

La Prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio

Aspectos generales y sistemas de valoración de la prueba

Ismael Alcántara Vázquez

Las pruebas y las partes en el Sistema Procesal Penal

Acusatorio

Rocío Luna Domínguez

La Teoría de la Prueba en el Sistema Procesal Penal

Acusatorio

Edgar Agustín Rodríguez Beiza

Las reglas de la exclusión de los medios de prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio

Paul Martín Barba

La incorporación de la prueba material

Martín Gerardo Ríos Castro

La valoración de la prueba en Segunda Instancia

Javier Raúl Ayala Casillas

Nova Iustitia

Revista Digital de la Reforma Penal

Año V, No. 19, Mayo 2017



TSJCDMX



CJCDMX

Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Director General

Jorge Martínez Arreguín

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dr. Fernando García Cordero

Dr. Germán Guillén López

Mtro. Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz

Mtro. José Gómez González

Lic. Marco Antonio Velasco Arredondo

Dr. Paul Martín Barba

Dr. Raúl Guillén López

Corrección

Paola Arízaga Castro

Colaboradores

Ismael Alcántara Vázquez

Rocío Luna Domínguez

Pedro Taboada Bautista

Raúl Guillén López

Edgar Agustín Rodríguez Beiza

Germán Guillén López

Antonio Cortés Mayorga

Emma Aurora Campos Burgos

Paul Martín Barba

Martín Gerardo Ríos Castro

Javier Raúl Ayala Casillas.

Derechos Reservados a favor de *Nova Iustitia* revista digital de la Reforma Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Año V, No. 19, Mayo 2017, es una publicación trimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Niños Héroes No. 132, colonia Doctores, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Tel. (55) 5134 1100 ext. 4922, http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Revista_electronica_Nova_Iustitia_unesirp_vista@gmail.com, Editor responsable: Dr. Jorge Martínez Arreguín Consejero de la Judicatura de la Ciudad de México, ISSN: 2007-9508, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2013-121712284100-102, ambos otorgados por INDAUTOR, Responsable de la última actualización de este número, Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, Lic. Paola Arízaga Castro, Avenida Juárez No. 8, piso 16 colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06010, fecha de última modificación mayo de 2017.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, ni del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

CONTENIDO

	Página
Editorial.....	6
Aspectos generales y sistemas de valoración de la prueba..... Ismael Alcántara Vázquez	9
Las pruebas y las partes en el Sistema Procesal Penal Acusatorio..... Rocío Luna Domínguez	23
Sistema probatorio en el Sistema Procesal Penal Acusatorio..... Pedro Taboada Bautista	47
Conceptos procesales en el ámbito penal: Datos de Prueba, Medios de Prueba y la Prueba – (Implicaciones en el campo forense)..... Raúl Guillén López	70
La teoría de la prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio..... Edgar Agustín Rodríguez Beiza	81
La prueba ilícita y su análisis judicial a la luz del Proceso Penal Acusatorio: Aspectos doctrinales y legales..... Germán Guillén López	92
Desarrollo de la prueba testimonial en el Sistema Procesal Penal Acusatorio..... Antonio Cortés Mayorga	108
El desahogo de los medios de prueba en audiencia..... Emma Aurora Campos Burgos	125
Las reglas de la exclusión de los medios de prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio..... Paul Martín Barba	143
La incorporación de la prueba material..... Martín Gerardo Ríos Castro	169

La valoración de la prueba en Segunda Instancia.....	187
Javier Raúl Ayala Casillas	

EDITORIAL

En plena operación del Sistema Procesal Penal Acusatorio, ya han sido muchos los asuntos que han concluido en procedimiento abreviado o en Juicio Oral, ya han sido varias las sentencias condenatorias y absolutorias que los jueces han dictado, y por lo tanto, han sido muchas también las dudas, inquietudes y opiniones de los operadores sobre el modelo de valoración de prueba que el *Código Nacional de Procedimientos Penales* regula. Esto es absolutamente normal en el sistema que está en plena evolución con miras a maduración, toda vez que los operadores están en un proceso de transición para asimilar el cambio significativo sobre la valoración de prueba, pasando del sistema tasado legal que dejaba poco al criterio del juzgador en el sistema tradicional —y que fue incorporado al pensamiento jurídico por generaciones— al sistema de libre apreciación, las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia, —donde el juzgador motiva la convicción que le genera la prueba ejerciendo un silogismo jurídico público—.

Tenemos que decir que este nuevo modelo de regulación probatoria en el proceso penal, no es nuevo el sistema jurídico mexicano, ya que son varios los ordenamientos legales procesales que contienen dicho modelo desde su creación; así tenemos, por mencionar algunos, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, el *Código de Comercio*, la *Ley Federal del Trabajo*, el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, e incluso en materia administrativa la *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*. Todos estos ordenamientos legales tienen en común principios como el de contradicción, publicidad, continuidad e inmediación, mismos que también rigen al Sistema Procesal Penal Acusatorio. Así pues, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, en el transcurso del tiempo han emitido múltiples criterios de interpretación sobre todos los tópicos procesales, incluyendo el de valoración de pruebas, la objeción e impugnación de las mismas y su trascendencia en el fondo del asunto, la prueba anticipada, etc., de gran utilidad para los operadores del referido

sistema a efecto de poder dilucidar con mayor rapidez las dudas que se han presentado hasta este momento.

Como se advierte, es de gran relevancia en el sistema de justicia en México lo relativo a la prueba, ya que ha generado criterios y opiniones controversiales, tanto en las partes procesales como en los operadores del sistema, respecto de los elementos conceptuales como son los datos de prueba, medios de prueba y la prueba, —todavía sujetos a la debida comprensión e interpretación jurídica— su contenido, aplicación y, principalmente, su integración en el contexto del proceso.

Con este sistema, se pasa de una prueba que usualmente se creaba sin la presencia de todas las partes interesadas —a nivel de averiguación previa— incorporándola a un expediente físico que posteriormente era valorada por el juzgador en secreto, al de una prueba que para adquirir tal calidad debe rendirse y desahogarse en audiencia pública ante un Juez y a la vista de todos, y en donde el juzgador debe públicamente motivar la convicción que le generó esa prueba, de ahí la importancia y el avance significativo de la Reforma Constitucional Penal del 2008.

Otro aspecto central de este sistema de justicia penal es el relativo a la exclusión de los medios de prueba, ya que constituye una figura que permite ejercer un control jurisdiccional sobre el tipo de prueba que se ofrece y que finalmente se rendirá y desahogará ante el juez, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de economía procesal, de eficacia, de eficiencia, y de manera particular, de tutela sobre los Derechos Humanos de las personas imputadas.

Derivado de lo anterior, en *Nova Iustitia* nos planteamos la necesidad de dedicar un número al estudio de la prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio y destacar su pertinencia, ya que por el hecho de ser un instrumento objetivo para la comprobación de los hechos acontecidos, se vuelve fundamental para alcanzar la verdad respecto de la controversia y con ello, conformar la contradicción garantizando el ejercicio de una defensa adecuada para las personas imputadas en la defensa de sus derechos.

En este número los lectores podrán encontrar temas como los aspectos generales del sistema de valoración de pruebas, el rol de las partes, el sistema probatorio, conceptos procesales, teoría de la prueba, la prueba ilícita, el desarrollo de la prueba testimonial, el desahogo de los

medios de prueba, las reglas de exclusión de los medios de prueba, la incorporación de la prueba material, así como la valoración de la prueba en la segunda instancia.

En *Nova Iustitia* consideramos que la difusión de los diferentes contenidos relacionados a las Reformas Constitucionales se hace necesaria, toda vez que con las referidas reformas se han modificado las estructuras jurídicas ya existentes y esto tiene como consecuencia la necesidad de que los juristas en nuestro país se familiaricen con dichas modificaciones y logren desentrañar el sentido y espíritu real de la Reforma Constitucional. Asimismo, buscamos que nuestra publicación continúe sirviendo como instrumento de apoyo a todos los operadores para una mejor comprensión y manejo de los nuevos conceptos, con la finalidad de lograr el funcionamiento óptimo de este proceso penal, el cual cabe señalar, aún tendrá que sortear varios obstáculos para su consolidación.

Como siempre, agradecemos a nuestros colaboradores su valiosa participación, pero sobre todo, reconocemos su siempre generosa contribución para hacer de *Nova Iustitia* el espacio de expresión para la consolidación del Sistema Procesal Penal; queremos decirles que en el Poder Judicial de la Ciudad de México continuaremos sumando esfuerzos para encarar los desafíos que hoy enfrenta nuestra justicia.

Jorge Martínez Arreguín
Mayo de 2017.

ASPECTOS GENERALES Y SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ismael ALCÁNTARA VÁZQUEZ*

La prueba, pienso incuestionablemente es uno de los puntos de partida con los que el Juzgador ha de decidir o declarar el derecho; así pues, como preámbulo al desarrollo del tema que nos atañe, es indispensable destacar que, en la implementación del Sistema de Proceso Penal Acusatorio y Oral, a partir de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, a los artículos 16 a 22, 73, 115 y 123, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, gran parte de la problemática en la implementación de éste, se centra en el hecho de que, al amparo de que se trata de un *proceso desformalizado*, con la innecesaria cita de los preceptos legales que motivan la petición, más no así la decisión del Juzgador, pues de ello por lo que hace a los intervinientes e incluso al propio Juzgador, se *presumen legales* sus actuaciones, al precisar entre otros, el dispositivo 397 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*:

Artículo 397. Decisiones en la audiencia.

Las determinaciones del Tribunal de Enjuiciamiento serán emitidas oralmente. En las audiencias se presume la actuación legal de las partes y del Órgano jurisdiccional, **por lo que no es necesario invocar los preceptos legales en que se fundamenten, salvo los casos en que durante las audiencias alguna de las partes solicite la fundamentación expresa de la parte contraria o de la autoridad judicial porque exista duda sobre ello.** En las resoluciones escritas se deberán invocar los preceptos en que se fundamentan.

Se comienza a perder de vista que aun y cuando se trate de un procesamiento desformalizado y por ello libre de formalismo, como en su caso lo podría ser la cita de preceptos normativos que legitiman la petición de parte, ello no involucra que se llegue al extremo tal como acontece, de desconocerse e ignorarse el contenido o el origen del supuesto normativo que funda la razón del pedimento, en tanto que, con independencia de la citada informalidad a la que se alude, se infiere en razón de la publicidad y de los destinatarios de la norma, por citar al justiciable y al

* Licenciatura en *Derecho*; Especialidad en *Administración de Justicia en Materia Penal*; Especialidad en *Justicia para Adolescentes*; Especialidad en *Proceso Penal Acusatorio y Oral*; Maestría en *Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Capacitador Certificado de la SETEC, Formador de Formadores en Proceso Penal Acusatorio y Oral para la Agencia Española, Certificación en Régimen Jurisdiccional de Protección de los Derechos de la Infancia (ONU). Actualmente se desempeña como Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral de la Ciudad de México.

ofendido o incluso a la misma sociedad, es un hecho que el profesional o científico del derecho como Órgano Técnico como así lo declara el dispositivo 20 Apartado "B" fracción VIII, de la Norma Fundamental al señalar:

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

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

...

VIII. Tendrá derecho a una **defensa adecuada** por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

E incluso la fracción I del Apartado "C" de dicho dispositivo, que precisa:

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

...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal...

O que decir del numeral 21 párrafos primero y segundo de la citada normatividad, al referirse a la persecución penal que de por sí siempre ha sido considerada como un órgano técnico y cuanto más al Juzgador, que a partir de lo que establece el dispositivo 16 primer párrafo, del Pacto Federal, que precisa la obligación de fundar y motivar sus decisiones, sin pasar por alto entre otros el ya citado 397 de la Ley de Enjuiciamiento Penal Nacional.

De lo que se establece la obligación del Juzgador y de los demás intervinientes técnicos a conocer no sólo el contenido de la norma, sino incluso a desarrollarlo, lo que no puede lograrse si al amparo de la desformalización a la que se alude y a esa cita innecesaria de la norma, *se omite el estudio y conocimiento de esta*, solicitándose en muchas ocasiones aquello que desde la elemental lógica de quien lo pide, se cree procedente aun y cuando así no lo sea por carecerse del conocimiento de la base normativa que da sustento o viabilidad al pedimento; por ello el desarrollo del presente, partiendo de su denominación como aspectos generales de la prueba y su sistema de valoración, más que una función doctrinal, de la que no se desconoce

su trascendental e imprescindible conocimiento, tiene por objeto efectuar un análisis normativo sencillo y administrado, de la prueba en general y de su valoración, tanto en el marco Constitucional, como en aquél que en razón de lo dispuesto por el numeral 73 fracción XXI, inciso "C" de la Norma Fundamental, se refiere a la Legislación Procesal Penal Única.

Así pues, sentadas las bases de preocupación, en razón de lo que constantemente se aprecia en la implementación del Sistema de Procesamiento Penal Acusatorio y Oral, es menester puntualizar en primer término, cómo se asume a la prueba en el Marco Constitucional y cuáles son entre otros los dispositivos a los cuales se hace alusión genérica en torno a ella, para fijar los derroteros de ésta.

«Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo»

Ahora bien, en razón de lo expuesto, sin atender a la prelación de los dispositivos Constitucionales, porque estoy cierto no existe en cuanto a su importancia, en tanto todos cumplen con un cometido normativo, para los efectos de lo que nos ocupa debemos partir de lo dispuesto en el artículo 20 Apartado "A", fracciones II a IX, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en cuanto a los principios del Proceso Penal Acusatorio y Oral, que en razón de su designación como *principios*, habremos de entenderlo como dice Robert ALEXY, como *un mandato de optimización*, que ministra las bases de operación del sistema al que nos referimos y aquí, a manera de comentario, es preciso advertir que pese a que el artículo 133 del Pacto Federal y en su caso a la jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, titulada DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, designan a la norma en cita, como *fundamental*, con gran tristeza y preocupación, advertimos que es la que menos se conoce; por lo que en atención a ello continuando con la secuencia de ideas planteada

habremos de puntualizar que la definición de prueba como tal, en el orden Constitucional, se encuentra prevista a partir de lo que dispone la fracción III, del aludido numeral 20, Apartado "A" de la norma en cita que señala: **«Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.** La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo», puntualizando como tal en estricto sentido, sólo aquella que haya sido desahogada en juicio, con las excepciones previstas en la ley para el desahogo previo de la anticipada, de lo que, en razón y reglamentación secundaria de tal aspecto, el numeral 261 de la Ley de Enjuiciamiento Nacional, en lo conducente establece: **«...Se denomina prueba** a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.» Determina como el orden Constitucional así lo alude, que prueba es aquella que, ingresada al proceso bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de Enjuiciamiento como

elemento de juicio para llegar a una conclusión; esto es, prueba solo es la de juicio y su anticipo, empero la problemática de ello comienza a presentarse cuando no obstante que la norma fundamental como se señaló alude como única excepción a la prueba de juicio, aquella que se denomina como anticipada, de la que incluso los artículos 304 a 306 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, se reglamenta su substanciación ex ante al juicio, de lo que en su conjunto se señala que debe ser pertinente y desahogada antes de la celebración de la audiencia de juicio, ante un Juez de Control, ante quien debe demostrar el oferente o solicitante lo indispensable de su desahogo, en razón de existir alta probabilidad de no ser desahogada en aquella etapa procesal, en atención a no poder ocurrir el testigo a audiencia por motivos de vivir en el extranjero, por razones que hicieran temer su muerte o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar en un futuro, la que como se precisó, habrá de plantearse desde la denuncia o querrela hasta antes de la audiencia de juicio y que habrá de desahogarse bajo las reglas de esta última etapa y conservarse el registro de la misma; sin embargo, al margen de dicha excepción y del mandato Constitucional, de que pruebas solo son las de juicio con su correspondiente citada excepción, el dispositivo 386 de la Ley de

Enjuiciamiento Penal Nacional, señala:

Artículo 386. Excepción para la incorporación por lectura de declaraciones anteriores

Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados, únicamente en los siguientes casos:

I. El testigo o coimputado haya fallecido, presente un trastorno mental transitorio o permanente o haya perdido la capacidad para declarar en juicio y, por esa razón, no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado, o

II. Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado.

Cualquiera de estas circunstancias deberá ser debidamente acreditada.

«... prueba es aquella que, ingresada al proceso bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de Enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión...»

Lo que indudablemente es cuestionable, en tanto que no obstante la labor de las partes procesales técnicas a las que alude el numeral 105 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que deben efectuar para *prever* esos hechos, que ya de antemano recoge la reglamentación de la Norma Constitucional por lo que hace a la *prueba de anticipo* con la fracción I del citado dispositivo, se alude a circunstancias que trastocan el orden Constitucional, esto es, fundamentalmente a los principios previstos en éste, para el desarrollo o substanciación del proceso, a saber el de contradicción e intermediación, doten incluso a dicho dispositivo de un alcance probatorio y de convicción para una sentencia de juicio, al registro de investigación en muchas ocasiones obtenido por la persecución penal sin presencia de la contraria, por demás al margen del marco Fundamental, ello inclusive al amparo de su aislamiento en sede de investigación, lo que resulta abiertamente cuestionable, aun bajo el argumento del principio de lealtad y buena fe, a que se refiere el artículo 107 de la Norma Nacional o incluso al amparo de los principios rectores de las instituciones de Seguridad Pública entre las que se encuentra la persecución penal, esto es, aquellas a las que alude el dispositivo 21 párrafo noveno del Pacto Federal, referentes a la «legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a

los derechos humanos reconocidos en esta Constitución», si así se quisiera pensar puede sustanciarse la actividad ministerial en fase inicial o complementaria de la investigación, sin soslayarse más aun el yerro del citado dispositivo en cuanto al depuesto del coimputado, en lo que no solo se desconocen los principios para generación de la prueba, como lo son entre otros el de inmediación y contradicción, sino aún más el de no autoincriminación del que se precisa la facultad del justiciable de deponer o no y la sola posibilidad de éste con su defensor de decidir cuándo declarar o no, y no la de la persecución penal de poder pretender incorporar por lectura la entrevista de un imputado; sin dejar de considerarse, como otros de los mecanismos de anticipación de información recabada en investigación pero con el correspondiente control horizontal en cumplimiento al contradictorio.

En lo referente a la prueba irreproducible a que se refiere el numeral 274 de la codificación adjetiva en cita, en cuanto señala:

Artículo 274. Peritaje irreproducible.

Cuando se realice un peritaje sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la cantidad estrictamente necesaria para ello, a no ser que su existencia sea escasa y los peritos no puedan emitir su opinión sin

consumirla por completo. **Éste último supuesto o cualquier otro semejante que impida que con posterioridad se practique un peritaje independiente**, deberá ser notificado por el Ministerio Público al Defensor del imputado, si éste ya se hubiere designado o al Defensor público, para que, si lo estima necesario, los peritos de ambas partes, y de manera conjunta practiquen el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización de peritaje.

La pericial deberá ser admitida como medio de prueba, no obstante que el perito designado por el Defensor del imputado no compareciere a la realización del peritaje, o éste omita designar uno para tal efecto.

«Cuando deban realizarse diferentes peritajes a personas agredidas sexualmente o cuando la naturaleza del hecho delictivo lo amerite, deberá integrarse un equipo interdisciplinario con profesionales capacitados en atención a víctimas, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que ésta requiera, para la elaboración del dictamen respectivo»; en donde contra lo que acontece en el ya citado numeral 386 del Nacional, en ambos numerales se tutela la contradicción o identidad procesal de partes para contender jurídicamente (a lo que se alude como igualdad de armas).»

O incluso a los mismos peritajes especiales, esto es, los del artículo 275 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que precisa: «Cuando deban realizarse diferentes peritajes a personas agredidas sexualmente o cuando la naturaleza del hecho delictivo lo amerite, deberá integrarse un equipo interdisciplinario con profesionales capacitados en atención a víctimas, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que ésta requiera, para la elaboración del dictamen respectivo»; en donde contra lo que acontece en el ya citado numeral 386 del Nacional, en ambos numerales se tutela la contradicción o identidad procesal de partes para contender jurídicamente (a lo que se alude como igualdad de armas).

Así pues, como se aprecia del desarrollo en cuanto a la alusión a prueba, es un hecho que ésta como tal, solo es aquella que se desahoga en presencia de la actividad jurisdiccional, sea ante el de Control o Juicio; empero con relación a ésta, a partir de lo que se establece en la estructura Constitucional acotada al inicio, cabe acotar, que la misma Norma Fundamental y la Nacional, hacen referencia a su forma de producción y de ello habría que ocuparse a partir de lo que se establece en el dispositivo 20 Apartado “A”, fracción IV de la Norma Fundamental que precisa: «El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y

los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral» y en su caso, de los dispositivos 356 a 390 del Nacional al hacerse alusión a las disposiciones generales sobre la prueba y en atención a ello habría que decir, que como ya lo mandata la Constitución es pública, contradictoria y oral, sin pasar por alto en torno al primero de los principios a que nos referimos, que no obstante ser la misma columna vertebral del Sistema Acusatorio y Oral, como en su caso lo prevé el párrafo primero del numeral 20 de la Norma Fundamental, dicha producción de prueba que habrá de efectuarse de manera pública, también puede exceptuarse en cuanto a su publicidad por mandato de la misma Norma Fundamental y la Procesal, al establecer la fracción V, del Apartado “B” que estipula:

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

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

...

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas,

testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Y en su caso, lo que establecen los dispositivos 64 y 65 de la Legislación Adjetiva en cita:

Artículo 64. Excepciones al principio de publicidad.

El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando:

- I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él;
- II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas;
- III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
- IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente;
- V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o
- VI. Esté previsto en este Código o en otra ley.

La resolución que decrete alguna de estas excepciones será fundada y motivada constando en el registro de la audiencia.

Artículo 65. Continuación de audiencia pública.

Una vez desaparecida la causa de excepción prevista en el artículo anterior, se permitirá ingresar nuevamente al público y, el juzgador que presida la audiencia de juicio, informará brevemente sobre el resultado esencial de los actos desarrollados a puerta cerrada.

Por otra parte, debe considerarse para la producción de la prueba en cumplimiento al debido proceso, las citadas reglas aludidas en la norma Nacional, de las que, dado el objeto del presente, que se encuentra encaminado únicamente aspectos fundamentales Constitucionales y Procesales de la prueba, habría que decirse que al reconocer el numeral 356 *la libertad probatoria* y no, prohibir o hacer referencia en el marco Constitucional a prohibición probatoria alguna, salvo la ilícita al precisar: «Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula» y en su caso el dispositivo 20 Apartado “B”, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: «...IV. Se le recibirán los testigos y demás **pruebas pertinentes** que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley...»; a la pertinencia probatoria y a la

ofertación, admisión y desahogo conforme a las reglas procesales, de ello se advierte la posibilidad de probar un hecho, con cualquier medio probatorio en juicio, claro siempre bajo el filtro del citado dispositivo Constitucional y del 346 del Nacional, en torno a las causas de exclusión probatoria; de ahí que la legislación adjetiva haga referencia a algunos medios de prueba y formas de producción de las mismas; así pues en razón de lo expuesto, para esa producción de la prueba pública, contradictoria y oral habría que tomar en consideración que como se apuntó que la misma se encuentra condicionada en cuanto a su producción, obvio es, previa su aceptación a dos aspectos torales, la *licitud* y su *pertinencia*, pues ya de ello los preceptos constitucionales acotados con antelación hacían alusión a ello, sin embargo, aun y cuando en la norma Constitucional, nada se hace alusión en cuanto a su posibilidad de prevalecer aun por haberse obtenido con transgresión a derechos fundamentales pues de ello tan solo señala: «Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula» y por su parte el dispositivo 97 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* tan solo alude a:

Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será **nulo y no podrá ser saneado**, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el

Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento. Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo;

... empero en torno a ello Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece los límites de exclusión de aquella prueba que ha sido obtenida con violación a derechos fundamentales al señalar:

PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores

para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto¹.

¹ Tesis 1a. CCCXXVI/2015 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 993, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I,

Puntualizándose de esa manera algunos aspectos en torno de la prueba ilícita; como se acotó, otro de los derroteros que ministran las bases de la producción de información probatoria, a saber, admitida ex ante a su desahogo, es lo concerniente a la pertinencia probatoria, de la que la propia Constitución alude a ella en el numeral 20 Apartado “B” fracción IV, del Pacto Federal, respecto del que asimismo cabe acotar, la reserva legislativa que la misma Constitución reconoce en dicho dispositivo o fracción, para legislar sobre su admisión por pertinencia, al señalar expresamente «...en los términos que señale la ley», derrotero éste que la procesal a lo largo de su desarrollo recoge dicha pertinencia, en tanto que a ese respecto, entre otros los numerales 216, 314, 315 y 346, textualmente señalan:

Artículo 216. Proposición de actos de investigación.

Durante la investigación, tanto el imputado cuando haya comparecido o haya sido entrevistado, como su Defensor, así como la víctima u ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público ordenará que se lleven a cabo aquellos que sean

del SJF y su Gaceta, el número de registro 2010354, bajo el rubro: PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

conducentes. La solicitud deberá resolverse en un plazo máximo de tres días siguientes a la fecha en que se haya formulado la petición al Ministerio Público.

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

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

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

Artículo 315. Continuación de la audiencia inicial.

La continuación de la audiencia inicial comenzará con la presentación de los datos de prueba aportados por las partes o, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que hubiese ofrecido y justificado el imputado o su defensor en términos del artículo 314 de este Código. Para tal efecto, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogada la prueba, si la hubo,

se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público, al asesor jurídico de la víctima y luego al imputado. Agotado el debate, el Juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso.

En casos de extrema complejidad, el Juez de control podrá decretar un receso que no podrá exceder de dos horas, antes de resolver sobre la situación jurídica del imputado.

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

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

- I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:
 - a) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
 - b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecearias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

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

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.

De lo que invariablemente como se acotó, la prueba para su admisión y producción habrá de tener pertinencia.

Otros aspectos que ministran bases relacionadas con la prueba, es la de ser carga del Ministerio Público, conforme al tipo penal y en su caso, ser o deber generar convicción de culpabilidad para una sentencia de condena, como en su caso lo prevén

las fracciones V y VIII del Apartado "A" del numeral 20 del Pacto Federal, lo expuesto sin dejar de señalarse que en orden a la prueba, en su aspecto general a lo largo del marco Constitucional y Procesal, se hace referencia a ésta, pero desde ópticas distintas en cuanto al procedimiento, así pues, si vislumbramos a ésta a partir de lo que establece el dispositivo 211 del Nacional, desde la denuncia, querrela o acto equivalente a la querrela, hasta la sentencia que pone fin a la instancia, advertimos que la aportación de información a partir de la que el Juzgador decide el derecho, tiene distintas connotaciones y alcances, de ello advertimos, que hasta el cierre o cese de la investigación complementaria, habrá de asignársele la connotación de dato de prueba, en razón no solo a lo que establecen entre otros los numerales 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero, del Pacto Federal, cuando hacen alusión a:

Artículo 16... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos

horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...

... y en su caso al 20 Apartado "B" fracción VI de la misma Norma Fundamental que puntualiza «VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso...», lo expuesto sin dejar de considerar que en su caso el numeral 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, precisa o define al dato de prueba, medio de prueba y a la prueba, al puntualizar:

Artículo 261. Datos de prueba, medios de prueba y pruebas.

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

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

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

«Otros aspectos que ministran bases relacionadas con la prueba, es la de ser carga del Ministerio Público, conforme al tipo penal y en su caso, ser o deber generar convicción de culpabilidad para una sentencia de condena, como en su caso lo prevén las fracciones V y VIII del Apartado "A" del numeral 20 del Pacto Federal, lo expuesto sin dejar de señalarse que en orden a la prueba, en su aspecto general a lo largo del marco Constitucional y Procesal, se hace referencia a ésta, pero desde ópticas distintas en cuanto al procedimiento, así pues, si vislumbramos a ésta a partir de lo que establece el dispositivo 211 del Nacional, desde la denuncia, querrela o acto equivalente a la querrela, hasta la sentencia que pone fin a la instancia, advertimos que la aportación de información a partir de la que el Juzgador decide el derecho, tiene distintas connotaciones y alcances, de ello advertimos, que hasta el cierre o cese de la investigación complementaria, habrá de asignársele la connotación de dato de prueba»

Y que, incluso en reminiscencia de lo ya expuesto, señala la libertad probatoria bajo el solo escrutinio de la *licitud y nulidad* de ésta cuando fue obtenida con violación a derechos fundamentales; sin pasar por alto que el numeral 265 de la legislación en comento, en reminiscencia del 20 Apartado "A" fracción II de la Norma Fundamental, señala los parámetros de valoración de la prueba, si para ello se toma en consideración la fracción IX del citado dispositivo en cuanto a que los principios previstos en éste artículo se observarán en las audiencias preliminares al juicio, de lo que se advierte una valoración libre y lógica como en su caso lo replica el dispositivo 359 del Nacional, el que incorporado a los derroteros Constitucionales para efectos de la convicción de culpabilidad, incorpora en el tema de la valoración de la prueba más allá de toda razonable pues al respecto señala:

Artículo 359. Valoración de la prueba.

El Tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la

resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

Así pues, en cuanto a la valoración probatoria de manera libre y lógica es pertinente destacar que esta se efectúa a partir de la sana crítica, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Lo expuesto en el presente artículo, tiene la única finalidad de que con objeto de contribuir a erradicar de la implementación y operación del sistema a aquello que se criticó al inicio del mismo, sentar las bases constitucionales y procesales genéricas de la prueba y su valoración en el marco normativo que rige nuestra actividad cotidiana, ya que aún en un proceso desformalizado atendiendo a las reglas del debido proceso, éstas se fijan en las normas que ministran las bases de seguridad jurídica para los gobernados.

«Primavera del 2017, algunas tardes calurosas, pero confortables para reflexionar y escribir.»

LAS PRUEBAS Y LAS PARTES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Rocío LUNA DOMÍNGUEZ*

SUMARIO: Introducción; **I.** El concepto de prueba en el derecho procesal; **II.** Las pruebas en el sistema procesal penal acusatorio en México; **III.** La problemática de las pruebas y las partes en el proceso penal acusatorio; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

Un tema de suma importancia en el sistema procesal penal acusatorio en México sin duda es, el relativo a las pruebas, el cual ha generado criterios y opiniones contradictorias que han creado confusión tanto en las partes procesales como en los operadores del sistema, pues entender las diferencias de conceptos, su contenido, cómo aplicarlos y principalmente, cómo integrarlos en el contexto del proceso, ha dado lugar a criterios diversos, algunos contradictorios y otros complementarios poniendo de relieve la problemática a la que se enfrentan las partes en el proceso penal.

Consideramos que ello obedece originariamente a la transición del sistema mixto al acusatorio, pues la Reforma constitucional de seguridad y justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación mediante Decreto de 18 de junio de 2008, establece las bases del sistema procesal penal acusatorio en todo el territorio mexicano, siendo el 2016 año en que culminará este proceso de transición materializado en una legislación única como es el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, disposición normativa que no puso fin a este tipo de controversias de interpretación y aplicación de la norma, sino por el contrario, hizo patente el problema que implica la materia probatoria en el contexto del sistema procesal penal.

Ahora bien, el decreto ya precisado y el solo transcurso del tiempo no constituyen por sí mismos la consolidación de este sistema de justicia, pues no olvidemos que fue necesario ajustar nuestro derecho interno a los parámetros

* Licenciatura en *Derecho* y Posgrado en *Derecho Penal* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Posgrado en la Universidad Panamericana. Estudios de Posgrado en *Derechos Humanos* por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Asimismo, cuenta con título de Doctorado en *Derecho*. Actualmente ocupa el cargo de Jueza del Sistema Procesal Penal Acusatorio dentro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

internacionales y los principios rectores de este sistema contenidos en nuestra Carta Magna; debiendo precisar que la doctrina de otros países y sus sistemas procesales, han tenido influencia y han generado controversia dentro del nuestro, pues existen diversos criterios.

Hay quienes opinan que no podemos ajustar un sistema normativo creado en un contexto diverso al que vive México a nuestro sistema de justicia penal, hasta quienes consideran que el cambio no era necesario, ya que nuestro sistema era adecuado; además de considerar que las reglas contenidas en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* contravienen el Derecho Internacional y vulneran derechos fundamentales, entre ellos la defensa adecuada y debido proceso y en centro de este debate se encuentran quienes opinan que esta transición era necesaria y que el sistema es adecuado, aunque requiere algunos ajustes.

Más allá de estas críticas, posturas y la renuencia que aún hoy día existe en nuestro entorno jurídico, creemos que el problema radica no en considerar que la normatividad es inadecuada y por ende no debe ser aplicada; sino en que las partes procesales y algunos operadores aún no cuentan con las herramientas suficientes y competencias para operar el mismo.

Hoy día nuestra realidad es que el sistema de justicia penal en México se ajusta al sistema acusatorio y cobra

vigencia en el derecho internacional, los principios de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, ordenamientos que hoy día rigen los procesos penales en nuestro país; siendo aquí donde radica el tema materia de estas líneas “las pruebas y las partes”, es por lo cual no debemos perder de vista que el tema probatorio ha sido y es un tema medular de todo proceso.

I. El concepto de prueba en el derecho procesal

Previo a analizar las pruebas en el sistema procesal penal acusatorio en México, y la injerencia de las partes, nos permitiremos realizar una pequeña introducción al concepto de prueba, haciendo referencia a algunos autores en la materia dentro de los que se encuentra el texto de Daniela ACCATINO «Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho»¹ del cual podemos extraer algunas ideas, partiendo de la afirmación de la autora de que el concepto de prueba tiene diversas acepciones y se trata de un término empleado en la vida cotidiana y en diversas áreas no solo del derecho, pero en el ámbito jurídico de la prueba resulta ser el núcleo del proceso judicial.

¹ ACCATINO, Daniela, *Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho*. Curso Máster de Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, España 2017.

El concepto de *Prueba* por sí mismo, resulta ser complejo, en algunos casos se emplea para referirse al *acto propio de probar* o bien para referirse a *la prueba per se*; llegando a no tener claro el contenido de algunos conceptos —prueba, estándar de prueba, evidencia, fuerza probatoria, sana crítica, indicio, etc.— de tal suerte que erróneamente pueden considerarles sinónimos.

En tanto que, en otros casos, la prueba es empleada como *razones, argumentos, instrumentos, o medios*; empleados todos ellos con la finalidad de demostrar la falsedad o verdad de algo. Y es en este punto donde encontraremos la primera interrogante ¿cuál es el objeto de la materia probatoria? ¿los hechos o demostrar la falsedad o verdad de una afirmación?, lo que da lugar a establecer que la actividad probatoria se vincula con el estudio de las premisas o razones de un argumento.

De lo expresado por algunos autores, se desprende, que la prueba en general se constituye de dos elementos: 1) como alusión a un fenómeno observable o perceptible y 2) como la referencia de su uso inferencial, es decir como premisa de un razonamiento que da lugar a una conclusión cuya información constituye prueba respecto a algo determinado para posteriormente emitir un juicio acorde a lo probado.

Ahora bien, en el contexto jurídico la prueba se integra además de características peculiares;

primeramente, parte de un hecho jurídicamente relevante, que deriva de una norma jurídica preexistente (antecedente y consecuencia), lo que implica que en este caso la prueba es inferencial y su objeto se encuentra dirigido a la conclusión, es decir, a probar el hecho particular y concreto, de relevancia jurídica.

Aunado a lo anterior, el derecho establece las reglas del proceso y en el contexto formal regula la prueba en cuanto a su presentación, desahogo y valoración, esta última facultada propia del juzgador, estableciendo el marco jurídico en el que se desarrollara la actividad probatoria, no sólo en relación a la prueba sino del proceso —principios, reglas de obtención de prueba, descubrimiento probatorio, admisibilidad y exclusión, desahogo— las partes que intervienen en dicha actividad, órganos institucionales y la función del juez, esta última también relacionada con las conclusiones a las que arriba una vez desahogadas las pruebas, lo cual se da en el momento de la deliberación y emisión de la decisión, siempre bajo las reglas que le impone la ley.

Es importante referir que la prueba en sí misma es compleja por cuanto a su estructura y sus características —relevancia, credibilidad y fuerza probatoria— contenidas también en la norma y directamente vinculadas con el hecho relevante al que se le sumarán los argumentos que no contiene la ley.

Compartiendo la postura de Daniela ACCATINO respecto al hecho de precisar que la prueba existe bajo tres dimensiones como: 1) medio de prueba, 2) actividad probatoria y, 3) como resultado.

La primera dimensión considera a la prueba como medio de prueba, se trata de la designación de un dato o información perceptible por los sentidos, siempre vinculado con la relevancia, admisibilidad o tipicidad de prueba del hecho relevante que jurídicamente se busca probar, con la premisa de ser tratada como dato o antecedente; como dato atiende al sentido abstracto o genérico del antecedente acorde a las reglas procesales relativas a su aportación, y como antecedente al sentido concreto y específico, el cual se constituye con la nominación de ese antecedente en términos de la norma jurídica y su efecto en el proceso, incluyéndose desde el valor parcial de un hecho o bien en conjunto, este último derivado de varios hechos y en lo particular, si se refiere a la etapa previa o posterior a juicio.

Como actividad probatoria, se relaciona directamente con la forma de introducción de los medios de prueba en el proceso, acorde a las reglas procesales.

Y por último, como resultado probatorio, se refiere a la comprobación o no de la afirmación de la existencia de un hecho jurídicamente relevante, como consecuencia de la valoración

realizada por el Juez que lo lleva a una conclusión, posterior a la fase de deliberación y análisis de los medios de prueba aportados al juicio, donde procede a realizar una valoración conjunta, de todos y cada uno de los medios de prueba aportados y desahogados, aplicando los estándares de prueba previstos en la norma, para finalmente determinar si estos se ajustan o no a cada una de las hipótesis planteadas por las partes en el juicio.

«la prueba no debe contar con distinciones según el área o contexto en que se aplique, la prueba es prueba, por consiguiente no existe una justificación para darle un tratamiento diverso al que ocupa en la vida cotidiana; tiene una esencia relativa a la verificación y no como fundamento para una averiguación»

Por otra parte, encontramos a otros autores entre ellos a Santiago SENTÍS MELENDO, en su obra *La prueba*.

*Los grandes temas del derecho probatorio*² quien al referirse a la prueba lo hace desde una perspectiva diversa, y no bajo el contexto de las tres dimensiones señaladas; pues hace alusión a fuente de prueba y medio de prueba, concepciones que son empleadas por muchos autores quienes no han podido determinar un concepto único.

No resulta la excepción el texto de Santiago SENTÍS MELENDO, quien plantea el hecho de que la prueba no debe contar con distinciones según el área o contexto en que se aplique, señala que la prueba es prueba, por consiguiente no existe una justificación para darle un tratamiento diverso al que ocupa en la vida cotidiana; y puntualiza que la prueba tiene una esencia relativa a la verificación y no como fundamento para una averiguación, aspecto que en líneas precedentes señalamos, resultando en consecuencia, que se verifican las afirmaciones realizadas con respecto a un hecho, siendo estas la materia de la prueba. Señala el autor que la fuente de prueba es la parte de la realidad que es materia de percepción, en tanto que el medio de prueba se relaciona con el aspecto funcional del hecho.

Cierto es que, la forma en que el autor estudia los conceptos de medio

de prueba y prueba es confusa, pues primeramente justifica el por qué el concepto de prueba debe ser universal, y que no se distinga atendiendo a la materia o área en que se emplea, pues su fin es el de probar una afirmación o negación respecto de algo; posteriormente refiere que el principal problema se centra no tanto en el concepto sino en la aplicación, de tal forma que es ahí donde señala que el error se concentra al momento en que se emplea la prueba como acto de investigación, cuando en realidad su esencia es demostrativa de una afirmación que deriva de un hecho, siendo esto lo que se busca realizar ante el Juez para lo cual precisa se requieren elementos para ello, con que se ha de probar, y señala que los elementos de prueba son «aquellas categorías lógicas que se dan o no particularmente aplicables a los problemas del derecho probatorio» y es aquí donde encontramos *la fuente de prueba y medio de prueba*.

Refiere que los medios de prueba se vinculan con la actividad de incorporación al proceso prevista en la norma y la fuente de prueba es lo que existe en la realidad como el testigo o documento, es decir, la fuente de prueba se origina en aquella persona, documento u objeto que dará información respecto de un hecho o circunstancia y no necesariamente como parte de un proceso; en tanto que, el medio de prueba se relaciona con la actividad reglada para allegarla a un proceso,

² SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1964, pp. 141-161.

desahogarla y posteriormente ser valorada siempre y cuando se cumpla con las formalidades preestablecidas; de tal suerte que la fuente de prueba existe aún en ausencia de proceso o incluso sin allegarla a este, o de ser excluida, de ahí que este autor en apariencia no coincida con las mayorías y realice esta clasificación; que para efectos del ámbito del derecho y del proceso resulta complicada y no adecuada, ya que de no ser llevada al proceso, las partes y el órgano de prueba desconocerán su existencia y por ende, no podrán serle aplicadas las reglas de la prueba y los principios del proceso, sin que esto implique, no reconocer el aspecto procesal existente en la búsqueda de lo que el autor denomina fuente de prueba, para ser introducidos a la fase procesal, pues no se debe olvidar que esta fase procesal de la búsqueda de fuentes, al ser contrastada con la norma puede dar lugar a la exclusión, siendo este un punto que a nuestro parecer el autor pasa por alto, al dejarlo de lado, cuando su trascendencia es relevante en el proceso, lo cual también ocurre cuando afirma que las fuentes de prueba no están sometidas al procedimiento.

II. Las pruebas en el sistema procesal penal acusatorio en México

Ahora bien, una vez precisados estos puntos doctrinarios, veremos cómo se regula la prueba en el sistema procesal penal acusatorio en México;

primeramente es de reiterar que nuestro sistema de justicia, si bien se contextualiza en el derecho interno partiendo de la Constitución como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* y diversas normas de derecho interno, lo cierto es que el contexto internacional juega un papel preponderante que ha tenido suma relevancia en los criterios adoptados en nuestro país y determinaciones de los órganos jurisdiccionales.

Así las cosas, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece en su artículo 8º, denominado «Las Garantías Judiciales», que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente; puntualiza que toda persona inculpada de un delito tiene derecho en plena igualdad a garantías mínimas, entre ellas que se le comunique de forma previa y detallada la acusación que se le formula, se le conceda el tiempo y los medios adecuados para su defensa, el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal, obtener la comparecencia como testigos o peritos o, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, derecho a confesar y que la misma sea válida y, si se realizó sin coacción de ninguna naturaleza.

