedimiento acusatorio, ya lo he señalado muchas veces, la prueba que funda la sentencia se produce hasta la etapa del juicio y el juez presencia todo el desahogo, así como la refutación que de cada prueba hace la defensa. En esta audiencia de juicio, el ministerio público, por carga de la prueba, presenta un alegato de apertura que se integra de los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, en los que expone qué hechos lleva ante el juzgador (recordemos que el juez de juicio no conoce de los hechos porque no intervino en las etapas anteriores, sino el juez de control), y qué va a probar, haciéndolo a partir de proposiciones fácticas, por ejemplo:

1. cómo, cuándo y dónde sucedió el hecho *(estos hechos sucedieron el 20 de octubre de 2013, a las 20:30 horas, en las esquinas de la calle Corregidora y Juárez de esta ciudad);*
2. la calificación jurídica de los hechos *(estos hechos están tipificados por los arts. 182, frac. I en relación con el 183, frac. I, del Código Penal);*
3. circunstancias de ejecución *(el activo se apoderó ilícitamente de un bolso utilizando un cuchillo con el que amagó a la víctima);*
4. la responsabilidad del acusado *(los testigos fulano, zutano y mengano hacen un señalamiento directo hacia el sujeto activo y entre sus ropas fue encontrado el objeto material del delito), y*
5. la procedencia del tipo de pena *(solicito la pena de prisión y la reparación del daño por mil quinientos pesos).*

Además, dice de qué forma va a demostrar tales proposiciones que describen los hechos (hace alusión general a los medios

de prueba admitidos en etapa intermedia). De igual forma, el defensor presenta un alegato de apertura en el que fija su postura: o refutará la teoría del caso de la fiscalía o presenta una postura propia que deberá de probar (p. ej., mientras el ministerio público se compromete a probar un homicidio calificado, el defensor se compromete a probar un homicidio en riña). Esas proposiciones del ministerio público son las *hipótesis acusatorias* que durante el juicio deberá probar ante el juez, utilizando únicamente los medios de prueba admitidos por el juez de control y sometiendo cada medio de prueba a la contradicción del defensor. De esta forma, el juez determina si el fiscal logró demostrar su hipótesis de acusación.

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

Popper sostiene que una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica y que la irrefutabilidad no es una virtud de una teoría, sino un vicio.[71] En este sentido, la "teoría" del ministerio público (su postura: Juan mató a Pedro con ventaja) en un procedimiento mixto es irrefutable, porque la *prueba* es conformada únicamente por el ministerio público, él solo, en la etapa de investigación actuando como autoridad, de tal forma que llega ante el juez con prueba preestablecida, sin que esta se refute durante la instrucción, porque si un testigo que declaró en etapa de investigación es llevado ante el juez, se desahoga una *ampliación* de declaración, en la que el ateste ratifica su declaración primigenia. Además, si la *prueba,* que consta en documentos, cumple con las formalidades (nombre y firma del agente del ministerio público y oficial secretario, sellos, rúbricas, folio, presencia del defensor, lectura de derechos a imputados, etc.), tiene valor probatorio pleno y contra eso no hay nada que hacer.

[71] Popper, Karl, *op. cit.*, p. 61.

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

En un procedimiento como el penal trabajamos con hechos del pasado, hechos que sucedieron y se extinguieron en su momento, de tal forma que su reconstrucción se realiza a través de las proposiciones fácticas (enunciados que describen los hechos) que elabora el ministerio público y que quedan sujetas a la demostración a través de los medios de prueba, y estos generalmente son personas. Sí, seres humanos que tienen su propia ideología, cultura, escolaridad, grupo social y, sobre todo, su subjetividad. Trabajar con personas es de suyo complicado, pero son ellas —los testigos presenciales— quienes pueden decir al juez lo que percibieron a través de sus sentidos, de tal forma que se debe tener cuidado y rigor al desahogar la prueba y al valorarla.

En este punto, Popper también señala que tratar de verificar una afirmación *histórica* siempre significa remontarse a las fuentes, por regla general, a los informes de testigos presenciales,[72] y que no se pone a prueba la validez de la información escuchando solo a la fuente, al testigo, sino a través de un *examen crítico de lo que afirma* y de los mismos hechos afirmados,[73] que traduzco al ámbito del ejercicio del contradictorio, es decir, el contrainterrogatorio al que el defensor somete al testigo, que previamente ha proporcionado la información que el fiscal ha obtenido a través de su interrogatorio directo. Es decir, no basta contar con la versión del testigo —que para el procedimiento mixto sí es suficiente y además lo plasma en un documento—, sino que es necesario el examen crítico de lo que dice a través de la contrastación de la información que proporciona —en el procedimiento acusatorio, directamente ante el juez—.

[72] *Ibidem,* p. 46.

[73] *Ibidem,* p. 48.

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

De igual forma, Ferrajoli habla del principio del falsacionismo. Lo denomina *epistemología falsacionista,*[74] indicando que el juicio no debe estar basado en decisiones potestativas, sino en la prueba empírica de hechos predeterminados. En el método acusatorio, el juicio se desarrolla con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa, que hacen posible la *verificación* y la *refutación,* asumiendo a esta epistemología falsacionista la verdad controlada por las partes en la causa, y que traduzco en que la *verdad* que presenta el ministerio público al interrogar a sus testigos es contrastada —refutada— a través del principio de contradicción a cargo de la defensa.

Ahora, esa *verdad* o esa *teoría* que presenta el ministerio público, antes de ser contrastada, es sometida a verificación, porque no se trata de que el ministerio público, por sí solo, obtenga y desahogue la prueba —en etapa de investigación—, sin que al juez le conste directamente de qué forma la obtuvo y la desahogó, así como tampoco de que sea sometida a ningún control por parte de la defensa, sino que ahora se trata de que el ministerio público lleve físicamente a los testigos ante el juez para que estos le expliquen lo que vieron y percibieron; que los policías no solo rindan y firmen un informe de investigación, sino que le digan al juez qué actividades de investigación realizaron; que los peritos también le expliquen qué peritaron, qué método siguieron y por qué llegan a determinadas conclusiones; que las pruebas materiales, consistentes en objetos o instrumentos relacionados con el delito, se le presenten demostrando fehacientemente que dicho objeto es el mismo que el ubicado en el lugar de los hechos y que no ha sido alterado.

[74] Ferrajoli, Luigi, *op. cit*., p. 605.

Esto es *verificar* la postura ante quien va a decidir, es decir, el juez, que es el único a quien hay que convencer de esa postura o teoría y quien también verifica si el testigo se conduce con verdad y es objetivo en su narración, al momento en que le contesta el contrainterrogatorio al defensor; o verifica si el perito realizó adecuadamente su dictamen hasta que viene el control por parte del defensor.

En mi experiencia puedo narrar casos en que los testigos, peritos o policías hacen una *adecuada* narrativa al contestar el interrogatorio directo del ministerio público, pero en cuanto entra el defensor se ponen en evidencia las insuficiencias, inconsistencias o debilidades del órgano de prueba que más adelante detallaré, pero también puedo hablar de muchos casos en los que los testigos se sostienen aun siendo sometidos a contrainterrogatorios rigurosos, lo que genera la confiabilidad en el dicho del testigo, precisamente porque se ha sometido a una crítica estricta.

Coincido con Popper cuando sostiene que el criterio para establecer el status científico de una teoría es su refutabilidad o su testabilidad,[75] que sí tiene el procedimiento acusatorio pero no el mixto, ya que este último tiene un carácter más bien dogmático, al que también se refiere Popper:

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

El gran procesalista Michele Taruffo sostiene el carácter no epistémico del procedimiento acusatorio, basándose en que:

1. existen reglas de exclusión de pruebas —lo que limita el conocimiento—;
2. por la prueba tasada —que limita al juez para valorar la prueba—;

---

75 Popper, Karl, *op. cit.,* p. 61.

76 *Ibidem,* pp. 76-77.

3. por el hecho de que la verdad se basa en testigos —la credibilidad o confiabilidad que puede o no tenerse en los atestes y el que no confía en el llamado interrogatorio cruzado de testigos al modo americano—, y
4. por el papel del juez en el caso —activo *versus* pasivo, es decir, el que se limita a controlar y dirigir el proceso, apostando Taruffo por el modelo de juez activo—.

Por lo que respecta al primer punto, Taruffo indica que el procedimiento acusatorio no tiene un carácter epistemológico porque el conocimiento del juez está limitado —no es libre como el del científico— y hay pruebas que no pueden introducirse al procedimiento, justificando únicamente la no entrada de aquellas que violenten derechos fundamentales.

Efectivamente, el juez está limitado en la obtención del conocimiento porque ciertas pruebas no pueden tener ese carácter. Por ejemplo, cuando una persona tiene conocimiento de hechos delictivos, tiene la obligación legal de declarar, sin embargo, la ley no obliga a quienes están ligados con el imputado por parentesco o por ser cónyuges y podrán declarar solo si es su deseo y voluntad hacerlo. También están totalmente excluidas de declarar las personas a quienes se protege por ética o secreto profesional, como el sacerdote, el psicólogo, el abogado, etc.[77] De igual forma, se excluyen los medios de prueba que violenten derechos fundamentales, los que no estén relacionados con los hechos y resulten inútiles para el esclarecimiento de los mismos, los que sean impertinentes, sobreabundantes e innecesarios (por referirse a hechos públicos y notorios o incontrovertidos).[78]

A estos aspectos, Wróblewski les llama *categorías de inadmisibilidad de pruebas,* y lo justifica —me parece adecuadamente— por

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

[78] Art. 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

ser esencial para los principios del proceso. El autor citado explica que se pueden inadmitir pruebas cuando hay conflictos entre la verdad material y otros valores como los de la persona, por ejemplo, cuando se obliga a declarar contra sí mismo a un imputado, se coacciona a un testigo o se obliga a declarar a quienes les asiste el secreto por su profesión o servicio público de Estado.[79]

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

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

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

---

[79] Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho,* México, Fontamara, 2003, pp. 243-247.