Por otra parte analizaremos los derechos de las víctimas, sin olvidar

que la persona afectada por el delito, en su carácter de víctima directa, indirecta u ofendida es reconocida también como una persona de derechos y por consiguiente tiene una participación real y efectiva dentro del proceso penal, reconociéndose su participación y derechos en el contexto constitucional al igual que a las personas imputadas o acusadas, en términos de lo que dispone el artículo 20 Constitucional en sus diversos incisos; de tal suerte que dispone que el proceso penal será **acusatorio y oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación**; y en su apartado A determina cuáles serán los principios generales, en tanto que los Apartados B y C señalan los derechos de toda persona imputada y de las víctimas u ofendidos respectivamente, dentro de los que destaca el derecho a probar y por tanto, tener acceso a los registros, que sean recibidos los datos o elementos de prueba con los que cuenten, tanto en la investigación como en juicio y obtener el auxilio del órgano investigador o juez, para obtener testimonios, datos de prueba o pruebas, acorde a la ley procesal y siempre que se encuentre justificada la imposibilidad³.

³ La Ministra Norma Lucía PIÑA HERNÁNDEZ, en su carácter de Presidenta de la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al rendir

De dicho ordenamiento legal se aprecia que el Estado Mexicano en el cumplimiento de sus obligaciones de carácter internacional, establece los principios rectores y derechos de las partes en el proceso penal; por un lado, el derecho de los imputados y víctimas u ofendidos a tener acceso a un juicio justo, en el que intervendrán en igualdad de condiciones, teniendo una intervención activa dentro del proceso, mismo que se llevará a cabo ante un juez imparcial, independiente y objetivo, el cual actuará a petición de las partes, aún en la etapa de investigación inicial (como juez de control de actos de investigación que requieren control judicial o por irregularidades en la investigación) y en todas aquellas diligencias que son propias del juez, dentro de las que

su informe 2016, señaló que corresponde a las partes, en lo particular al ministerio público el aportar y presentar al juicio, sus fuentes de prueba con la correspondiente consecuencia, pues al analizar el tópico relativo a interrogar a testigos en el derecho penal, el auxilio que se debe brindar opera como excepción, ya que de dicho informe en su versión escrita se desprende «que la imposibilidad de localizar testigos opere como excepción válida, el Ministerio Público tiene que probar fehacientemente que ha intentado cumplir con esta obligación a su cargo. Debe acreditar que ha realizado un esfuerzo de buena fe para lograr tal comparecencia, ya que — por el principio de presunción de inocencia— la falla en la localización del testigo actúa en su perjuicio».

encontramos las audiencias iniciales para control de detención, formulación de imputación, vinculación a proceso, imposición de medidas cautelares, la etapa intermedia, salidas alternas o formas de terminación anticipada de proceso, enjuiciamiento y la correspondiente etapa de ejecución de sentencias.

Resultando la actuación de las partes relevante, pues si se parte del objeto del proceso penal previsto en la Constitución consistente en el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y por consiguiente la reparación del daño causado; es aquí, donde cobra relevancia la prueba; pues en el proceso las partes tienen el derecho de presentar elementos probatorios y argumentos ante el juez, teniendo igualdad de derechos para sostener su acusación o defensa siempre bajo los principios rectores del proceso, entre ellos los de contradicción y publicidad, salvo excepciones a este último; por lo que las pruebas ofrecidas por las partes serán desahogadas en juicio, a efecto de que el juez esté en aptitud de realizar una valoración, considerando sólo las pruebas lícitas desahogadas en juicio, salvo la prueba anticipada, para en su oportunidad emitir la resolución que corresponda, la cual sólo podrá ser condenatoria si existe convicción de la culpabilidad del acusado.

En el contexto del proceso, los lineamientos que rigen el mismo se contienen preponderantemente en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, sin embargo se contienen en la propia Constitución, en disposiciones supletorias y leyes generales, en concordancia con instrumentos internacionales y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que interpretados de forma sistemática y bajo el contexto de los derechos humanos permiten se cumpla con el debido proceso.

En materia probatoria el *Código Nacional de Procedimientos Penales* dispone una clara distinción, que resulta medular sea entendida por las partes pues de lo contrario se corre el riesgo de no comprender la esencia del sistema procesal penal acusatorio obstaculizando la eficiencia y eficacia que se busca a través del mismo.

Al hablar de prueba en la doctrina puede analizarse está como medio de prueba, actividad probatoria y resultado; otros autores se refieren al órgano de prueba y fuente de prueba; en tanto que, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, señala en el artículo 261 los conceptos de dato de prueba, medio de prueba y prueba; precisando:

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo

y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

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

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

De lo anterior, destaca el hecho de que nuestra legislación hace una simbiosis de las tres dimensiones de la prueba a las que se refiere Daniela ACCATINO y los empleados por SENTÍS MELENDO; pero con la clara acotación de que si analizamos el Código ya referido, es evidente la distinción que realiza acorde a la etapa del proceso en la que se emplean; dato de prueba en la etapa de investigación inicial o complementaria; medio de prueba en la etapa intermedia y prueba en el enjuiciamiento, pero solo si fue desahogada en juicio ante el juez de enjuiciamiento, salvo la excepción de prueba anticipada que es desahogada ante el juez de control con las

formalidades del Juicio, siempre y cuando subsista la imposibilidad de reproducción ante el juez de juicio oral.

«...nuestra legislación hace una simbiosis de las tres dimensiones de la prueba a las que se refiere Daniela ACCATINO y los empleados por SENTÍS MELENDO; pero con la clara acotación de que si analizamos el Código ya referido, es evidente la distinción que realiza acorde a la etapa del proceso en la que se emplean; dato de prueba en la etapa de investigación inicial o complementaria; medio de prueba en la etapa intermedia y prueba en el enjuiciamiento, pero solo si fue desahogada en juicio ante el juez de enjuiciamiento, salvo la excepción de prueba anticipada que es desahogada ante el juez de control con las formalidades del Juicio, siempre y cuando subsista la imposibilidad de reproducción ante el juez de juicio oral.»

Es precisamente en este contexto donde el concepto de dato de prueba, medio de prueba y prueba cobran relevancia, pues si las partes no tienen claro su concepto, esencia y relevancia en el proceso, tampoco estarán en posibilidad de realizar un uso adecuado de los mismos, rompiendo con la esencia y finalidad del proceso penal acusatorio; pues no se debe pasar por alto que la transición del sistema mixto al sistema procesal acusatorio, dejó atrás la denominada prueba preconstituida y dio vida jurídica a la prueba en el contexto del juicio, esto es, sólo al ser desahogada ante el juez de Enjuiciamiento podrá ser valorada en términos de los principios que regulan la valoración, bajo los estándares de valoración libre, acorde a las reglas de la lógica y con una apreciación integral, conjunta y armónica.

De tal suerte que, entendiendo estos conceptos, la relevancia y papel que juegan en cada etapa del proceso, la actuación de las partes cumplirá con el fin del proceso, sin que esto vulnere el debido proceso y por ende el derecho de la defensa ni de las víctimas u ofendidos; siendo aquí donde efectivamente nos enfrentamos a un problema en materia probatoria, ya que en el contexto del proceso acusatorio, las partes confunden la esencia de cada etapa procesal y el papel de la prueba, pues, olvidan que su actuar es fundamental; si bien es cierto que

las partes en el proceso penal (imputado, defensa, ministerio público, víctima u ofendido y asesor jurídico) gozan del principio de igualdad ante la ley, teniendo las mismas oportunidades para sostener, ya sea en su caso, la acusación o defensa, de tal suerte que el *Código Nacional de Procedimientos Penales* establece en sus artículos 109 a 131, de manera enunciativa mas no limitativa, las facultades o derechos y obligaciones que las ley les concede; y entre ellos, la víctima u ofendido, tendrá derecho a que se le reciban los datos o elementos de prueba pertinentes con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, así como a que se desahoguen las diligencias correspondientes e intervenir en el juicio, lo cual podrá realizar por sí o a través de su asesor jurídico acorde a las leyes procesales que la ley señala.

En igualdad de derechos, el imputado, acusado o sentenciado, gozarán del derecho de que le sean recibidos los medios de prueba pertinentes que ofrezcan, auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio requiera y no pueda presentar directamente; con independencia de que su defensa técnica realice tales solicitudes, sin que este hecho menoscabe su derecho a realizarlo por sí, ya que si bien es cierto es obligación de la defensa técnica analizar las constancias que obran en la carpeta de investigación

para contar con mayores elementos para la defensa, así como recabar y ofrecer los datos o medios de prueba necesarios, presentar los argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito o aquellos que evidencien alguna excluyente del delito, o actualicen causas de extinción de la pretensión punitiva, sobreseimiento o circunstancias relativas a la imputabilidad de su representado, solicitar la exclusión de los datos o medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, víctima u ofendido, por no ajustarse a la legalidad o licitud en su obtención, así como participar en el desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas.

«... al hablar de prueba, para que ésta se constituya como tal, debe pasar por el tamiz de pertinencia, licitud, ofrecimiento, admisión, y desahogo ante el juez de control o juez oral, según corresponda a cada etapa del proceso (ante este último también la valoración), pues la omisión de alguno de ellos, hace patente el hecho de que no se trata de una prueba, sino de un medio de prueba o, incluso dato de prueba y la actualización de una causa de ilicitud, da lugar a la exclusión probatoria.»

En tanto que, el Ministerio Público, al ser quien ejerce la pretensión punitiva, con independencia de la figura del ejercicio de la acción penal privada, en términos del artículo 21 Constitucional, está obligado a conducir la investigación, realizando todos los actos inherentes a ésta y ordenar las diligencias necesarias para la obtención de datos de prueba, tendientes a demostrar la existencia del hecho que la ley califica como delito y la responsabilidad de quien intervino en su comisión, incluidas las que le sean solicitadas por la víctima u ofendido, imputado y defensa y ordenando la práctica de las que sean necesarias, velando en todo momento se cumpla con el respeto irrestricto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales de los que México sea parte y, en su caso solicitar al juez de control la autorización de actos de investigación que requieran control judicial.

Todos éstos derechos y obligaciones se relacionan con la investigación inicial o complementaria, la audiencia intermedia, audiencia de juicio y, en cada etapa procesal se emplean los conceptos de dato de prueba, medio de prueba y prueba, sin pasar por alto que el *Código Nacional de Procedimientos Penales* también usa el concepto de medio de convicción.

Desprendiéndose que, las partes en el proceso penal acusatorio, a

diferencia del sistema mixto, gozan de amplias facultades para aportar información en la investigación de un hecho que la ley califica como delito y la intervención o responsabilidad de la persona a la que se le atribuye, siendo la única limitante a su actuación el ajustarse a la legalidad y licitud o que no se relacione con actos que requieran control judicial o se encuentre ante los supuestos de prueba anticipada, en cuyo caso la intervención del órgano jurisdiccional es esencial para lograr el respeto de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe destacar que al hablar de prueba, para que ésta se constituya como tal, debe pasar por el tamiz de pertinencia, licitud, ofrecimiento, admisión, y desahogo ante el juez de control o juez oral, según corresponda a cada etapa del proceso (ante este último también la valoración), pues la omisión de alguno de ellos, hace patente el hecho de que no se trata de una prueba, sino de un medio de prueba o, incluso dato de prueba y la actualización de una causa de ilicitud, da lugar a la exclusión probatoria⁴.

⁴ CHOCONTA RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso, *Prueba Ilícita Penal. Derechos y Garantías Constitucionales*, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, Colombia 2014, pp. 23.

Dicho autor señala que la prueba ilícita es una irregularidad mayúscula que se actualiza en la actividad de investigación, afectando los derechos

Es aquí donde cobra relevancia la denominada Teoría del Caso de las partes la cual en palabras de Carlos Roberto SOLÓRZANO GARAVITO, es el planteamiento de cada parte sobre los hechos, las pruebas y su connotación jurídica, y permite determinar cuáles son los hechos relevantes conforme a las descripciones abstractas del legislador sobre las conductas punibles⁵; quien señala que esos hechos durante el proceso deberán transformarse de relevantes a probados, en el debate público y contradictorio del Juicio Oral, con base en las pruebas que presentaran y con los cuales sustentarán la hipótesis que pretenden probar con la finalidad de crear convicción en el juez para la emisión de su determinación, ya sea de condena o de absolución.

En esa tesitura, las partes pueden intervenir en la investigación y recabar por sí o a través del Ministerio Público, datos de prueba con la finalidad de que una vez que cuenten con ellos y sean incorporados a la carpeta de investigación para ser analizados, las partes ponderen la posibilidad de ofrecer los medios de prueba que se consideren idóneos y pertinentes para su teoría del caso;

humanos y violaciones al debido proceso, con independencia de la norma, convenio o Tratado Internacional que lo prevea.

⁵ SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Cuarta Edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, pp. 131.

siendo evidente que no todo registro incorporado en una carpeta de investigación o dato de prueba inicialmente aportado, necesariamente implique su ofrecimiento como medio de prueba en la etapa intermedia o, salvo excepciones en el juicio oral para que sea desahogado y por consiguiente valorado por el juez.

Lo anterior, partiendo del esquema del sistema acusatorio de carácter adversarial que implica que las partes se centran en una lucha con igualdad de armas, con conocimiento de lo que cada uno aporta a la investigación y les permite la depuración; pues como ya se ha referido, no todo lo que obra en la carpeta de investigación es considerado en el Juicio Oral, a diferencia del sistema mixto, en el que la naturaleza de la prueba pre-construida implicaba la valoración de todo lo actuado en la averiguación previa y proceso.

Siendo esta la diferencia del sistema acusatorio, en el cual las partes no han logrado visualizar a plenitud los derechos y facultades con las que cuentan, lo que da lugar a errores en la interpretación de la norma e impacta el proceso penal, pues se ha observado que al no reconocer la diferencia entre dato de prueba y prueba y el efecto que tienen en cada acto procesal, el empleo de éstas impacta negativamente en la investigación inicial y complementaria, trascendiendo a la

etapa intermedia y Juicio Oral, en perjuicio de la persona imputada, acusada o sentenciada y de la víctima u ofendido.

«En esa tesitura, las partes pueden intervenir en la investigación y recabar por sí o a través del Ministerio Público, datos de prueba con la finalidad de que una vez que cuenten con ellos y sean incorporados a la carpeta de investigación para ser analizados, las partes ponderen la posibilidad de ofrecer los medios de prueba que se consideren idóneos y pertinentes para su teoría del caso; siendo evidente que no todo registro incorporado en una carpeta de investigación o dato de prueba inicialmente aportado, necesariamente implique su ofrecimiento como medio de prueba en la etapa intermedia o, salvo excepciones en el juicio oral para que sea desahogado y por consiguiente valorado por el juez.»

En virtud de que, bajo el amparo del bloque de constitucionalidad, las víctimas u ofendidos, imputados y principalmente la defensa y asesor jurídico, en el contexto de los derechos que las leyes les confieren, pretenden que el Ministerio Público recabe todas las diligencias que requieren y que ellos mismos pueden obtener sin vulnerar derechos de terceros, pues, si bien a la Representación Social le asiste el derecho del ejercicio de la acción penal, el sistema acusatorio no limita su intervención, salvo las excepciones de ley.

El sistema procesal acusatorio busca que la intervención estatal se reduzca, dando oportunidad a las partes de tener una injerencia más efectiva, privilegiando las salidas alternas y formas de terminación anticipada del proceso, así como la aplicación de criterios de oportunidad, siempre, bajo el irrestricto respecto de derechos fundamentales y la tutela judicial, donde también tiene relevancia la prueba, dato de prueba, medio de prueba o medio de convicción, dependiendo del contexto en el que se aplique.

Ello se hace evidente en el ámbito Constitucional, acorde a los artículos 1, 17 y 20, resultando, por consiguiente, innegable que un ejemplo de ello es la facultad que se le confiere en esta disposición normativa a los particulares, en la denominada la acción penal privada,

contenida en el artículo 21 Constitucional, párrafo segundo, que dispone: «El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en los que los particulares podrán ejercer la acción penal, ante la autoridad judicial»; y para el caso, de que el particular ocurra ante el juez con la finalidad de ejercer la acción privada, ya debe contar con datos de prueba que le permitan hacer su petición, destacando por consiguiente que puede recabar datos de prueba aún sin la intervención ministerial, ciñéndose a las disposiciones normativas para la obtención y presentación ante el órgano jurisdiccional. De ahí que, si la propia Constitución le confiere esta facultad a la víctima, en una etapa de investigación, atendiendo al principio de igualdad, no limita el derecho de la defensa.

Así las cosas, en materia probatoria, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, destaca que cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado; por ello, tomando en cuenta las etapas del procedimiento penal que son: 1) La investigación, que está subdividida en inicial y complementaria; 2) Intermedia o de preparación a juicio y; 3) La de Juicio, es la primera etapa, la inherente a la obtención de información para la adecuada pretensión de las partes

pues, como señala el artículo 212 de la multiferida norma, la investigación debe ser realizada de manera eficiente, exhaustiva, que permita allegarse de datos de prueba para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito y la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión, imponiendo además al Ministerio Público la obligación de realizar la investigación de forma profesional e imparcial y orientada a explorar todas las líneas de investigación, siempre bajo el irrestricto respeto de los derechos humanos, incluyendo la obligación de recabar los actos de investigación que le solicite la víctima u ofendido y el imputado, siempre que sean pertinentes y, de considerar que no lo son, está obligado a emitir una resolución, donde funde y motive su negativa, misma que puede ser impugnada ante el juez de control.

En tanto que, el capítulo IV del Título VIII, del Código Nacional, establece las disposiciones generales sobre la prueba, de las que se desprende la libertad probatoria, que se traduce en que todos los hechos y circunstancias del caso podrán ser probados por cualquier medio pertinente.

El autor Gustavo MORALES MARÍN, en su obra *Ciencias de las Pruebas Penales, Sistema Acusatorio*⁶

⁶ MORALES MARÍN, Gustavo, *Ciencias de las Pruebas Penales. Sistema*

señala que los requisitos para la admisibilidad de las pruebas penales son: conducencia, pertinencia, eficacia, necesidad, legalidad y licitud.

Como hemos señalado, los datos y medios de prueba, pueden integrarse en un primer momento a la carpeta de investigación, en etapa inicial o complementaria y su ofertamiento en etapa intermedia, en tanto que el desahogo en juicio, sin menoscabar la excepción de la prueba anticipada y la relativa a la prueba nueva o de refutación, contenida en el artículo 390 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que puede ser admitida y desahogada en juicio, antes de debate.

Siendo éstos aspectos los que presentan una problemática en el sistema acusatorio hoy en día, al no considerarse lo ya referido, como se analizará a continuación.

III. La problemática de las pruebas y las partes en el proceso penal acusatorio

La práctica judicial nos ha permitido observar la existencia de obstáculos que limitan la operatividad del sistema procesal penal acusatorio, bajo los lineamientos del bloque de constitucionalidad y las reglas procesales contenidas en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* y demás normatividad aplicable.

Acusatorio, Editorial Ibáñez, Bogotá 2014, pp. 242 - 249.

«...en materia probatoria, el Código Nacional de Procedimientos Penales, destaca que cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado; por ello, tomando en cuenta las etapas del procedimiento penal que son: 1) La investigación, que está subdividida en inicial y complementaria; 2) Intermedia o de preparación a juicio y; 3) La de Juicio, es la primera etapa, la inherente a la obtención de información para la adecuada pretensión de las partes pues, como señala el artículo 212 de la multireferida norma, la investigación debe ser realizada de manera eficiente, exhaustiva, que permita allegarse de datos de prueba para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito y la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión, imponiendo además al Ministerio Público la obligación de realizar la investigación de forma profesional e imparcial y orientada a explorar todas las líneas de investigación, siempre bajo el irrestricto respeto de los derechos humanos...»

El primer aspecto que abordaremos se encuentra relacionado con la inadecuada e insuficiente capacitación de algunos operadores del sistema, ya sea de carácter público o privado, aunado al hecho de la falta de conocimientos generales del derecho y la renuencia a aceptar que el sistema procesal acusatorio tiene reglas de operatividad distintas al sistema mixto, sin que trastoque derechos fundamentales, lo cual se afirma en virtud de que se ha observado que en la etapa de investigación inicial el Ministerio Público es el encargado de dirigir la misma y recabar los antecedentes de investigación para aportar datos de prueba, siendo que tal circunstancia no limita a las demás partes para hacer lo conducente y por tanto, lejos de tener una participación activa para aportar datos de prueba por cuenta propia, salvo las limitaciones de ley y esperan que judicialice la carpeta de investigación, donde ante el juez de control únicamente solicitan se desestimen las pruebas y aperturada la etapa complementaria, que el Ministerio Público continúe integrando la misma, incluso, que éste recabe datos de prueba que la propia víctima, ofendido o imputado, por sí o por medio de sus representantes técnicos podrían allegar al proceso, para posteriormente depurar sobre su ofertamiento para ser desahogadas en juicio.

Otro aspecto, relevante es el hecho de que, en la audiencia inicial, generalmente la defensa, ya sea pública o privada, en el correcto ejercicio del derecho de defensa, solicita la ampliación del plazo constitucional para que sea resuelta la solicitud de vinculación a proceso del Ministerio Público, con la finalidad de que pueda aportar datos de prueba que considere pertinentes a su defensa para ese acto procesal; pasando por alto las reglas procesales contenidas en los artículos 314, 315 y en su caso, de actualizarse las hipótesis del artículo 304, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, puesto que equiparan esta audiencia inicial al plazo constitucional ampliado y con los efectos del sistema mixto en la denominada audiencia de declaración preparatoria; lo anterior, en virtud de que, si bien pueden presentar datos de prueba, incluidas las demás partes del proceso, los defensores ofrecen y solicitan el desahogo de medios de prueba, incluidos a veces los que ya constan en la carpeta de investigación, tratando que el juez de control, celebre un juicio sumarísimo, dejando de lado las reglas procesales, lo cual consideramos, de ninguna manera vulnera su derecho de defensa, ya que olvidan la naturaleza del auto de vinculación a proceso, el cual, a diferencia del auto de plazo constitucional, establece el hecho delictivo para la continuación del proceso, determina la posibilidad de

optar por formas de terminación anticipada del proceso, apertura de juicio o sobreseimiento y da lugar a una investigación complementaria, que no podrá exceder de dos o seis meses, según el caso, cuyo término podrá incluso generar certeza jurídica a las partes; resolución que para su emisión sólo exige datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió.

«... si bien pueden presentar datos de prueba, incluidas las demás partes del proceso, los defensores ofrecen y solicitan el desahogo de medios de prueba, incluidos a veces los que ya constan en la carpeta de investigación, tratando que el juez de control, celebre un juicio sumarísimo, dejando de lado las reglas procesales...»

Precisamente, esta concepción equivocada es la que desnaturaliza la esencia de esta etapa procesal, puesto que no se pasa por alto que el imputado tiene derecho a incorporar datos de prueba dentro del plazo constitucional o ampliación del mismo; pero es evidente que desconocen que esa petición se relaciona directamente con la facultad que tiene la defensa y el propio imputado para recabar datos de prueba los cuales deberán ser presentados al inicio de la continuación de la audiencia, operando el principio de contradicción; esto es, previo a que hayan recabado los antecedentes de investigación que consideren les favorecen o desvirtúan los existentes en la carpeta de investigación y recabados por el Ministerio Público, podrán presentarlos ante el juez de control, mediante la exposición oral de los mismos.

Siendo esta la esencia de la frase contenida en el artículo 315 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que dispone: La continuación de la audiencia inicial comenzará con la presentación de los datos de prueba aportados por las partes, sin que esto implique el desahogo ante el juez, puesto que, como ya se ha referido, únicamente se tendrán que sujetar a las reglas que ya se han precisado a lo largo de esta exposición, ya que la esencia del desahogo de un medio probatorio se concreta en la etapa de juicio, salvo las excepciones de

prueba anticipada que opera, ante el juez de control; y que si bien, en algunos casos la ley dispone pueden desahogarse pruebas ante este juez, éstas deben haber sido justificadas, previo o al inicio de la audiencia; de resultar pertinentes, considerando que no toda prueba lo es y que, además, como ya se refirió las partes tuvieron la oportunidad dentro del plazo constitucional o ampliado de recabar sus datos para presentarlos oralmente ante el juez, salvo la excepción de los que requieren control judicial y que no serán desahogados ante el mismo, sino que, el Ministerio Público con la facultad que tiene al encontrarse en la etapa de investigación, podrá realizar las gestiones necesarias para recabar las mismas, en auxilio de la defensa, ya que su investigación debe ser imparcial, dando intervención incluso a la defensa y en casos excepcionales, debidamente justificados al caso concreto, podrán desahogarse ante el juez de control.

Lo anterior, hace patente que las partes no visualizan esta facultad y limitan el ejercicio que tienen en tratándose de actos de investigación, facultad que la ley les confiere y por tanto, el ofrecer y solicitar que en este plazo se desahoguen medios de prueba, rompe con la esencia del proceso acusatorio, ya que si hacemos un análisis estricto, el desahogo de estos medios de prueba, podría equipararse a una prueba anticipada, ya que el desahogo de medios de

prueba en esta audiencia inicial se sujeta a las que operan para el desahogo de pruebas en juicio, puesto que basta con observar cómo se desahoga una prueba en audiencia inicial y los requisitos que exige la prueba anticipada, consistentes en que sea practicada ante el juez de control, a petición de parte, quien deberá justificar porque debe realizarse el desahogo de ésta anticipadamente al juicio, que existan motivos fundados y de extrema necesidad para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; siendo ésta la única diferencia que se observa, dado que se desahogan con las reglas del juicio.

Por ello se reitera que, una prueba sólo puede ser desahogada previo al juicio y ante el juez de control, única y exclusivamente bajo estos supuestos, que incluso también tienen limitaciones, puesto que, de dejar de subsistir la causa que dio origen a su desahogo implicará el desahogo en juicio.

De ahí que se cuestione ¿por qué hay quienes consideran que en el plazo constitucional o su ampliación deban desahogarse pruebas, bajo el concepto de dato de prueba?, el cual rompe con la definición propia de la norma y la naturaleza de su obtención, ya que al hacerse se considera se invaden esferas de una prueba anticipada, cuya naturaleza es distinta y que impacta el desarrollo de las audiencias iniciales en el sistema procesal penal acusatorio, puesto que,

como ya se refirió, no se está limitando el ejercicio de defensa, sino reconduciendo la forma en que las partes deben de ajustar su actuar a los principios constitucionales que lo rigen, en lo particular el de contradicción, sin que se desconozca que, en casos excepcionales y debidamente justificados, pudiera desahogarse algún medio de prueba en esta audiencia, pero nunca bajo el argumento general de la defensa adecuada con la finalidad de que el juez de control celebre un juicio sumarísimo y pasar por alto que el juez en esa etapa no valora medios de prueba, pues sólo analiza la existencia de indicios razonables que permitan suponer la existencia del hecho y de que el imputado intervino en su comisión, así como la ausencia de excluyentes del delito, de tal forma que la propia norma dispone que podrán desahogarse medios de prueba siempre y cuando se encuentren justificados.

En todo caso, consideramos que una fuente de prueba que puede ser llevada ante el juez para que aporte un medio de convicción bajo las reglas del desahogo de pruebas que operan en juicio, puede ser por cuanto a acreditar excluyentes de delito, causas de extinción del mismo y la excepción que contiene la norma en cuanto a la imposición, modificación o revocación de medidas cautelares que impacta la esfera de derechos del imputado.

Otro aspecto relevante, que complica el sistema procesal acusatorio es el relacionado con la resistencia intelectual de las partes técnicas para aplicar de manera oportuna y sin desgaste institucional de recursos materiales y humanos, los mecanismos alternativos de solución de controversias, en lo particular, las salidas alternas y la forma de terminación anticipada del proceso (procedimiento abreviado), pasando por alto que éstos, son derechos exclusivos de las víctimas u ofendidos e imputados y acusados, lo que se traduce en que, si bien es cierto, la asesoría técnica que pueden brindar los asesores jurídicos y los defensores, es relevante e indispensable en el proceso, para que éstos conozcan su naturaleza y sus consecuencias, lo cierto es que la determinación de optar por éstas corresponde precisamente a los titulares de éste derecho, que son las víctimas u ofendidos y los imputados o acusados, quienes deben de conocer las ventajas de estas figuras procesales, que incluso en algunos criterios emitidos por el Poder Federal, se consideran derechos fundamentales, las cuales muchas de las veces no son explicadas, ni siquiera consideradas por los asesores y defensores, y en tratándose del procedimiento abreviado ni por el Ministerio Público, dado que, al existir en la ley la disposición jurídica de que tendrá que ser él quien deberá proponerlo, genera actos de

investigación en la etapa complementaria y actuación de las partes, que la mayoría de las ocasiones ya no son consideradas, puesto que a petición de los imputados se insta al órgano ministerial a que proponga el procedimiento abreviado o en su caso, salidas alternas.