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

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

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

evaluar la información proporcionada por estos, y el interrogatorio cruzado, es decir, el ejercicio de contradicción, aporta elementos importantísimos al juez. Perfecto Andrés Ibáñez sostiene que el proceso acusatorio regido por el principio de contradicción cuenta con una constante dimensión epistémica.[80] Veamos por qué.

Un hecho es vivido por una víctima, por lo que, a menos que se trate del delito de homicidio, es ella misma quien relata al juez lo que experimentó en su persona. Además, es apreciado por testigos, quienes reconstruirán al juez lo que pasó a partir de lo que percibieron antes, durante y después de los acontecimientos. Un hecho es narrado por el acusado, dando su propia versión de lo que sucedió, y es reconstruido por peritos, que son profesionales o técnicos que tienen que acudir ante el juez para darle cuenta de lo que peritaron y las conclusiones a las que llegaron. También es esclarecido por la investigación que realiza un policía de investigación, quien le dice al juez qué actividades realizó y cómo fue esclareciendo los hechos que constituyen la hipótesis acusatoria del ministerio público.

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

Los órganos de prueba son personas: los peritos basan su dictamen en los conocimientos propios de la ciencia o técnica de que se trate; los policías tienen que seguir técnicas de investigación para arribar a conclusiones, pero los testigos y las víctimas son individuos que no están sujetos a ningún protocolo para apreciar los hechos. Dado lo anterior, el juez se basa en la aportación de las personas para formar su convicción. Claro que también habrá documentos o prueba material, pero el carácter probatorio fuerte en un caso penal radica en los testigos, peritos y policías. Como sujetos, cada quien capta su realidad y le imprime su propia interpretación, somos subjetivos por el hecho de ser humanos, y el carácter subjetivo está determinado por condiciones como la

[80] Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal,* México, Fontamara, 2005, p. 10.

educación, la formación, el medio social, etc., de ese sujeto. Un testigo analfabeta y otro que no lo es interpretan lo que perciben de modos diferentes.

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

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

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

En cuanto al interrogatorio cruzado, esta es su postura: “La examinación cruzada para lo que sirve es para deformar, esconder, destruir el testimonio contrario y, como se dijo, máxime si se sabe que dijo la verdad, particularmente porque estamos

en un proceso de contraposición entre dos abogados, por lo que, francamente, ninguno está detrás de la búsqueda de la verdad".[81]

Asimismo, sostiene que la examinación cruzada deforma y destruye el testimonio contrario, porque en los manuales de pruebas se desprende que en el contrainterrogatorio: "*el objetivo es destruir la credibilidad de la prueba del adversario, sobre todo si sabes que dijo la verdad*".[82] Me parece que esto debe matizarse como es.

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

Una vez que concluye el interrogatorio directo, corresponde a la contraparte formular preguntas, que por supuesto no tienen la misma intención que las del oferente, ni tampoco deben seguir las mismas reglas, porque aquí quien pregunta no está trabajando con *su* testigo sino con el testigo de la contraria.

Un contrainterrogatorio busca verificar si el testigo se conduce con verdad, busca sacar a la luz otros elementos importantes que quizá el ministerio público no obtuvo porque no son acordes a su postura. También es un elemento para el carácter epistémico del proceso muy importante, porque de esta forma se contrasta la teoría de quien acusa, y tiene una doble finalidad: o el testigo se sostiene en todo o se derrumba precisamente porque no dice la verdad, o porque, si bien no miente, en realidad su apreciación de los hechos no fue directa sino de referencia.

Todo esto logra conocer el juez a partir de un adecuado ejer-

81 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 66.

82 *Idem*.

cicio del contrainterrogatorio. Es falso que un contraexamen tenga la finalidad de destruir. Si bien es el propósito de la defensa, solo se logrará si el fiscal presenta un testigo falso. Es el ejercicio del falsacionismo del que hablaba anteriormente y al que se refieren tanto Popper como Ferrajoli, y es también el carácter dialéctico —la existencia de opuestos— como método de convencimiento del juez.

Asimismo, el contraexamen tiene otras reglas, una de las cuales consiste en que se permite la pregunta sugestiva (la que sugiere la respuesta, es afirmativa y extraída de datos existentes: "usted estuvo en el momento de los hechos"; "usted vio los hechos a 50 metros de distancia"; "usted vio que no había luz artificial en el lugar de los hechos", etc.), precisamente por el hecho de que quien contraexamina está trabajando con un testigo hostil a su postura, pero solo de esta forma se podrá verificar la veracidad del testimonio, dado que repetir un interrogatorio directo solo abonaría información.

Ahora bien, es cierto que podemos encontrar un defensor muy habilidoso, que gracias a su experiencia en contrainterrogar logre que un testigo titubee. Precisamente para estos casos es que el oferente de la prueba tiene una segunda oportunidad de interrogar a *su* testigo, con la finalidad de rehabilitarlo, si es que el testigo no está alterando la realidad y su reacción se debe al bombardeo del defensor con el contrainterrogatorio —aunque esto es claramente advertido por el juez—. De igual forma, por principio de contradicción y de igualdad, si el oferente tiene una segunda oportunidad, también la deberá tener el defensor y realizar un recontrainterrogatorio. Estos últimos también tienen reglas y son limitados: el re-directo versa únicamente sobre la información que se proporcionó en el contrainterrogatorio y el re-contrainterrogatorio versa solo sobre lo que se contestó en el re-directo, precisamente porque tienen la finalidad de rehabilitar al testigo o confirmar la información del contraexamen.

No veo por qué no confiar en este método. La práctica que tengo tras desahogar más de mil audiencias —150 aproximadamente de juicio— me permite afirmar la confiabilidad que existe en el interrogatorio cruzado. En distintos casos, gracias al contrainterrogatorio, detecté prueba ilícita, no otorgué valor probatorio

a un dictamen pericial o confirmé la confianza en el dicho de un testigo.

No es mi intención narrar todos los casos, solo de manera ejemplificativa referiré que en el caso judicial número 71/2008,[83] un perito en materia de patología forense expuso magistralmente su dictamen, explicó y detalló el método a seguir, demostró la conclusión a la que llegó y no parecía generar incertidumbre alguna cuando el fiscal concluyó el interrogatorio. Sin embargo, cuando el defensor inició el contrainterrogatorio, le preguntó si se había respetado la cadena de custodia, a lo que el perito respondió afirmativamente. Enseguida, el defensor cuestionó si él había tomado la muestra al imputado para su posterior análisis, a lo que contestó en sentido negativo, afirmando desconocer quién había tomado la muestra. Este consistía en la obtención de filamentos pilosos de área púbica de un adolescente, sin que el fiscal demostrara el procedimiento que siguió para la obtención de la muestra y quién la había tomado. Ese dictamen, del que no podemos alegar su falsedad pero sí su inconsistencia científica, no fue tomado en cuenta en la sentencia porque la obtención de la muestra fue ilícita y no se respetó cadena de custodia, elementos que conocí solo a través del contrainterrogatorio. Como se ve, la idea del defensor en este caso no fue *destruir* al perito, sino proporcionar al juez elementos para la valoración de la prueba.

En el caso judicial 63/2008, un perito incorporó un dictamen en el que asignó determinado valor a un vehículo (en un delito de robo), basándose en su buen estado y uso de conservación y que el automóvil era eléctrico. Excelente interrogatorio directo. En el contrainterrogatorio, el defensor preguntó al perito si servía el aire acondicionado, si funcionaban los vidrios eléctricos, si el motor encendió al primer intento, etc., contestando el perito desconocer dichas circunstancias, para terminar diciendo que nunca abrió el coche, que incluso nunca tuvo las llaves. Siendo así, ¿cómo podemos creer en el valor que le asignó, si para ello se basó en las condiciones mecánicas y de uso en que se encontraba, pero en realidad nunca las verificó, advirtiéndose su dictamen subjetivo y parcial?

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

En otro caso, el 107/2011, el fiscal presentó un homicidio calificado, pero la postura de la defensa era la de un homicidio en riña. Rindió declaración una testigo presencial muy importante, quien fue interrogada por el fiscal y posteriormente por el defensor. En el contrainterrogatorio, el defensor, cada vez que preguntaba, utilizaba la palabra *riña*. El fiscal lo detectó y solicitó re-directo para rehabilitar a la testigo en el sentido de que quien hablaba de *riña* era el defensor, pero no la testigo, y le preguntó si conoce la figura jurídica de la riña y sus elementos, a lo que la ateste contestó en sentido negativo. Con eso nos cercioramos de que la ateste nunca habló de riña. Sin embargo, el defensor solicitó re-contrainterrogatorio y le preguntó a la testigo qué es lo que entiende por riña, respondiendo la testigo que es un pleito de todos contra todos, confirmándose que la testigo efectivamente se estuvo refiriendo a una riña.

De igual forma, puedo hablar de innumerables casos en donde, a pesar del contrainterrogatorio del defensor, el testigo se sigue sosteniendo en su dicho o incluso lo confirma con otros elementos obtenidos por la defensa.

Previamente sostuve que si se presenta solo la postura —la teoría— de quien acusa sin que cuente con un estricto control de la contraparte, podemos llegar a confirmar verdades de Estado. Como afirma Ferrajoli, la principal condición epistemológica de la prueba es la refutabilidad de la hipótesis acusatoria,[84] y el interrogatorio cruzado es la forma de refutarla, de contradecirla, de corroborar la veracidad de la prueba, mucho más tratándose de testigos.

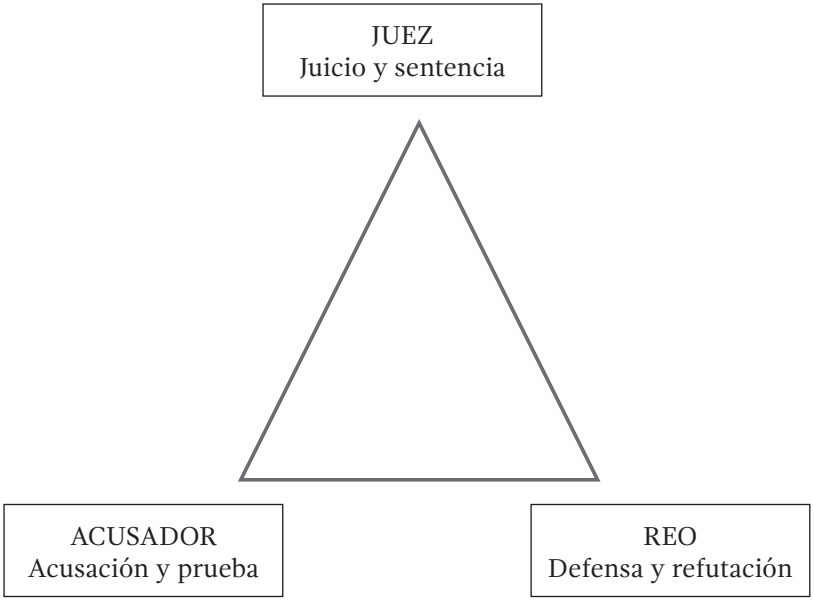
Por otro lado, y siguiendo con la cita de Taruffo, este cuestiona que en este sistema de interrogatorio cruzado, el juez es un simple espectador que nada más asiste, funge como un árbitro y solo interviene ante la objeción de la contraparte. Cierto, pero esto es porque ese es el papel que le corresponde al juez, lo cual no significa —como sostiene Taruffo— que las partes disponen y pueden hacer cualquier cosa. Claro que no: el juez controla y dirige el debate. Efectivamente, interviene solo si se objeta una pregunta, porque debe ser imparcial y no tiene por qué formular

[84] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 613.

las preguntas si el caso es de las partes y quienes más lo conocen son precisamente los adversarios.

Ahora, si un juez advierte que hay demasiadas preguntas prohibidas sin que la contraparte objete, quizá por desconocimiento, eso no significa que no haga nada: llamará la atención para que se ciñan a las reglas de un interrogatorio y contrainterrogatorio, advirtiendo a las partes sobre el riesgo que corren de que se afecte la valoración de la prueba. El hecho de que el juez respete el caso de las partes no lo convierte en un monigote que únicamente *presencie* la audiencia, por el contrario, debe realizar un ejercicio real de *inmediación* de la prueba y dar sus razones sobre tales aspectos al momento de sentenciar. Ferrajoli nos recuerda la relación triangular en el proceso, tanto entre sus actores —*a)* acusador; *b)* reo, y *c)* juez— como entre las funciones que les corresponden respectivamente —*a)* acusación y prueba; *b)* defensa y refutación, y *c)* juicio y sentencia.[85]

Figura 1. *Modelo triangular con actores y funciones*



[85] *Ibidem,* p. 674.

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

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

El juez pasivo es el que se limita a controlar y dirigir el proceso, mientras que el juez activo es el que busca la verdad, el que interviene en el caso de las partes, porque, como los contrarios no tienen como fin la búsqueda de la verdad, el juez sí lo tiene y debe encontrarla. Taruffo sostiene:

> El juez debe tener poderes de instrucción autónomos que pueda utilizar en todas las ocasiones en las cuales las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para llegar a un juicio, es decir, se trata de un perfil activo en la función instructora del juez que corresponda justamente a la función epistémica del proceso.[86] [...] Desde el punto de vista epis-

[86] Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 68.

> temológico es necesario que el juez disponga de poderes, de iniciativas instructoras que pueda utilizar en cada ocasión en la cual la iniciativa de las partes no le ofreció los instrumentos de conocimiento necesarios para llegar a la averiguación de los hechos.[87]

No comparto lo anterior, porque compromete la objetividad e imparcialidad del juez. Según el autor, atenta contra la epistemología el que un científico adquiera elementos de conocimiento únicamente a partir de lo que le ofrecen terceros, cuando lo que debe hacer es ir en búsqueda de lo que le sirve para el descubrimiento de la verdad. Sí, un científico, pero el juez no quiere descubrir ciencia nueva.

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

El juez no debe ser juez y parte, por eso es importante mantener la relación triangular tantas veces referida y así lograr el conocido *sine ira et estudio*. Uno de los derechos que conforman el debido proceso consiste en ser juzgado por juez imparcial, tal como señala el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el debido proceso: toda persona tiene derecho a ser oída por un juez competente, independiente e imparcial.

[87] *Ibidem,* p. 70.

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

Estos puntos, señalados por Michele Taruffo, tienen como común denominador la *verdad* o la *búsqueda de la verdad*. Partiendo de la base de que un procedimiento tiene ese fin, según el procesalista italiano, para alcanzarla, el juez debe tener poderes activos en el caso de las partes e indagar directamente. Debe buscarse una forma de obtener información de los testigos que no sea ni el interrogatorio por parte del juez ni el interrogatorio cruzado, y debe eliminarse lo mayor posible la exclusión de medios de prueba, porque ello limita la obtención de conocimiento.

Sin embargo, en un procedimiento acusatorio y adversarial el juez es pasivo, no porque no haga nada, sino porque no tiene funciones de parte, pero sí gobierna y controla a las partes en el proceso, verifica la calidad de la información que le proporcionan los litigantes y tiene que basarse en la prueba de cargo válida y además lícita, de lo contrario, ninguna resolución puede preciarse de ser justa. Taruffo sostiene: "[...] existen buenas razones para considerar que el proceso acusatorio puro es antiepistémico, es decir, que no está estructurado de forma tal como para permitir la averiguación, la búsqueda o el encuentro de la

verdad, puede, a lo mejor, permitir todas las otras bellezas que uno se puede imaginar pero no es el instrumento para la búsqueda de la verdad".[88]

Pero en el tema de la *verdad,* me parece que hoy tenemos una nueva ideología constitucional en la materia penal. Siempre se ha hablado de dos tipos de procedimiento:

a) el que tiene como fin la resolución de los conflictos de manera efectiva —propio del derecho civil—, en razón de que este se da entre particulares, y
b) el que tiene como fin la búsqueda de la verdad histórica —el derecho penal—, en donde interviene el Estado como representante de la sociedad en general, que ha sido ofendida con la conducta delictiva.

Este fin de búsqueda de la verdad en materia penal se originó con el sistema inquisitorial, como mencioné, y a pesar de que transitamos a un procedimiento mixto, del inquisitorial se conservó la función de acusación por parte del Estado como representante social legitimado para hacer efectivo el *ius puniendi.*

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

[88] *Ibidem,* p. 67.

les con elementos subjetivos —dolo, engaño, ánimo de dominio, etc.— que solo es posible conocer si el imputado los expresara, y los tipos penales con elementos valorativos para el juez —infringir un deber de cuidado, capacidad para resistir, salud pública, daño grave, etc.—.

Todas estas problemáticas nos limitan para conocer lo que verdaderamente pasó a detalle, y con lo que contamos es con las versiones que describen lo que sucedió desde el punto de vista de la acusación y de la defensa, lo que aporta la investigación, lo que arrojan los dictámenes periciales y esta es la realidad de un escenario penal. Aquí también hay versiones en competencia que deben verificarse, y cuando el juez emite su sentencia nadie puede sostener que descubrió la *verdad*. Autores de esta nueva corriente de pensamiento indican que un procedimiento penal, más que búsqueda de la verdad, trata de una cuestión de tipo estratégico, sin que con esto se quiera decir que se diseña toda una falsedad para presentarla como verdad. Baytelman y Duce afirman que: "[...] resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos y esa es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba la información —real— que la prueba contiene y cómo estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente".[89]

Reitero: hoy tenemos una ideología constitucional diferente en cuanto a la verdad en la materia penal, y una muestra de ello es que esta visión estratégica de las partes se plasma en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando señala que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral,[90] obviamente a cargo de las partes litigantes, y también cuando exige que las partes tengan igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.[91]

---

89 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba,* col. Derecho, México, FCE, 2008, p. 81.