«... en una carpeta de investigación obran diversos antecedentes de investigación, que sirvieron para aportar datos de prueba, no implica que como antaño, deban ser ofertados todos los que en ella constan, dado que ahí es donde opera el punto fino de las estrategias de litigación, esto es, depurar la información con la que cuentan para que, partiendo de su teoría del caso, puedan ofertar única y exclusivamente los medios de prueba que den el resultado probatorio que buscan, respecto de la comprobación o no de la afirmación de la existencia del hecho relevante que la ley señala como delito y la intervención del acusado; destacando no las generalidades del hecho, sino el aspecto concreto inherente al delito, haciendo uso incluso de la figura procesal denominada “acuerdos probatorios”.»

Evidenciándose en la práctica, que en tratándose de la salida alterna relativa a los acuerdos reparatorios, las víctimas u ofendidos, presentan sus denuncias o querellas y en muchas de las ocasiones no conocen los alcances de esta figura ni las consecuencias jurídicas, puesto que la información que reciben es en el sentido que, de realizarlo se genera impunidad o que la persona imputada, no tendrá consecuencia jurídica alguna, que no quedará registro del mismo y que no existe repercusión alguna de ser autorizada e incumplida; puesto que lo equiparan al perdón, circunstancia que de ser subsanada podría dar lugar a que ésta salida alterna sea utilizada en muchos otros casos, lo que evitaría que en sede ministerial se realicen actos de investigación innecesarios.

Lo cual acontece también con la suspensión condicional al proceso y el procedimiento abreviado, ya que, una vez admitido el auto de vinculación a proceso, por lo que hace al primero de los mencionados, de cumplirse los requisitos de procedencia y de solicitarse incluso al concluir la audiencia inicial, podría evitar se continúe con una investigación complementaria, ya que se ha observado que se decreta el plazo de cierre de investigación complementaria y las partes, en ocasiones recaban algunos datos de prueba o incluso ninguna adicional a las ya existentes en la carpeta de

investigación y es hasta que ha fenecido dicho plazo, incluso después de formularse acusación, dar vista a las partes, que la víctima se constituye en coadyuvante, ofrece escrito de medios de prueba y estando en audiencia intermedia, que solicitan el diferimiento, a veces de más de una ocasión, de la citada audiencia para optar por estas formas de evitación a juicio.

Lo cual, si bien es cierto, es un legítimo derecho, la crítica es al hecho de que las partes, en la mayoría de los casos, la defensa y consecuentemente la víctima a través de su asesor jurídico no realizan la práctica de investigación para aportar datos de prueba, delegando la totalidad de esta al Ministerio Público, quien también, en muchos de los casos es mínima su nueva investigación, evidenciando las partes la nula existencia de una teoría del caso, puesto que, de existir, sería patente una investigación dirigida.

Ahora bien, la etapa intermedia y de juicio no son inmunes a esta problemática, ya que, como consecuencia de una incorrecta técnica e inexistencia de una teoría del caso, se continua con la práctica arraigada, propia del sistema mixto, que se justificaba por la existencia de la prueba preconstituida, la cual, daba lugar a que el juzgador al resolver en definitiva considerará las pruebas desahogadas en juicio y las recabadas en etapa de averiguación previa que constaran en el expediente; lo cual hoy ya no cobra vigencia en este

sistema y las partes no consideran, ya que, si bien es cierto en una carpeta de investigación obran diversos antecedentes de investigación, que sirvieron para aportar datos de prueba, no implica que como antaño, deban ser ofertados todos los que en ella constan, dado que ahí es donde opera el punto fino de las estrategias de litigación, esto es, depurar la información con la que cuentan para que, partiendo de su teoría del caso, puedan ofertar única y exclusivamente los medios de prueba que den el resultado probatorio que buscan, respecto de la comprobación o no de la afirmación de la existencia del hecho relevante que la ley señala como delito y la intervención del acusado; destacando no las generalidades del hecho, sino el aspecto concreto inherente al delito, haciendo uso incluso de la figura procesal denominada “acuerdos probatorios”.

Lo anterior puede constatarse, de observarse solo algunas audiencias intermedias, e incluso de Juicio Oral, en donde las partes, en lo particular el Ministerio Público, teniendo la carga de la prueba, e incluso la presentación de las fuentes de prueba para lograr el desahogo del medio de prueba, contrario a lo que ha precisado la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretende delegar su obligación de que sea el tribunal de enjuiciamiento quien haga comparecer a sus testigos a dicho tribunal, cuando la obligación

le es inherente a éste y a todas las partes, salvo las causas justificadas, pues de lo contrario, de no estar justificada su petición y no presentarlas, tendría como efecto el no desahogo de las mismas por causas atribuibles al oferente y por consiguiente su no valoración en sentencia.

Por otra parte, se observa que muchos de los medios de prueba que se ofertan podrían omitirse mediante los acuerdos probatorios, de los cuales no hacen uso las partes o bien, de forma irrelevante, eso sin considerar que, además hacen uso de la prueba superabundante, que en muchos casos debe ser limitada por el juez, ante la inobservancia de las partes, quienes incluso, al no entender esta categoría interponen recursos ordinarios y extraordinarios por considerar que se les afectan derechos fundamentales, cuando de realizarse el estudio de fondo, es evidente que esto no sucede.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que en algunos supuestos, se ha observado, que el desconocimiento de las reglas procesales en el sistema acusatorio, ha llegado al extremo de que asesores jurídicos o defensores al contestar la acusación ministerial, ofrezcan medios de prueba, nunca recabados en la etapa de investigación complementaria con la petición expresa de que el juez de control las admita en la audiencia intermedia, de intervención a instituciones públicas o reconozca la acreditación de peritos

particulares para que, en la etapa de juicio, sin operar el contradictorio sean desahogadas por el juez de juicio, lo que es propio del sistema mixto, ya que si bien es cierto, el juez puede tener intervención son casos excepcionalmente previstos en la ley y que deberá de ser en la etapa de investigación.

Finalmente, en la etapa de juicio, también nos enfrentamos ante una serie de problemas relacionados con el desahogo de las pruebas, e incluso de ofrecimiento de medios de prueba, no precisamente la llamada prueba nueva o de refutación, pero éstas, dada su complejidad y que merecen un análisis específico, serán materia de un diverso estudio.

Conclusiones

El sistema procesal penal acusatorio aún se encuentra en perfeccionamiento, pero sin duda no podemos desconocer las bondades y beneficios que éste trae a la sociedad; pues legitima el actuar del Estado, permitiendo que los gobernados confíen de nueva cuenta en nuestro sistema de justicia; éste inserta de manera puntual y adecuada los principios que tutelan los derechos fundamentales de todo ser humano, y por consiguiente, establece los lineamientos que debemos seguir los servidores públicos en los tres ámbitos del Gobierno y principalmente los sujetos del procedimiento penal, dentro de los

cuales se encuentran aquellos que tienen calidad de parte.

No obstante, los planteamientos realizados y que ponen en evidencia la problemática a la que hoy día nos enfrentamos, tienen como finalidad el concientizar a todos los operadores del sistema de lo que hoy día acontece, realizar una crítica constructiva con la finalidad de innovar y aceptar el cambio, así como subsanar la problemática planteada.

Quizá para algunos lo aquí expresado pudiera generar controversia, e incluso considerar que ciertos argumentos no se ajustan al contexto jurídico y quizá algunos de los criterios dominantes en el ámbito jurídico; sin embargo, valdría la pena considerarlos, ya que incluso, basta con analizar posturas inherentes al procedimiento abreviado, que evidencian opiniones diversas, puesto que hay quienes señalan que rompen con el principio de legalidad, pero no por ello, dejan de ser aplicables y lo más importante, eficaces en los objetivos buscados.

Hoy día es una realidad, que los operadores del sistema buscan capacitación de calidad, que les brinde las herramientas necesarias e idóneas, para poder llevar a cabo la función que desempeñan de manera óptima y acorde a los estándares que el Sistema Internacional y de derecho interno exigen; que aún y cuando existen deficiencias, también contamos con operadores preparados y en vías de lograr el objetivo; por lo

cual es importante la creación de instituciones de calidad que, partiendo del análisis de la problemática actual, den estructura al sistema procesal penal acusatorio, en el que cada día sean menos las complicaciones que se observen, que se recuerde que las víctimas, ofendidos e imputados son sujetos de derechos entre ellos ya señalados; y que las partes reconozcan la importancia y trascendencia de su intervención desde el inicio del procedimiento, que a la postre reducirá los recursos humanos y materiales y, principalmente generará mayor confianza de la sociedad.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- ACCATINO, Daniela, *Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho*. Curso Máster de Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, España 2017.
- CHOCONTA RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso, *Prueba Ilícita Penal. Derechos y Garantías Constitucionales*, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, Colombia 2014.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2007.
- MORALES MARÍN, Gustavo, *Ciencias de las Pruebas Penales. Sistema*

Acusatorio, Editorial Ibáñez, Bogotá 2014.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires 1964.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, 4ª edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2012.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal Federal.
Código Nacional de Procedimientos Penales.

Legislación Internacional

Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa.

Revistas

Bloque de constitucionalidad en México, Coedición Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las NACIONES UNIDAS para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal 2014.

SISTEMA PROBATORIO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Pedro TABOADA BAUTISTA*

«El campo de la prueba no es otro que el campo del conocimiento...
Las pruebas son la base de la justicia: excluir pruebas es excluir justicia»

Jeremy BENTHAM¹

SUMARIO: Introducción; I. Los Sistemas Procesales; II. La revolución procesal; III. Los sistemas de valoración de la prueba; Conclusión (un gran tema pendiente); Fuentes consultadas.

Resumen

Una de las reformas más importantes del país, que instauró el Sistema Procesal Penal Acusatorio y que modificó desde sus cimientos el sistema procesal penal, tuvo lugar el 18 de junio de 2008, en operación integral a partir del 18 de junio de 2016, dentro de las grandes modificaciones se encuentra el sistema de valoración de la prueba, en el presente trabajo haremos un repaso de los diversos sistemas procesales; la revolución que provocó la entrada en vigor del sistema acusatorio; la evolución de los sistemas de valoración de la prueba, para avocarnos finalmente al sistema regido por la sana crítica, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, apoyados en los conocimientos científicos, para finalmente establecer, lo que es para nosotros, un gran tema pendiente de la reforma, el tema probatorio.

* Licenciatura en *Derecho* y maestrante en *Derecho Penal* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Especialista en *Proceso Penal Acusatorio y Juicio Oral* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); Docente certificado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC); cuenta con la Certificación en Justicia para Adolescentes, otorgada por el Poder Judicial de la Federación; cuenta con diversos diplomados en Justicia para Adolescentes; Psicología Criminal y Docencia Jurídica; ha ocupado diversos cargos en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y actualmente es Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio, adscrito a la Unidad Especializada en Órdenes de Aprehensión y Cateos.

¹ Ver BENTHAM, Jeremy, *An Introductory View*, capítulo 1 y *Rationale of Judicial Evidence*, Parte III, Capítulo 1.

Conceptos clave

Sistemas procesales, sistemas de valoración, sana crítica, reglas de la lógica, máximas de la experiencia.

Introducción

Sin duda, la reforma en materia penal de 18 de junio de 2008 es una de las más importantes que haya tenido lugar en nuestro país, cambia todo un sistema de impartición de justicia, todo un sistema procesal, dejando atrás, o intentando hacerlo, el viejo sistema llamado ahora “tradicional”, inquisitivo reformado o denominado inquisitivo mixto por los procesalistas.

Se trata de un cambio que, con independencia de su génesis, resultaba necesario y urgente, las estructuras de las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia en el país presentaban un deterioro alarmante, por un lado se hablaba de cambios democráticos en la nación, sin embargo únicamente se jactaba esa democratización de las instituciones en el ámbito político, pero ¿dónde quedaba el proceso en general? y de manera acotada, ¿qué hacer para estrechar el vínculo entre un derecho penal sustantivo con el modelo de procedimiento penal?

La respuesta no resulta fácil, sin embargo es un hecho que el Sistema Procesal Mixto, imperante antes de la reforma de 2008, no correspondía a un estado democrático de derecho, consideramos que de nada sirven las garantías, que incluso han sido tema

de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del debido proceso, en relación con lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como la garantía de contar con un Juez natural, imparcial e independiente², separación entre el órgano acusador y el juzgador, incluso la oficiosidad en la acción penal, sino van acompañadas de aquellas garantías dirigidas a la formación de juicio, el derecho probatorio, que servirá para formar la convicción jurisdiccional, el desarrollo de una defensa técnica y adecuada, el cumplimiento de los principios del Sistema Procesal Penal Acusatorio, previstos en el artículo 20 Constitucional, así como la obligación de motivar los actos judiciales; al respecto, FERRAJOLI expresa: «tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad»³.

En el presente trabajo, nos avocaremos a dar una aproximación a la importancia que reviste el sistema probatorio en el proceso penal acusatorio, toda vez que la revolución

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N°107, párrafos 160, 170 y 171.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid 1995, p 537.

plasmada en la reforma de 2008, puesta en marcha en todo el país a partir del 18 de junio de 2016, implica, desde luego, una nueva forma de concebir el tema probatorio, pasamos de un modelo donde la inmediatez, entendida como dar valor probatorio a la primera declaración obtenida, por haber sido vertida con mayor cercanía al hecho cometido, a uno donde impera la inmediación, es decir, que los únicos medios de convicción para sustentar una sentencia, serán aquellos que sean desahogados en presencia del Juez o Tribunal de Juicio Oral, con las excepciones de prueba anticipada e irreproducible.