90 Art. 20 constitucional, apdo. A, frac. IV.

91 Art. 20 constitucional, apdo. A, frac. V.

También, esta nueva ideología en cuanto al fin del proceso penal está claramente normativizada en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción I, al precisar cuál es el objeto de dicho proceso: el *esclarecimiento de los hechos,* proteger al inocente, *procurar* que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Nada nos dice sobre la búsqueda de la verdad, sino, más bien, sobe esclarecer los hechos.

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

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

Por último, esta nueva ideología se plasma al permitir que un particular pueda ejercitar la acción penal directamente ante un juez. Precisamente se trata de la acción penal por particular (art. 21 constitucional, párr. segundo).

Lo anterior demuestra que tenemos que alejarnos de las concepciones propias del sistema inquisitorial, partiendo del objeto

y fin del proceso penal: este no es más la búsqueda de la verdad que faculta al juez a obtener conocimiento *motu proprio,* sino que es el esclarecimiento de los hechos y la resolución de los conflictos de manera efectiva, en donde el juez competente e imparcial pone fin a una controversia penal, ya sea a través de una sentencia en procedimiento ordinario o abreviado, o a través de sancionar un mecanismo de solución al que llegaron las partes de común acuerdo, lo que se traducirá en una verdad legal, pues, como afirma Ferrajoli: "[...] el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos, a través de la garantía de la verdad —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y el error".[92]

Así, la epistemología del proceso está determinada por:

- la forma en que se obtiene la prueba;
- la forma en que se verifica y refuta la prueba, como condición del cumplimiento de las garantías de acusación y prueba;
- el hecho de que la prueba con la que el ministerio público verifica los hechos ante el juez debe ser legal y legítima;
- que esa prueba está sujeta a controles en todas las etapas del procedimiento, tanto de límites normativos como actividad a cargo de las partes: verdad controlada y controlable;
- las reglas que han de observarse para la obtención, ofrecimiento e incorporación de la prueba;
- el hecho de que solo es prueba aquella que se produce en la fase del juicio, respeta derechos fundamentales y queda sujeta a la contradicción del imputado;
- que a través de la refutación se verifica la credibilidad y autenticidad de la prueba;
- que la inmediación, oralidad, contradicción y continuidad son principios procesales que permiten al juez un mejor ejercicio de apreciación de la prueba para la obtención de conocimiento;

[92] Ferrajoli, Luigi, *op. cit*., p. 546.

- que cada órgano de prueba es sujeto a un examen crítico;
- la existencia de reglas específicas, tanto para interrogatorio como para contrainterrogatorio;
- el sistema de valoración libre y lógica de la prueba por parte del juez, y
- la presencia de garantías orgánicas que permiten un juez imparcial e independiente.

Todo lo anterior es el contenido del concepto de procedimiento acusatorio, que Ferrajoli define de la siguiente forma: "[...] todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su valoración libre y lógica".[93]

[93] Lo único que modifico de este concepto es "íntima convicción" por "valoración libre y lógica", porque es el sistema de valoración de nuestro procedimiento penal. *Ibidem,* p. 564.

Capítulo V
La epistemología de la decisión judicial en el procedimiento acusatorio y oral

1. Rigor en la sentencia

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

Hoy, la Constitución impone como estándar para sentenciar la *convicción* del juez respecto de la culpabilidad del procesado (art. 20, apdo. A, frac. VIII). Convencer significa probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar,[94] es decir, las partes tienen que convencer al juez a través de la prueba válida que introducen al juicio. En un procedimiento mixto, el juez se convence con lo que lee del resultado de la prueba; en uno acusatorio y oral, se convence con la información que directamente le proporcionan testigos, peritos, policías y las argumentaciones de viva voz de las partes. En el procedimiento mixto, el juez conoce los hechos y toma sus decisiones con base en lo

[94] Disponible en *www.rae.es*

escrito; en el acusatorio y oral, a través de lo que directamente recibe y percibe de los órganos de prueba. Estos dos métodos de lograr convencimiento generan dos modos diferentes de resolución —de sentencia— y, también, dos niveles de complejidad distintos.

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

La sentencia del procedimiento acusatorio y oral se va articulando a partir de cada hipótesis de acusación en relación con el elemento del tipo penal de que se trate, es decir, partiendo de la calificación jurídica del ministerio público, tomamos el primero de los elementos jurídicos —se inicia por el elemento objetivo, posteriormente los subjetivos, para culminar con los normativos del tipo penal de que se trate—, relacionado con la premisa fáctica que en ese sentido formuló el ministerio público y que se comprometió a demostrar. Por ejemplo, en un delito de robo, el primer elemento objetivo de análisis será la acción de apoderamiento, debiendo buscar la premisa fáctica que corresponda: "*X* se llevó de la casa de *Y* una computadora marca LG". A continuación, buscamos la prueba que el fiscal llevó para acreditar dicha proposición fáctica (el testimonio de *Y,* de sus testigos de propiedad, preexistencia, etc.), se valora cada medio de prueba en lo individual y posteriormente en conjunto, para concluir si la proposición fáctica quedó demostrada o no. Para finalizar, buscamos si la defensa presentó contraposición a dicha proposición fáctica para su análisis y así poder determinar qué postura cuenta con mayor soporte probatorio. Así se procede con cada elemento, con cada proposición fáctica.

En este sentido, Perfecto Andrés Ibáñez señala que el proceso inferencial del juez tiene como punto de partida la previa formulación de una hipótesis acusatoria —la del ministerio público—, "[...] esa hipótesis debe ser contrastada, discutida, en el curso de la actividad probatoria, donde resulta confrontada con otras hipótesis, las de la defensa [...]".[95]

Aunado a lo anterior, en este tipo de casos, un juez trabaja sentencias con prueba circunstancial y no prueba directa. La naturaleza de los hechos penales es compleja. Como referí, existen formas cada vez más sofisticadas de cometer delitos; casos en los que no hay testigos presenciales o puede ser que existan demasiados testigos pero no directos de los hechos, sino de sus circunstancias. Estos son casos difíciles que exigen una argumentación adecuada al caso, que será aquella que la complejidad del asunto requiera. Por ello, vamos a transitar de sentencias de prueba directa a sentencias de prueba indiciaria en donde nunca —o poquísimas veces— se contará con la aceptación de responsabilidad del acusado por lo garantista del procedimiento, porque en todo momento se le recuerda su derecho a permanecer callado y porque lo que *confesó,* en su caso, ante el ministerio público no sirve para fundar la sentencia.

Así, una sentencia que se sostiene en un mayor número de inferencias requerirá de mayor argumentación para justificar la decisión, porque el grado de probabilidad es menor. Como señala Marina Gascón Abellán, con prueba directa hay una menor cadena de inferencias y, por tanto, un mayor grado de probabilidad, mientras que con prueba circunstancial hay una mayor cadena de inferencias y un menor grado de probabilidad.[96]

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

---

95 Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, p. 671.

96 Carbonell Sánchez, Miguel y Fix-Fierro, Héctor, *Jueces y derecho. Problemas Contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 312.

Todo esto es importante porque si el nuevo procedimiento penal busca una mejor justicia, no podemos encaminar todos los esfuerzos a diseñar una forma de proceder distinta y dejar en iguales términos la sentencia: así no habría correspondencia ni tampoco una decisión justa. Es cierto, la decisión justa está dada por el procedimiento que se siga (la verdad controlada y controlable), pero también por la forma en la que el juez decide. Taruffo señala que un proceso será justo en la medida en que esté encaminado hacia la producción de decisiones justas.[97]

2. Aspectos de la sentencia en el nuevo procedimiento acusatorio y oral

Aquí cabe preguntarse qué requiere una sentencia del nuevo procedimiento penal para ser justa. Muchos autores de argumentación jurídica han precisado los puntos mínimos que debe contener para tener dicho calificativo, los cuales relaciono con el procedimiento penal diseñado en nuestra Constitución. Taruffo menciona que la sentencia justa debe tener:

a) corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso;
b) comprobación fiable de los hechos relevantes del caso, y
c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.[98]

El primer aspecto, lo relativo a la elección de la norma aplicable y la interpretación adecuada, es el juicio de derecho que el juez debe realizar. Claro que esto no depende de un tipo de procedimiento o de otro, sino que es concerniente a todos los jueces en todos los procedimientos. Los problemas que aquí se presentan son de calificación y de interpretación —relacionados con la premisa normativa—.

El juzgador debe ser conocedor de los diferentes tipos de problemas con los que se enfrenta al analizar la norma aplicable

97 Taruffo, Michele, *La prueba,* Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 28.

98 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal,* Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 237.

al caso concreto (problemas de lenguaje —ambigüedad o vaguedad—, de lagunas o de antinomias) y de los métodos de solución que proporciona la hermenéutica jurídica a cada caso detectado.

Siguiendo a Riccardo Guastini,[99] existen dos tipos de interpretación: la declarativa o literal y la correctora (con sus cuatro tipos de interpretación: extensiva, restrictiva, sistemática y adecuadora). Pero también, los problemas a los que hoy nos enfrentamos bajo la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos a favor de las personas, interpretando las normas secundarias siempre conforme a la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, favoreciendo a las personas la protección más amplia, lo que nos lleva a nuevos ejercicios de interpretación de las normas locales bajo el esquema del parámetro de control de regularidad constitucional o de validez de las normas del orden jurídico mexicano.[100]

Esto es algo muy recurrente en la materia penal, porque constantemente se están afectando o limitando derechos fundamentales de las personas a quienes se atribuye la comisión de un delito, de ahí que ahora no bastará con que lo pida el fiscal y el juez resuelva con base en la norma local, sino que deberá hacer el análisis de dicha norma y contrastarla con las disposiciones constitucionales y convencionales, así como afectar o limitar el derecho justificando debidamente la decisión a partir del principio de proporcionalidad ya mencionado.

El segundo aspecto, la comprobación fiable de los acontecimientos relevantes del caso, es el llamado juicio de hechos, es

---

99 Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica,* 6ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

100 Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202. De acuerdo con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, que derivó en la jurisprudencia con el rubro: Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

decir, el análisis que debe hacer el juez para dar por probados o no los hechos materia de la acusación. Cuando el juez sostiene que "*X* privó de la vida a *Y*", no es un juicio simplista, no es una mera intuición, sino que deriva de un proceso racional y deliberativo una vez que los hechos, o más bien, las aserciones que describen los hechos —proposiciones fácticas—, son comprobadas de un modo racional y verídico, lo cual depende del método probatorio. Si una sentencia justa exige la *comprobación fiable* de los hechos, significa que estos deben ser sometidos a demostración a través de la prueba y que el juez tendrá que analizar cada elemento probatorio con rigor, primero, para determinar que es prueba válida, es decir, que se obtuvo respetando derechos humanos y que se desahogó con las formalidades de ley y, segundo, para analizarla en conjunto con otras eficaces y eficientes para dar por probado un hecho.

La razón por la cual el juez confía en el dicho de un testigo es precisamente por el método de incorporación de la prueba, ya que, por el principio de inmediación, el juez tuvo contacto directo con el testigo. De ahí que lo vio y escuchó la narrativa de lo que presenció, pero, también, esa versión fue contrastada con la postura y contrainterrogatorio de la defensa a través del uso, generalmente, de pregunta sugestiva, que tiene como finalidad presentar al juez una versión alterna de los hechos.[101]

Como referí en el capítulo anterior, el ejercicio del contrainterrogatorio proporciona elementos al juez para la valoración del testigo: si el ateste se sostuvo en su versión, no hay razones para dudar de su dicho ni para no concederle valor e importancia para la decisión, pero si el ateste incurrió en contradicciones sustanciales demostradas, el juez no deberá concederle valor y dar las razones de ello.

Este método probatorio permite afirmar con mayor grado de probabilidad —no podemos hablar de certezas absolutas— que el hecho ocurrió o no de la forma en que el órgano de acusación lo presentó —por carga de la prueba—. Así, el juicio: "*X* privó de la vida a *Y*" es un enunciado verdadero que describe ese hecho de-

[101] Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 749.

terminado. Como refieren Taruffo[102] y Andrés Ibáñez,[103] los hechos son las proposiciones, los enunciados que se formulan para describir lo que pasó: los hechos existieron y se agotaron en su momento. El género forense versa sobre cosas del pasado, como lo sostenía Aristóteles en arte retórica,[104] por lo que estamos hablando de enunciados, palabras, narraciones que finalmente tienen que ser demostrados. De esta forma, el juez va analizando cada enunciado en contraposición con el enunciado relativo al mismo aspecto que haya formulado la contraparte.

Con este método, además de afirmar si un hecho —enunciado— se demostró, se logra hablar de una verdad sostenible establecida en la sentencia. La verdad judicial debe ser entendida como correspondencia con los hechos —enunciados— probados durante el juicio —así lo afirman autores al referirse al tema de qué es la verdad en general, Tarski, por ejemplo, citado por Taruffo[105]—, bajo el método de la contrastación de hipótesis referido, ya que, como dice Foucault: "[...] La sentencia judicial, en las argumentaciones que emplea, en las pruebas que aporta, debe ser homogénea al juicio [...] Lo mismo que una verdad matemática, la verdad del delito no podrá ser admitida sino una vez que ha sido enteramente probada [...]".[106] La verdad como correspondencia así entendida —como indica Taruffo— coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad.[107]

Una condición para tener una decisión justa es la verdad del juicio emitido, y este lo será si y solo si el juicio "*X* mató a *Y*" o "*X* no mató a *Y*" tiene correspondencia con el resultado de la prueba válida. Si hablo de prueba, es porque realmente logró demostrar un extremo de la acusación o de la defensa. El procedimiento dialéctico de las partes a través del cual el juez obtiene

---

102 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión... cit.,* p. 77.

103 Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal,* México, Fontamara, 2005, p. 50.

104 Aristóteles, *Arte poética-arte retórica,* 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 92.

105 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 40.

106 Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión,* México, Siglo XXI Editores, 2010, p. 112.

107 Taruffo, Michele, *La prueba..., cit.,* p. 29.

la convicción, exigida como estándar constitucional, permite tener por probada o no la hipótesis de acusación de la fiscalía, lo cual sucederá cuando esta no logre ser refutada y las pruebas válidas disponibles la hagan probable, esto es, la confirmen; y digo que no logre ser refutada no porque no se haya sometido a refutación, sino porque, a pesar de ello, logra confirmarse y no sostenerse la refutación. Como apunta Marina Gascón Abellán: "[...] el sometimiento a la refutación de las hipótesis es la prueba de fuego para poder aceptarlas. Y por eso es necesario que exista en el proceso un momento contradictorio en el que poder refutar las hipótesis"[108] y agrega: "[...] además de que también deben descartarse, probatoriamente, las hipótesis contrarias, porque de lo contrario, continuaríamos bajo la inercia de solo atender primordialmente la acusación del ministerio público y dejar de lado a la defensa, cuando el procedimiento dialéctico le exige al juez atender ambas posturas, y dar las razones de cómo no quedó, en su caso, demostrada la hipótesis de refutación, lo que implica dar cuenta de todas las pruebas [...]". Y todas las pruebas son *todas* las pruebas, es decir, el juez debe dar las razones de la valoración de las que toma en cuenta, pero también de las que no, diciendo por qué no son eficaces para la sentencia.

Entonces, en el juicio de hechos, una hipótesis es probada: *a)* cuando no logra ser refutada; *b)* cuando es confirmada, y *c)* cuanto la hipótesis tiene mayor grado de probabilidad que cualquier otra hipótesis contraria. Todo esto se conoce gracias al proceso dialéctico al que se somete cada hipótesis y cada prueba, por el principio de contradicción. Como señala Perfecto Andrés Ibáñez: "[...] para que prevalezca la hipótesis acusatoria no basta con que las pruebas que la sostienen hayan dado resultado positivo. También tendrán que resultar eficazmente desvirtuadas las hipótesis alternativas. Porque es obvio que en presencia de dos hipótesis, la acusatoria y otra que se le oponga, igualmente fundadas y de similar calidad explicativa, procesalmente, habría que optar por la segunda [...]".[109]

El tercer aspecto para una decisión justa, el *empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión,* tiene que ver con

[108] Carbonell Sánchez, Miguel y Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.,* p. 310.

[109] Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.,* p. 672.

el diseño procedimental y si este permite o no el equilibrio entre las partes. Se considera que hay un proceso más justo cuando la defensa de las partes encuentra un mayor espacio, y es menos justo cuando esta se sacrifica.[110]

Por tanto, en un procedimiento donde la contraparte no tiene garantías resulta imposible la completa formulación de las hipótesis de la decisión, porque solo se estaría decidiendo con base en una postura: la de acusación, y esto es precisamente lo que generaba el procedimiento penal mixto, cuando las diligencias del ministerio público recabadas únicamente por él en la etapa de investigación tenían un estándar de prueba que, si cumplían con las formalidades, les confería el carácter de válidas y con valor probatorio, lo que viene a reducir o eliminar las garantías procesales a favor del acusado, principalmente el principio de contradicción. También, si el ministerio público obtiene la *prueba* él solo, sin ningún filtro e invadiendo la esfera de derechos de un imputado, y el juez la toma en cuenta al momento de decidir, ello puede resultar poco confiable en el juicio que sobre los hechos hace el juzgador, esto es, el decir qué hechos se dan por probados.

Otra condición para un procedimiento válido y justo es la imparcialidad del juez, dado que si este no es objetivo, no resulta asegurada la correcta interpretación y aplicación de las normas.

De esta forma, un procedimiento en el que faltan garantías y no se aseguran las condiciones mínimas para decisiones no erróneas o arbitrarias será no justo y no válido y, consecuentemente, no tendremos una decisión ecuánime. El nivel aceptable de proceso es aquel en que se observa el debido proceso, se garantiza el derecho de defensa, existe imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional y permite la libertad en la valoración de la prueba, lo cual genera el efectivo derecho de la tutela jurisdiccional.

El debido proceso, que no es un concepto exactamente definido y acabado, debe entenderse como el conjunto de requisi-

[110] Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 212.

tos y elementos de carácter jurídico-procesal para poder afectar legalmente la esfera de derechos de los acusados, y esto es así porque en materia penal siempre estamos afectando derechos (a la libertad, privacidad, intimidad, etc.), pero de lo que se trata es de que la afectación sea legal y legítima.

Para ello, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el contenido mínimo del "debido proceso": derecho a ser oído, en un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por ley; presunción de inocencia; igualdad procesal; asistencia jurídica gratuita; comunicación previa al inculpado de la acusación en su contra; concesión del tiempo necesario para preparar su defensa; derecho de defenderse por sí mismo o a través de un profesional; derecho de interrogar a los testigos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; derecho a recurrir el fallo ante un juez superior; la confesión es válida solo si se obtiene sin coacción de ninguna naturaleza; no ser juzgado dos veces por los mismos hechos; publicidad del procedimiento. Todos estos derechos reconocidos a favor de imputados, constituyen límites al poder, tanto del ministerio público como del juez y es lo que garantiza juicios justos.