«... pasamos de un sistema de valoración tasado, donde las pruebas tenían ya un valor asignado legalmente, por uno basado en la libertad y la lógica, debiendo justificar debidamente el valor otorgado a las pruebas, teniendo como obligación el juzgador explicar y justificar su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios»

Al adoptar el Sistema Procesal Penal Acusatorio debemos familiarizarnos con términos que el *Código Nacional de Procedimientos Penales* distingue claramente, tales como datos de prueba, medios de prueba y prueba; este cambio también implica que las partes, de acuerdo a su respectivo rol, empleen estrategias novedosas, en relación con el sistema mixto, para sustentar sus respectivas teorías del caso, no obstante lo anterior, el tema probatorio no ha sido abordado con la debida suficiencia y pareciera ser un tema pendiente en la gran reforma del Sistema de Justicia Penal de nuestro país.

Lo mismo acontece en la labor jurisdiccional, pasamos de un sistema de valoración tasado, donde las pruebas tenían ya un valor asignado legalmente, por uno basado en la libertad y la lógica, debiendo justificar debidamente el valor otorgado a las pruebas, teniendo como obligación el juzgador explicar y justificar su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios⁴. Debido a todo este cambio, resulta preciso realizar un acercamiento a los sistemas procesales, a los sistemas de valoración de la prueba y finalmente abordar el tema del Sistema Probatorio en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, el cual resulta, en

⁴ Cfr. Artículos 259 y 265 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

nuestra consideración un tema pendiente, toda vez que exige una nueva forma de concebir el tema probatorio, aunado al cambio que representa también la labor jurisdiccional al examinar con un nuevo paradigma la información probatoria aportada por las partes, labor nada fácil, si tomamos en consideración el alto deber de los jueces, como lo refiere Sergio CASANUEVA REGUART:

Los jueces cumplen, dentro de la democracia, el deber del Estado de satisfacer una necesidad social de orden básico: la administración de justicia. De lo que se trata es que las instituciones tengan vitalidad y sirvan para el objeto para el cual fueron creadas. Sobre el mecanismo meramente visual de un principio político, debe prevalecer una razón de necesidad: la justicia social⁵.

I. Los Sistemas Procesales

Mucho se ha escrito respecto de las etapas del proceso, de sus principios, de los operadores, del rol de las partes, del sistema de audiencias, la dirección del proceso, de la regulación expresa y no tácita del principio de presunción de inocencia y sus tres vertientes, como estándar de prueba⁶, como regla de trato

procesal⁷ y como regla probatoria⁸, principio tutelado en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y objeto de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹, no es intención de este trabajo ahondar en dichos tópicos, sí en cambio resulta obligado hacer un repaso de los sistemas procesales penales, previo a pronunciarnos

sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 476, Libro 5, Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006091, bajo el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.

⁷ Cfr. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 497, Libro 5, Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006092, bajo el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.

⁸ Cfr. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 478, Libro 5 Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006093, bajo el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N°111, párrafos 152, 153 y 154.

⁵ CASANUEVA REGUART, Sergio, *El Juicio oral. Teoría y práctica*, Segunda Edición, Porrúa, México 2008, p. 17.

⁶ Cfr. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 26/2014 (10a.), de la Décima Época,

respecto de los sistemas de valoración probatoria y en particular del Sistema Probatorio en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, esto para contextualizar y concebir de mejor forma la óptica en cada sistema respecto de la prueba y la valoración de la misma.

I.1 Sistema Acusatorio

Es innegable que existe una estrecha relación entre los postulados políticos de una sociedad y su sistema procesal penal; el orden histórico determina que los primeros sistemas que surgieron fueron los de tipo acusatorio, bajo desarrollos consuetudinarios y vinculados con la diversidad de creencias y culturas vigentes en la época antigua.

El sistema acusatorio resulta propio de regímenes democráticos y liberales, donde la seguridad jurídica no es sólo un valor superior del ordenamiento jurídico, sino además un derecho fundamental, cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la seguridad jurídica, entre otros derechos de los ciudadanos, es la regla general y no la excepción, de acuerdo con este significado prevalente de la seguridad jurídica.

Así las cosas, sus raíces las encontramos en la Grecia democrática y la Roma republicana, en donde la libertad y la dignidad de quienes

tenían la categoría de ciudadano — recordemos, por ejemplo, que los esclavos no tenían ese estatus— ocupaba un lugar preponderante en la protección brindada por los cuerpos normativos.

Tomando en consideración para ello sus más sobresalientes características. Como característica primordial, la acusación resultaba indispensable, toda vez que sobre ella giraba el proceso, es decir, se hacía saber de manera clara y precisa al acusado los hechos por los cuales se pretendía someterlo a juicio; el Juez era un ente imparcial, no actuaba oficiosamente, su actuar estaba condicionado a la actuación de las partes, lo cual llevaban a cabo de manera oral, pública y se privilegiaba la contradicción; los procesos eran de instancia única, toda vez que el juzgador era elegido por el pueblo y tenía buena fama reconocida y alto valor moral, sus resoluciones eran inatacables.

Respecto del tema que nos atañe, la pasividad del juzgador daba a las partes amplia libertad para aportarle argumentos y probanzas; las posturas encontradas de las partes permitía una mejor búsqueda de la verdad real acontecida, en general, el Tribunal se involucraba poco con las tesis de una y otra de las partes, limitándose a oírlas, al igual que a los testigos y presenciar la recepción de las otras pruebas necesarias para demostrar el suceso fáctico controvertido.

El debate se desarrollaba en lugares públicos, por lo que el principio de publicidad permitía al pueblo verificar la forma en que los órganos administraban justicia.

Respecto de los antecedentes en nuestro país, cabe mencionar que los aztecas tenían procedimientos orales; la justicia se daba sin que se observaran formalidades; los encargados de impartirla eran los caciques o tlatoanis, quienes fungían como jueces y resolvían cuestiones judiciales en asamblea, aunque en algunas ocasiones la decisión la tomaba el jurado¹⁰.

El procedimiento era oral, a veces mediante jeroglíficos, las principales sentencias eran registradas mediante pictografía. Un proceso no duraba más de 80 días, y posiblemente los entonces llamados *teplantoatani* fungieran como un abogado lo hace hoy. Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos, a veces la documental y posiblemente el juramento liberatorio. En los delitos más graves, el juicio era más sumario

y con menos facultades para la defensa¹¹.

I.2 Sistema Inquisitivo

Surge principalmente en la Edad Media, en una época oscurantista propia de sistemas feudales y monárquicos, identificado con el derecho eclesiástico y con características de regímenes políticos absolutistas, rígidos y tiránicos.

En este sistema, los “derechos” de las partes, en especial del imputado, eran disminuidos enormemente por el Estado, el imputado no era visto como un sujeto del proceso, era el objeto del mismo, al Juez se erigía en “amo” del procedimiento —él era la garantía de imparcialidad y de la búsqueda de la justicia—, y para lograr la justicia se permitía toda clase de excesos.

Se suprimía toda garantía de imparcialidad y el Juez actuaba preponderantemente de manera oficiosa, imperaba la secrecía, la investigación quedaba en reserva, el secreto permitía investigar al inquisidor sin los “obstáculos” que pudiera interponer la defensa, si no le estaba permitido conocer el contenido del expediente, menos podría ejercer los derechos propios de la defensa, la tortura se legitimó para arrancar la confesión, que se erigía como “reina de todas las pruebas”.

¹⁰ HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Rubén, *Poder judicial y justicia*, Revista Jurídica, Poder Judicial de Nayarit, México, disponible en: [<http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal//revistas/revista5.pdf>], consultada en 2017-04-17.

¹¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Esfinge, México 2010, p. 32.

La defensa perdía toda importancia, durante toda la instrucción el imputado quedaba a merced de los poderes del instructor, al denunciante o acusador le estaba vedada cualquier actuación, ya que el Juez sustituía al acusador y se constituía en garantía del imputado, por tanto no existía el principio de contradicción.

En cuanto al tema probatorio, era facultad exclusiva del Juez ubicar, recibir y valorar la prueba, la simple delación anónima resultaba más que suficiente, incluso, para efectos de constatación o prueba, insistimos, la confesión del reo resultaba indispensable, el juez no podía establecer una condena si no había logrado la confesión absoluta del procesado. La decisión no se adoptaba sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales, principalmente, por un tasamiento preestablecido, es decir, merecían valor probatorio pleno en sí, y por sí mismos.

Los principios del sistema inquisitivo son diametralmente opuestos a los del sistema acusatorio. La oralidad, la publicidad y la contradicción son sustituidos por la escritura, la opacidad, la secrecía y la no contradicción.

La doble instancia era posible en este sistema y resultaba una necesidad, pues si la justicia se administraba en nombre de otro — Dios, Monarca, Emperador— el

verdadero titular de la función debía tener la posibilidad de revisar lo que en su nombre se hubiera hecho, ello era factible, pues todo lo actuado constaba en un expediente.

I.3 Sistema mixto

Posteriormente, conforme a las influencias humanizadoras propias de la Revolución Francesa de 1789 surgieron los sistemas clásico-liberales, distinguidos por una mezcla de características acusatorias y principios propios del modelo inquisitivo, lo que implicó la incorporación de diversos mecanismos de garantía y defensa.

Se le conoce también como *sistema inquisitivo reformado*, que como dijimos, se consolida con los ideales de la Revolución Francesa, (Libertad, Igualdad y Fraternidad) que quedaron sintetizados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El legislador napoleónico se esforzó por encontrar un procedimiento penal que, tomando lo mejor de los anteriores, se constituyera en un medio eficaz para la represión de los delitos; así las cosas, en 1808 la Asamblea Francesa sancionó el Código de Instrucción Criminal; dicho ordenamiento dividió al proceso penal en dos fases:

- a) Una secreta y preponderantemente escrita, que comprendía la instrucción y;
- b) El juicio, que comprendía la oralidad.

La instrucción tenía valor preparatorio, existía separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgador, pugnaba por la garantía de inviolabilidad de la defensa, el juez no era un mero expectante de la contienda, pues tomaba contacto directo con las partes y la prueba y dirigía el procedimiento, se eliminó la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación.

La instrucción en el sistema mixto no se iniciaba de oficio, requería de una excitación del órgano jurisdiccional, que al propio tiempo servía al imputado para adquirir conocimiento sobre los hechos que se le atribuían y así plantear la defensa. A la instrucción tenían acceso pleno todas las partes y a ellas les estaba autorizada su intervención en las diligencias probatorias; además todo lo actuado en la instrucción sólo tenía valor preparatorio en relación con el juicio, etapa ésta en la que debía reproducirse totalmente la prueba que habría de servir al juzgador para resolver el asunto.

Este sistema mixto se dividía a su vez en dos periodos, el primero que comprendía hasta el último tercio del siglo XIX, donde la instrucción era escrita, en absoluto secreto, existía encarcelación preventiva y segregación del inculcado, la dirección de la investigación corría a cargo de una fiscalía, existía un intervalo arbitrario entre los actos, el procedimiento siempre era analítico y

la decisión era secreta y escrita, con o sin defensa.

El segundo periodo inició a finales del siglo XIX, en este lapso se privilegiaba la publicidad, el reo de *inquisito*, (sometido a investigación judicial) se convirtió en *acusato*, (acusado, tenía conocimiento de la acusación en su contra) cesó el análisis y comenzó la síntesis, existía libre comunicación entre el justiciable y su defensor y el proceso entero se repetía en audiencia pública.

Los actos del procedimiento escrito no eran válidos si no se producían en el procedimiento oral, en audiencia pública el acusador debía reproducir y sostener la acusación, el acusado sus descargos y el defensor exponía sus razones, debía leerse la sentencia en público y toda actuación debía seguirse sin interrupción, esto es, sin desviación a otros actos.

II. La revolución procesal

¿Por qué revolución?, porque toda revolución implica un cambio, y el Sistema Procesal Penal Acusatorio sin duda nos hace cambiar toda la concepción del proceso penal que teníamos desde el siglo antepasado, implica una renovación de forma y fondo, no solo a nivel de recursos materiales, también personal y psicológico, implica que los operadores del sistema deben dar una vuelta a la página y romper con todos los esquemas conocidos y tener una apertura al cambio, entender los

principios rectores del Sistema Procesal Acusatorio y aplicarlos en consecuencia.

Esta dinámica de cambio implica que las partes deben tener una nueva visión y perspectiva con la forma de investigar, recabar los datos de prueba que más adelante pretenderán elevar a la categoría de prueba al ser desahogadas ante el Tribunal de Enjuiciamiento en la etapa de Juicio Oral, dinámica que exige que las partes manejen técnicas de litigación propias del sistema acusatorio, así como estrategias de debate probatorio, al respecto el maestro Carlos CANO JARAMILLO expresa:

Como el proceso tiene su complejidad y especialidad profesional, se necesita de abogados competentes para que con su saber técnico ejerzan la defensa o representen a las víctimas. De manera concreta puedan participar en la práctica de las pruebas, en los interrogatorios y contra-interrogatorios, en las diferentes audiencias, en el debate del Juicio Oral, en la controversia de la prueba, en suma, en todo el ejercicio dialéctico de persuadir, contradecir e impugnar¹².

Efectivamente, este cambio que manifestamos de manera recurrente, implica cargas y obligaciones para las partes procesales, por lo que hace al

¹² CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, Editorial Ibáñez, Bogotá 2007, p. 32.

Ministerio Público, el segmento fáctico que llevará ante el Juez con su pretensión punitiva deberá subsumirse a un tipo penal, si no es así no tendrá un hecho penalmente relevante; si los hechos resultan típicos, pero no cuenta con un segmento probatorio idóneo, pertinente y suficiente, sólo tendrá un relato de hechos; en cambio, si cuenta con un segmento fáctico, que encuadre en un tipo penal y esté soportado debidamente con un segmento probatorio, tiene un caso penalmente relevante que podrá sostener ante la presencia judicial y estará fortalecido para ser sometido al contradictorio.

Por su parte, la defensa, necesita forzosamente una estrategia, una forma de conducirse metodológicamente en el proceso, es decir, una teoría del caso, recordemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que se cuente con una defensa técnica y adecuada, la cual debata debidamente la pretensión punitiva del órgano ministerial para efecto de lograr la absolución de su patrocinado, o al menos, promover lo más favorable para su cliente¹³; se ha establecido la

¹³ En esta parte resulta procedente hacer énfasis en otro de los cambios del Sistema Procesal Penal Acusatorio, que instaura los Medios Alternos de Solución de Controversias, a efecto de que no todos los asuntos transiten por todas las etapas del proceso hasta desembocar en la de Juicio Oral, para ello se prevén los

posibilidad de que la defensa sea de refutación o también llamada pasiva, lo cual de manera alguna implica que no acuda a las etapas del proceso debidamente preparada.

En síntesis, el cambio implica una forma de operación diametralmente opuesta al sistema inquisitivo mixto, donde cada una de las partes cumple una función determinada y soportan el peso de su buena o mala actuación, el Sistema Procesal Penal Acusatorio desnuda las malas prácticas, la falta de preparación del caso, las falacias y respecto del tema probatorio, al no existir pruebas pre constituidas y ser sometidos los órganos de prueba a los principios de contradicción, intermediación, publicidad, están sujetos a un verdadero escrutinio por parte del órgano jurisdiccional, quien deberá justipreciarlos de acuerdo al sistema de valoración de la prueba, propio del Sistema Acusatorio.

III. Los Sistemas de Valoración de la prueba

El tema de la prueba, en cualquiera de las ramas del derecho es muy importante, ya que todo proceso judicial depende estrictamente de la prueba, lo mismo acontece con las determinaciones judiciales, las mismas son adoptadas de acuerdo a

Acuerdos Reparatorios, la Suspensión Condicional del Proceso y como forma de terminación anticipada del proceso, el Procedimiento Abreviado.

la actividad probatoria desplegada por las partes, la motivación que rige la actividad jurisdiccional, por mandato del artículo 16 Constitucional, debe sostenerse ineludiblemente por la prueba conocida y debatida en la etapa respectiva del proceso¹⁴. Casimiro Varela, afirma: «sin la prueba, el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de un conflicto de manera racional»¹⁵.

A efecto de guardar congruencia en el ámbito cronológico, nos referiremos a los sistemas de valoración probatoria de acuerdo a su aparición histórica, esto acorde a los sistemas procesales de los que nos ocupamos al inicio del presente trabajo.

Tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conocen:

- a) El de la íntima convicción;
- b) El de la prueba legal, tarifario o tasado y;

¹⁴ Con datos de prueba en la etapas previas al juicio y con pruebas ante la etapa de Juicio Oral, sometidas al contradictorio ante el Tribunal de Enjuiciamiento.

¹⁵ VARELA, Casimiro, *La Valoración de la Prueba*, p. 20, citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Víctor Zavalía Editores, Buenos Aires, Argentina 1976.

- c) El de la libre convicción o sana crítica racional¹⁶.

«... el Sistema Procesal Penal Acusatorio desnuda las malas prácticas, la falta de preparación del caso, las falacias y respecto del tema probatorio, al no existir pruebas pre constituidas y ser sometidos los órganos de prueba a los principios de contradicción, inmediatez, publicidad, están sujetos a un verdadero escrutinio por parte del órgano jurisdiccional, quien deberá justipreciarlos de acuerdo al sistema de valoración de la prueba, propio del Sistema Acusatorio.»

¹⁶ Si bien los dos primeros sistemas de valoración son extensos y cada uno de ellos podría ser tema de un trabajo independiente, únicamente mencionaremos los aspectos más importantes de ellos, para centrarnos en la libre convicción o sana crítica racional, que es el sistema de valoración probatoria propio del Sistema Procesal Penal Acusatorio.

III.1 Sistema de íntima convicción

El sistema de la íntima convicción resulta propio del sistema acusatorio clásico, está basado en un sistema en el que el Juez es reconocido como una persona honorable, con valores morales fuertemente arraigados y que guardaba reconocimiento de la sociedad, al ser propio de un sistema desformalizado, no se establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, no se le exige la obligación de fundamentar sus decisiones judiciales, su determinación descansa sobre el principio de confianza y la racionalidad exigida a todos los hombres.

Este sistema de valoración es propio de los jurados legos y populares.

III.2 Sistema de la prueba legal, tarifaria o tasada

En este sistema, propio del sistema inquisitivo y del inquisitivo reformado o inquisitivo mixto, la ley procesal pre-fija, de modo general, el valor de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Rigió principalmente en épocas de desconfianza, de escasa libertad

política, consiguientemente de ataduras judiciales, sin embargo, paradójicamente fue concebido para darle una cierta “garantía” al imputado, como contrapeso a los poderes omnímodos otorgados a los jueces (recordemos que incluso el órgano de juzgamiento podía recabar las pruebas que considerara convenientes) en todo el procedimiento previo.

DEVIS ECHANDÍA refiere que este sistema sujeta «al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba...»¹⁷.

El sistema de valoración tasado, impide que el juzgador lleve a cabo una de las labores más importantes e inherentes a su función, realizar verdaderos juicios de valor, ya que actúa de manera automatizada al emitir sus determinaciones, sin posibilitar el razonamiento lógico, sustituyéndolo por uno meramente formal.

III.3 Sistema de la libre convicción o sana crítica racional

La sana crítica como criterio de valoración de la prueba tiene sus

orígenes ¹⁸ en el Reglamento del Consejo Real Español, el cual establecía que el Consejo debía apreciar: «según las reglas de la sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de las declaraciones.»

«El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que el órgano jurisdiccional motive debidamente sus resoluciones, basándose en las consideraciones extraídas de las pruebas aportadas por las partes, que serán, invariablemente, la parte toral de su determinación, así entonces se observan los principios del debido proceso y del derecho de defensa.»

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2000, p. 64.

¹⁸ SARTORIO, José, *La Prueba de Testigos en el Procedimiento Federal*, Editorial Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1945, p. 184.

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que el órgano jurisdiccional motive debidamente sus resoluciones, basándose en las consideraciones extraídas de las pruebas aportadas por las partes, que serán, invariablemente, la parte total de su determinación, así entonces se observan los principios del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, se evita incurrir en la arbitrariedad.

Este sistema, en apariencia, carente de reglas jurídicas para que el juez llegue al convencimiento, impone el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el órgano jurisdiccional arribe a sus conclusiones valorando la eficacia de la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (conocimientos otorgados a través de las diversas ramas del conocimiento, allegadas a través de las diversas opiniones periciales) y la experiencia común (constituida por conocimientos aceptados comúnmente por la

colectividad y con gran acercamiento a la generalidad).

La sana crítica es un estándar flexible referido a la sensatez del juzgador, que obliga a este a ponderar la prueba rendida con un criterio adecuado a las leyes de la razón humana (lógica) y al conocimiento que como hombre posee de la vida (máximas de la experiencia), de tal suerte que las conclusiones que de aquélla extraiga no sean exclusivamente singulares y subjetivas sino que puedan ser compartidas por terceros.

Este sistema es el más conveniente de valoración, no sacrifica el convencimiento del juez sometándolo a la nociva valoración tasada y por otro prohíbe una valoración absurda o caprichosa.

«El juez, en esa tarea, apreciará todos los medios probatorios actuados, los confrontará unos con otros, establecerá la congruencia o incongruencia entre unos y otros, hasta llegar al convencimiento de la certidumbre de los hechos materia de la controversia»¹⁹.

GARCÍA MÁYNEZ refería que:

«La lógica del derecho comprende tres grandes partes: doctrina del juicio, doctrina del concepto y doctrina del raciocinio jurídico; por lo que agrega que a diferencia de la

¹⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, Editora Jurídica GRIJLEY, Primera Edición, Lima 2000, pp.53-54.

lógica pura, que analiza la forma de los juicios enunciativos, de sus elementos conceptuales y de las inferencias en ellas basadas, la del derecho es el estudio sistemático de la estructura de las normas, los conceptos y los razonamientos jurídicos²⁰.

«A fin de explicar debidamente en qué consiste este sistema de valoración, que exige que el Juez motive las determinaciones, es decir, que manifieste las razones por las cuales arribó a uno u otra determinación, resulta imperioso ocuparnos de las reglas de la sana crítica, las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, pilares fundamentales para soportar un veredicto.»

A fin de explicar debidamente en qué consiste este sistema de valoración, que exige que el Juez motive las determinaciones, es decir, que manifieste las razones por las cuales arribó a uno u otra determinación, resulta imperioso ocuparnos de las reglas de la sana crítica, las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, pilares fundamentales para soportar un veredicto.

a) Las reglas de la sana crítica.

Se entiende por sana crítica, a las pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta las leyes lógicas del pensamiento) y argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que demuestra o repite, en los autos, la convicción formada en base a aquéllas, pero, una sana crítica por parte del juez, no implica solamente que éste pueda valorar las pruebas de la manera que mejor estime, así vaya acompañado de lógica y de la experiencia, sino que también está en la obligación de justificar dicha actividad.

Así, la valoración de la prueba debe estar presidida y regirse según criterios de racionalidad, tanto común como científica, debidamente aceptadas dentro de la comunidad, pero en especial debe encontrarse debidamente justificada tanto en la

²⁰ GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Ediciones Fontamara, México 1994, p. 7.

valoración individual como en la valoración conjunta.

Al motivar la decisión judicial, no sólo debe mencionarse el elemento probatorio en el que se apoya la determinación, debe además manifestarse cuál fue la valoración crítica para establecer que efectivamente dicho elemento probatorio tenía eficacia, es decir, debe evidenciarse la idoneidad del mismo para sustentar la determinación jurisdiccional.

Al respecto, la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito ha establecido que la sana crítica: «Debe entenderse como el adecuado entendimiento que implica la unión de la lógica y la experiencia, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento a través de procesos sensibles e intelectuales que lleven a la correcta apreciación de los hechos»²¹.

b) Las reglas de la lógica.

Sustentan la validez formal del juicio de valor contenido en la resolución que emita el juez, permiten evaluar si el razonamiento es formalmente correcto, es decir, si no se ha transgredido alguna ley del pensar.

²¹ Tesis: I.4o.C. J/22, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página: 2095, Agosto de 2006, Tomo XXIV, del SJF y su Gaceta, el número de registro 174352, bajo el rubro, SANA CRÍTICA. SU CONCEPTO.

Sus características son su validez universal y la legitimación formal que le otorga a la valoración efectuada por el juez.

Se clasifica la lógica en analítica y dialéctica, la primera plantea que, en un razonamiento, partiendo de afirmaciones necesariamente verdaderas se llega a conclusiones que también deben ser verdaderas. Sobre la segunda se precisa que estudia aquellos métodos que conducen el razonamiento en las discusiones o controversias, buscando persuadir, convencer o cuestionar la afirmación sostenida por el contrario.

«...la valoración de la prueba debe estar presidida y regirse según criterios de racionalidad, tanto común como científica, debidamente aceptadas dentro de la comunidad, pero en especial debe encontrarse debidamente justificada tanto en la valoración individual como en la valoración conjunta.»

Respecto a las reglas de la lógica, éstas tienen directa relación con el sentido común y la coherencia que debe contener una resolución judicial, por ello es que se requiere que los jueces tengan el atributo de la sindéresis, que de acuerdo a la Real Academia Española es: «la capacidad natural para juzgar rectamente»²².

El razonamiento lógico se funda, precisamente, en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, cuyo cumplimiento, formal, llevan a la certeza como propósito del trabajo intelectual, es decir, determinan su estructura y garantizan la producción de la verdad formal del proceso cognoscitivo, para llegar a la verdad material que debe surgir de los hechos.

Debemos establecer que las reglas de la lógica se construyen a través de principios que rigen el razonamiento correcto, de allí que toda ponderación que tenga pretensión de validez debe ser realizada de manera tal que no afecte los siguientes principios:

1) *El Principio de Contradicción*

El cual nos dice que no se puede afirmar y negar una misma cosa respecto de algo al mismo tiempo. Se trata entonces, que dos enunciados que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos a la vez

²² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en: [<http://dle.rae.es/?id=XxWHhu4>], consultada en: 2017-04-16.

verdaderos, es decir, si se afirma algo de alguna cosa o sujeto, quien la afirma no puede a la vez negarlo, refiriéndose a la misma cosa o sujeto, bajo la misma situación o la misma relación; porque al afirmarse y negarse lo mismo de la misma cosa o sujeto, la afirmación o la negación debe ser falsa.

2) *El Principio del tercero excluido*

El mismo establece que dos proposiciones que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambas falsas. Así tenemos que si es verdadero que X es A, es falso que X no sea A, entonces se sostiene la verdad de una proposición y la falsedad de la otra; establece que entre dos proposiciones de las cuales una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera.

Entre la afirmación y la negación no hay una tercera posibilidad; la verdad debe surgir de los dos extremos planteados: ya sea en la afirmación o la negación.

3) *Principio de identidad*

Se sustenta en que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; esto es que una cosa sólo puede ser idéntica a sí misma.

La importancia de este principio lógico radica en que no sólo se aplica a la identidad de los objetos en sí mismos sino, también, a la identidad de los conceptos en sí mismos. En este sentido, el principio de identidad, como principio lógico, alcanza el

ámbito de la deducción, porque al afirmarse, por ejemplo, que el hombre es moral, se afirma una identidad entre el hombre y la moralidad, por lo que cada vez que haya que referirse a un hombre, debe referirse a un ser moral.

MIXAN MASS sobre este principio dice: «En el proceso de raciocinio preciso todo concepto y juicio debe ser idéntico a sí mismo...Es, pues, inadmisibles cambiar arbitrariamente una idea por otra, de hacerlo, se incurre en suplantación de concepto o de suplantación de tesis»²³.

4) Principio de razón suficiente

LEIBNIZ, citado por Ghirardi OLSEN establecía que: «ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo»²⁴.

Se considera a este principio como un medio de control de la aplicación de la libre apreciación de la prueba pues se exige una adecuada motivación del juicio de valor que justifique la decisión del juez.

El principio de razón suficiente se aplica al ser y, entonces, es el principio por el cual se establece la razón de ser de las cosas; se aplica al devenir, es decir a la sucesión de

hechos en el tiempo y, entonces, se le llama principio de causa o causalidad; se aplica al conocimiento, es decir que por el principio de razón suficiente fundamos nuestro conocimiento; se aplica a la relación entre la voluntad y el acto, en cuyo caso se transforma en principio de motivación o en el principio del motivo.

c) Las reglas de la experiencia
DEVIS ECHANDÍA, sobre las reglas de la experiencia, precisa que no es objeto de prueba judicial,

... sino reglas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se les explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o indirectamente a