A diferencia del procedimiento inquisitorial o mixto, el acusatorio llega a una verdad obtenida del enfrentamiento entre las partes y es entonces cuando hablamos de decisiones justas, en el sentido de que el órgano jurisdiccional decide a partir de lo que hacen valer *ambas* partes y no solo a partir de lo que proporciona el ministerio público o, peor aún, de lo que el juez *motu proprio* confirma.

Las decisiones justas toman en cuenta el punto de vista de las dos partes en conflicto para saber, con base en los cálculos de la razón, a quién le corresponde el derecho y en este sentido es cuando hablamos del carácter epistemológico. Sobre este respecto, Marina Gascón señala que en el proceso inquisitorio la búsqueda de la verdad se confía únicamente a la confirmación de la hipótesis por parte del juez sin dar posibilidad a las partes, mediante un contradictorio, de defender la pro-

pia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, y esto "[...] es un proceso afectado de una tara epistemológica importante [...]".[111]

3. Sistema de valoración de pruebas y motivación

Aunado a lo anterior, otras condicionantes para contar con una decisión justa son el sistema de valoración de pruebas por parte del juez y la motivación —justificación— de su decisión.

En cuanto a lo primero, el procedimiento acusatorio y oral da libertad al juez para la valoración de la prueba. Así lo señala la Constitución a partir de la reforma de 18 de junio de 2008. En su artículo 20, apartado A, fracción II, señala que es el juez quien debe realizar el ejercicio de la valoración la prueba y que no puede delegarlo a ningún auxiliar. Este énfasis fue necesario en la Constitución, tomando en cuenta la tradición mixta —más de tipo inquisitorial— de la que provenimos, en donde el juez encarga el proyecto de la sentencia a un auxiliar —proyectista—, que es quien en realidad redacta la sentencia y esta pasa a revisión del juez, de tal forma que quien valora la prueba es el auxiliar y no propiamente el juez, aun y cuando —si así fuera— este diera la instrucción de cómo realizar dicho ejercicio.

En el nuevo procedimiento, por principio de inmediación, el juez recibe toda la prueba en un acto concentrado y continuo, de tal forma que es él y solo él quien debe realizar el ejercicio de valoración, porque es a quien corresponde lograr la convicción de culpabilidad o no. La misma fracción citada sigue diciendo que la valoración de las pruebas debe realizarse de manera *libre y lógica*. Ambos supuestos, no delegar la valoración y la forma de realizarla, es algo que por vez primera aparece en la Constitución general.

Asimismo, la Constitución reconoce el sistema libre de valoración de la prueba. Sabemos que hay tres métodos:

[111] Carbonell Sánchez, Miguel y Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, p. 310

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

La sana crítica es el método de valoración de la prueba que tiene correspondencia con un procedimiento acusatorio y oral, porque, como sostiene Taruffo, para que exista una función epistémica es necesario que el juez sea libre de razonar, ya que de esa forma podrá establecer si un hecho es verdadero o no, *obligarlo a ser racional con la sana crítica*.[112] Esa libertad no es libérrima, sino con controles que lleven al correcto pensar a partir de los postulados de la lógica —identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente—.

En cuanto a la motivación, la verdad de una sentencia se sostiene por su justificación, de tal forma que razonamiento, decisión y justificación de la decisión forman un todo relativo a la motivación. En este aspecto, ¿cuándo podemos hablar de una adecuada motivación? En primer término, al decir que la exigencia de justificación se debe a que las decisiones no son ni evidentes

[112] Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 75.

ni arbitrarias. Por ello, dice Wróblewski que las resoluciones deben estar debidamente justificadas a través de una argumentación apropiada,[113] y la argumentación apropiada será la que cada caso requiera de acuerdo con su complejidad.

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

La justificación, además de coherente y congruente, debe ser *completa.* Taruffo sostiene que hay motivación completa cuando se dan tres condiciones: *a)* que se tomen en cuenta todos los hechos jurídicamente relevantes para la decisión; *b)* que se tomen en cuenta todas las pruebas relativas a cada uno de los hechos, y *c)* que se emitan los juicios de valor que el caso requiere.[114]

En cuanto a la primera condición, el juez no debe excluir ningún hecho, ni principal ni secundario, con relevancia jurídico-penal, porque de esta forma distinguirá un hecho probado de un indicio y si la decisión se basa en prueba circunstancial o indiciaria, entonces debe dar cuenta de todas las cadenas de inferencias que realiza para llegar a tal. Si un juez discrimina hechos, es porque su finalidad es demostrar *su* hipótesis y no la de las partes, lo que lleva, en términos psicológicos, según Taruffo, al *prejuicio de confirmación,* que consiste en que "[...] habiéndonos hecho una idea o hipótesis sobre un hecho determinado, tenemos la tendencia a seleccionar la información que confirma justamente la hipótesis que traemos en la cabeza, y a excluir aquella que finalmente está en contra, por lo que se busca la confirmación de nuestras propias ideas".[115]

---

113 Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho,* México, Fontamara, 2008, p. 46.

114 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* pp. 100-102.

115 *Ibidem,* p. 58.

Por lo que ve a tomar en cuenta *todas* las pruebas relativas a los hechos, ello implica que si una prueba se introdujo al juicio de manera válida, es decir, en términos de ley y sin violación a derechos fundamentales, tiene que tomarse en consideración aun y cuando el juez considere que ya no la necesita por existir otras pruebas con las cuales generó su convicción respecto de la culpabilidad o no de una persona. Si el juez estima que la prueba válida no debe ser tomada en cuenta sencillamente porque no aporta nada relevante ni conduce a probar hechos de trascendencia jurídico-penal, debe decirlo así y no solamente dejar de mencionarla. Las partes llevan sus pruebas al juez y tienen derecho, como parte de una decisión justa, a que se analicen *todas* y a conocer las razones —motivación— de su valoración, tanto las de valoración positiva como las de valoración negativa. De no hacerlo, el juez encubriría un acto indebido, generaría una decisión arbitraria y, nuevamente, podría incurrir en el prejuicio de confirmación, al *seleccionar* solo las pruebas que sirven para justificar su decisión.

En materia penal, con fundamento en el principio de inocencia, el juez debe analizar en primer término la prueba de cargo de la fiscalía, para determinar si es suficiente o no para acreditar las hipótesis de acusación, pero también le obliga a analizar las pruebas de defensa, aun cuando haya quedado confirmada la postura del órgano de acusación, y más cuando esas pruebas refutan la hipótesis del ministerio público. En este sentido, Taruffo explica que:

> [...] la fuerza de una justificación no se sostiene solo sobre los elementos que confirman la conclusión, sino más bien, y sobre todo, sobre la demostración de que hay argumentos no eficientes que son contrarios, lo que significa que voy a demostrar que tengo razón no únicamente presentando los elementos que confirman mi opinión, sino sobre todo rechazando aquellos que la contrastan y que están en su contra.[116]

Por último, la motivación completa requiere de una adecuada justificación de la consideración de juicios de valor implícitos en

[116] *Ibidem*, p. 101.

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

En sí, la decisión —la sentencia— debe ser racional, y "[...] por racionalidad se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y las valoraciones".[117]

4. Carácter epistemológico

Todo lo dicho son las condiciones necesarias y suficientes para demostrar el carácter epistemológico de la decisión judicial —que a su vez genera que sea justa— en un procedimiento acusatorio, oral y adversarial, ya que en la decisión se refleja cómo conoce el juez los hechos y cómo toma sus decisiones, derivado del diseño procedimental propio del sistema acusatorio, en donde el juez recibe directamente la prueba —que queda sujeta a la contradicción de las partes— y a partir de la postura de cada adversario determina cuál de ellas queda demostrada y por qué.

La oralidad permite este conocimiento riguroso y metodológico y la contradicción proporciona al juez los elementos para determinar lo que constituye prueba que sirva para demostrar hechos penalmente relevantes.

Además, el diseño de un procedimiento oral en donde hay concentración de etapas procesales, en donde hay continuidad en el desahogo de la prueba y de inmediato se emite la sentencia, permite dar cumplimiento con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva proclamado en el artículo 17 constitucional, segundo

[117] Wróblewski, Jerzy, *op. cit.,* p. 83.

párrafo, haciendo real y efectivo el derecho a una justicia pronta y expedita, lo que también se traduce en justicia, ya que es conocido que justicia retardada es justicia negada: la sentencia dictada a destiempo no puede ser calificada de justa.[118]

Por último, considero muy importante mencionar que las audiencias de juicio oral son altamente emotivas: el juez tiene frente a sí a una víctima que exige y reclama justicia y a un acusado que reclama un juicio justo y no una venganza. Dar intervención a las partes materiales, observar sus actitudes y estado de ánimo al declarar, ver cómo se sorprenden con declaraciones e imágenes relacionadas con el hecho delictivo, escuchar el relato de una víctima y todo lo que le generó el hecho delictivo, estar frente a frente una víctima con sus familiares —víctimas indirectas— y el imputado también con quien lo apoya, genera estados de ánimo de los cuales no puede sustraerse ningún ser humano, como lo es el juez, pero este es objetivo, imparcial e independiente, forjado en los principios éticos de la judicatura y también en los valores judiciales que adquirió a lo largo de su carrera judicial. Es un profesional que sabe que un juicio es un enfrentamiento de enunciados, de hipótesis y que, como tal, debe determinar qué enunciado es el verdadero y declarar el derecho a favor, independientemente de los estados de ánimo que le genere el caso, el hecho, las partes involucradas o incluso la emotiva y patética persuasión que dirija un defensor o un agente del ministerio público. Obviamente, solo una persona limitada podría dejarse seducir por argumentos emotivos, y el juez profesional sabe que las construcciones lingüísticas de las proposiciones y enunciados que describen los hechos quedan dentro del campo de la lógica y que esta ciencia distingue un razonamiento correcto del que no lo es, de tal forma que también se encarga del estudio y análisis de las falacias, y si una de las partes materiales recurre y apela a los sentimientos, está incurriendo en una falacia, porque no tiene razones jurídicas qué aportar.

La fortaleza y templanza del juez profesional le permite distinguir entre lo lamentable de los hechos para los involucrados y

[118] Cárdenas en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estudios sobre historia de la oralidad en la Administración de Justicia en México,* México, SCJN, 2010, ts. I y II, p. 41.

el rigor metodológico del proceso de decisión en el que deberá dar por probados o no los enunciados que describen los hechos, independientemente de si el juez, subjetivamente, considera que sí hay delito o que una persona sí es responsable de un delito, aunque la prueba no lo demuestre así. Una decisión judicial debe fundarse sobre lo que ha sido probado, independientemente de las convicciones personales y del punto de vista particular del juez.[119]

En este sentido, Atienza señala que Perelman y Olbrechts-Tyteca —los precursores de la nueva retórica— hacen una distinción entre la retórica antigua y su nueva retórica, aduciendo que la antigua es más proclive a la manipulación, razón por la que se interesan en el discurso escrito para evitarla.[120] Sí, pero si se actúa ante un juez lego —jurado—, la persuasión tendrá resultados, no así ante un juez profesional. El mismo Cicerón decía que es más culpable el que seduce a un juez con el prestigio de su elocuencia que el que lo seduce con dinero.

Concluyo este capítulo con una cita de Taruffo: "El conocimiento de la verdad [...] tienen que ver con el método, la lógica, con los procedimientos a través de los cuales uno llega a la averiguación, confirmación, determinación, descubrimiento de lo mucho o poco de verdad que existe como correspondencia a una realidad que se puede establecer dentro de un entorno de contextos individuales en los cuales nos encontramos nosotros".[121]

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

- Por la forma en que se produce la prueba: a través de la oralidad, inmediación, contradicción y continuidad, que le proporciona al juez el conocimiento de los hechos de manera directa de los órganos probatorios para la valoración adecuada de los mismos.

---

119 Mazzarese, Tecla, *Lógica, derecho, derechos,* México, Fontamara, 2012, p. 82.

120 Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.,* p. 681.

121 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión..., cit.,* p. 50.

- Porque lo anterior le permite al juez confirmar o no las hipótesis de acusación de las cuales parte.
- Porque el juez da por demostradas las hipótesis cuando no lograron ser refutadas por la contraparte y cuando son confirmadas.
- Por la mayor exigencia argumentativa, al tener como material de trabajo prueba circunstancial.

Y la decisión justa existe cuando:

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

Conclusiones

Ferrajoli señala que las fuentes de legitimidad de la jurisdicción son la tendencia cognitiva del proceso de conocimiento del juez —su apego a la legalidad y a la motivación suficiente— y que este tenga realmente un papel como garante de los derechos.[122] Esto último implica que las decisiones de los jueces se legitiman cuando son independientes, lo que exige un riguroso respeto de las garantías penales y procesales —más allá de la voluntad o el consenso de cualquiera— y, así, estas son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmunidad de la persona contra el arbitrio policiaco y judicial.

A lo largo de esta obra he demostrado en qué consiste el carácter cognoscitivo del procedimiento acusatorio y oral, y también sostuve que una de sus teleologías es incrementar los niveles de confianza, es decir, de legitimidad, del sistema de justicia penal. Una de estas exigencias es que el juez decida no con base en intuiciones o de manera subjetiva, sino a partir de un método dialéctico de contrastación de hipótesis en el que se demuestre la que tiene un grado más elevado de probabilidad lógica, esto es, la que lógicamente logra confirmarse: *el instrumento fundamental es el de la probabilidad lógica o de la confirmación lógica de las hipótesis con base en los elementos de prueba disponibles que, además, es el esquema fundamental del razonamiento probatorio*.[123]

---

122 Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción,* México, Inacipe, 2010, pp. 29 y 34.

123 Taruffo, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal,* Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 193.

Y además de la confirmación de hipótesis, es fundamental el diseño procedimental que lo permita: si un procedimiento concede excesivas ventajas a quien acusa para generar un estado de indefensión al imputado, genera un procedimiento con fallas epistémicas tan solo por el hecho de que el juez se *convence* no por lo que ve y escucha directamente de las fuentes de información, sino por lo que lee a partir de escritos redactados por sus auxiliares.

Pero si el procedimiento está diseñado para mantener el equilibrio procesal, en donde el juez es el tercero ajeno al conflicto que le corresponde decidir y se convence a partir de lo que las partes logran demostrarle directamente, se trata de un procedimiento justo que genera una decisión ecuánime y, por ende, con una verdad mayormente sostenible, por tener correspondencia con lo acaecido durante el proceso. Lo justo debe ser una casualidad tanto del procedimiento como de sus resultados y también está dado por el tipo de pruebas que se introducen al juicio, es decir, que sea prueba válida: obtenida con respeto a derechos fundamentales y desahogada con las formalidades de ley.

Demostré que el procedimiento acusatorio tiene carácter epistémico, sosteniendo que la verdad de la sentencia, si tiene correspondencia con los hechos y la prueba, es la verdad que debe prevalecer. Efectivamente, no siempre se puede llegar a una verdad en correspondencia con lo que realmente pasó —verdad material—. El hecho de que la sentencia establezca: "*X* no mató a *Y*", implica que ello también es una verdad legal, una verdad procesal que debe tener correspondencia con las pruebas introducidas al juicio aunque no la tenga con lo realmente acaecido. Es decir, "*X* no mató a *Y*", porque realmente es así o porque no se logró demostrar de esa forma, aunque *X* sí haya sido el autor del delito. Esto no es propio de un tipo de procedimiento o de otro, esta situación la encontramos tanto en procedimientos penales mixtos como acusatorios, porque depende de varios factores:

1. no hay prueba suficiente y aun así el ministerio público decidió ir a juicio. Puede no haber prueba suficiente por-

que hay hechos en los que no existieron testigos o hechos en los que se actuó demasiado tarde por la autoridad ministerial, de ahí que no hay testigos, pero tampoco indicios, evidencias, etc., que demuestren que el hecho existió;
2. la prueba incorporada indica que el delito cometido es otro o la participación del acusado es otra, sin que se haya formulado acusación por ese otro delito;
3. tanto en un procedimiento mixto como en uno acusatorio no se puede sostener una condena con un solo dicho o señalamiento, incluso, ni siquiera con la propia confesión del acusado si es lo único que existe, porque no habría elementos que permitan confirmarla, y
4. errores o negligencias, tanto en la investigación como en el juicio, así como la indebida actuación al obtener medios de prueba que generan ilicitud.

Pero me parece que todo esto forma parte del rigor metodológico de un procedimiento y su decisión, porque si a toda costa queremos sentencias condenatorias, aunque no tengan correspondencia con lo producido en el juicio, entonces no hablamos de justicia, sino de venganza, y eso es propio de un procedimiento de corte inquisitorial.

Es cierto que la justicia en la decisión no puede ser asegurada a través del juicio oral, pero su diseño sí provee condiciones que facilitan la obtención de resultados *aceptables,*[124] las cuales son: el reconocimiento del método dialéctico como forma de obtención del conocimiento de los hechos por parte del juez para la toma de decisiones; el principio de contradicción al que se somete cada medio de prueba para verificar su verosimilitud; la igualdad y equilibrio, que la oralidad garantiza entre las partes procesales; la inmediación, que permite la oralidad, es decir, el contacto directo de las partes con el juez y, de manera muy importante, la oralidad, que garantiza la autenticidad de las pruebas y el control que imputado y defensor tienen sobre su formación, porque habrá prueba solo hasta la audiencia de juicio, que es continua y

[124] Coloma Correa, Rodrigo (ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral,* 3ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, 2005, p. 9.

concentrada, ante el juez, por principio de inmediación y sujeta a la contradicción, gracias a que los actos del ministerio público en la fase de investigación no son prueba —lo que generaba el desequilibrio y el juez desconocía el modo, el método, de su conformación—.

Urbano Martínez, al referirse al cambio procesal en Colombia, señala algo de suyo importante: "La principal característica del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una verdadera revolución probatoria: de una concepción del proceso en la que regía el principio de permanencia de la prueba, se ha pasado a un esquema en el que solo es prueba la que surge ante los ojos del juez de conocimiento".[125] El acento está puesto en el tema probatorio: desde cómo se obtiene la prueba hasta cómo se produce en el juicio.

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

- El respeto y observancia a los principios procesales de oralidad, inmediación, contradicción, concentración y publicidad, porque son esenciales para la obtención de conocimiento.
- La igualdad entre las partes e igualdad procesal, así como el equilibrio de la figura de la tríada procesal, a partir de la observancia a las funciones de cada actor: juez imparcial y objetivo, ministerio público con la carga de verificar la acusación e imputado con la posibilidad de refutarla.
- El establecimiento de una verdad legal en sentencia a partir de controles normativos y a cargo de las partes: verdad controlada y controlable.
- Mecanismos de obtención de prueba con respeto a derechos humanos: para no romper con la igualdad y para que la sentencia se base en prueba legal y legítima.
- Será prueba solo la que se produzca hasta la etapa de juicio, enfrentándose a la defensa, en presencia del juez y sea lícita.

[125] Urbano Martínez, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, p. XIII.

- Se eliminan diligencias con estándar de medios de prueba que el fiscal trabaja individualmente en etapa de investigación.
- Verificación de la acusación a partir de prueba legal y legítima.
- Refutación de la acusación a través del interrogatorio cruzado.
- El juez no es activo en el caso de las partes, no interviene, como garantía de objetividad e imparcialidad, excepto cuando advierte violación a derechos fundamentales.
- El proceso justo debe generar como consecuencia una decisión justa que parte de las hipótesis acusatorias para determinar si están debidamente verificadas y así declarar la verdad judicial.

En el capítulo IV, cuadro 4.1, describí que en el modelo garantista, la averiguación de la verdad está asegurada por el carácter empírico de las hipótesis acusatorias —a lo que ya me he referido— y por cánones de conocimiento, como la presunción de inocencia.

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

También, las funciones pasivas y no activas del juez tienen que ver con el respeto al principio de presunción de inocencia, porque si el juez toma partido en una causa que va a decidir, está

rompiendo con la imparcialidad y objetividad que le exigen las partes, principalmente el imputado. Como dice Perfecto Andrés: "[...] el juez debe ser neutro, imparcial, porque así lo reclama el principio de presunción de inocencia universalmente consagrado como rector de la justicia criminal [...]".[126]

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

La sentencia del juez debe partir no de un relato sucesivo de pruebas, sino de las hipótesis de acusación y su verificación, para obtener un saber empírico de calidad sobre los hechos. Por ello, Perfecto Andrés Ibáñez señala que el proceso es *proceso de obtención* de conocimiento, al que se orienta la sucesión de trámites que lo constituyen.[127]

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

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

Lo anterior se corresponde con un procedimiento penal inserto en un Estado democrático de derecho, en donde la finalidad es castigar las conductas que dañan al grupo social bajo los

126 Andrés, Ibáñez, Perfecto, *Justicia penal, derechos y garantías,* Lima-Bogotá, Palestra-Themis, 2007, p. 26.

127 *Ibidem,* p. 25.

estándares que propicien un proceso y una decisión justa, porque el diseño procesal permite siempre la igualdad entre las partes y un juez independiente e imparcial, pero, también, con un procedimiento que tiene como finalidad la resolución de los conflictos de manera eficaz y efectiva.

Culmino con Urbano, señalando que hoy tenemos un proceso penal moderno en el que tenemos *la oportunidad de hacer del proceso penal un escenario de administración de justicia, compatible con la dignidad del hombre y con la democracia pluralista, en tanto cimientos de los Estados constitucionales.*[128]

[128] Urbano Martínez, José Joaquín, *op. cit.*, p. XIV.

Bibliografía

Abreu Sacramento, José Pablo y Le Clercq, Juan Antonio (coords.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México,* México, Porrúa, 2011.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* 2ª ed., Madrid, CEPC, 2012.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal,* México, Fontamara, 2005.

——, *Justicia penal, derechos y garantías,* Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2007.

Aristóteles, *Arte poética-arte retórica,* 2ª ed., México, Porrúa, 2002.

Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2013.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba,* col. Derecho, México, FCE, 2008.

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas,* 1ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982.

Carbonell Sánchez, Miguel, *Los juicios orales en México,* México, Porrúa, 2010.

—— y Fix-Fierro, Héctor, *Jueces y derecho. Problemas Contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004.

—— y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?,* México, Porrúa, 2008.
—— y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005.
—— y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma,* 2ª ed., México, Porrúa, 2012.

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho,* México, Porrúa, 2005.

Coloma Correa, Rodrigo (ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral,* 3ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, 2005.

Córdova Vianello, Lorenzo; Murayama Rendón, Ciro y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *México 2012. Desafíos de la consolidación democrática,* México, Tirant lo Blanch, 2012.

Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado,* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Díaz-Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito,* México, Straf, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
——, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
——, *Epistemología jurídica y garantismo,* México, Fontamara, 2004.
——, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid, Trotta, 2006.
——, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción,* México, Inacipe, 2010.

Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión,* México, Siglo XXI Editores, 2010.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método,* 9ª ed., Madrid, Ediciones Sígueme, 2001.

Galindo, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales,* México, Flores Editores y Distribuidores, 2010.

González, Samuel; Mendieta, Ernesto; Buscaglia, Edgardo y Moreno, Moisés, *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica,* México, Fontamara, 2005.

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica,* 6ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

Hernández Guerrero, José Antonio y García Tejera, María del Carmen, *Historia breve de la retórica,* Madrid, Síntesis, 1994.

Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas,* 3ª ed., México, Universidad Iberoamericana, 2009.

Mazzarese, Tecla, *Lógica, derecho, derechos,* México, Fontamara, 2012.

Natarén Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano,* México, UNAM, 2013.

Parra, Jairo, *Manual de derecho probatorio,* 17ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009.

Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico,* Madrid, Paidós Ibérica, 1967.

Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada,* México, Fontamara, 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estudios sobre historia de la oralidad en la Administración de Justicia en México,* México, SCJN, 2010, ts. I y II.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general de derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica),* México, Themis, 2003.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *El origen del proceso* (*A la luz de la obra de Hans Julios Wolf),* México, Facultad de Derecho-IIJ-UNAM, 2010.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas,* México, Fontamara, 2013.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica,* 2ª ed., México, UNAM, 2003.

Taruffo, Michele, *La prueba,* Madrid, Marcial Pons, 2008.
——, *La prueba de los hechos,* 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
——, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal,* Madrid, Marcial Pons, 2012.

Urbano Martínez, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria del proceso penal,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho,* México, Fontamara, 2003.

Ordenamiento jurídico

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (anterior a la reforma de 18 de junio de 2008).

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro.

Sitios web

www.scjn.gob.mx

http://sjf.scjn.gob.mx/

www.rae.es

http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=adversario

http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/

www.coridh.gob.cr

http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_210.pdf

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

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

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

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

http://www.tsjdgo.gob.mx/Leyes/Codigo_Procesal_Penal_del_Estado_de_Durango.pdf

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

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

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral
de Mariela Ponce Villa
se terminó de imprimir en julio de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Teorías contemporáneas de la justicia.
Introducción y notas críticas
RODOLFO VÁZQUEZ
(En coedición con el
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Diálogos democráticos
LUIS ESPÍNDOLA MORALES
ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)
(En coedición con el
Instituto Electoral del Estado de Querétaro)

Interamericanización del derecho a la salud
Perspectivas a la luz del caso
Poblete de la Corte IDH
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
LAURA CLÉRICO (COORDS.)

Impacto de la corrupción en los derechos humanos
CARLOS TABLANTE
MARIELA MORALES ANTONIAZZI (EDS.)

Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas
LAURA CLÉRICO

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos
FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución
FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Este libro tiene por objeto de investigación el procedimiento penal acusatorio y oral, desde una perspectiva normativa, analítica y empírica. *Normativa*, porque parte de las normas fundamentales —derechos, principios, garantías— constitucionales, convencionales y procesales, así como de la interpretación jurisprudencial. *Analítica,* porque se refiere a la estructura procedimental para culminar con un juicio —sentencia—. *Empírica,* porque si bien parte de lo teórico y normativo, se complementa con lo que en realidad sucede en la tramitación de un procedimiento penal, tanto de tipo mixto como acusatorio, imprimiendo en todo ello la experiencia obtenida en la larga trayectoria profesional de la autora.

Su base es documental, pues abarca la doctrina desarrollada por prominentes autores —Gadamer, Popper, Damaska, Ferrajoli, Taruffo, Foucault, entre otros—, legislación, jurisprudencia y casos reales, para concluir con propuestas relacionadas con el carácter epistémico del proceso penal acusatorio.

El capítulo inicial parte de la evolución de los sistemas procesales, para mostrar que el primero en aparecer en la historia es el procedimiento acusatorio y no el inquisitorial. En el capítulo segundo se hace una breve referencia al garantismo, precisando qué debe entenderse por tal, así como la ideología y las razones políticas de su nacimiento. El capítulo tercero aborda los fines del proceso, tomando en cuenta que es importante distinguir las finalidades, porque de eso depende la forma de proceder para alcanzar las metas. Finalmente, los capítulos cuarto y quinto son torales, ya que tienen por objeto demostrar que el procedimiento acusatorio y oral tiene un carácter epistemológico, tanto el proceso como la decisión.

Sin lugar a dudas, este libro llena un vacío en la literatura especializada sobre la materia, ya que nos ofrece las bases filosóficas y epistémicas del procedimiento penal, acusatorio y oral.

ISBN 978-607-7822-53-0
9 786077 822530

QRO ORGULLO DE MX

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO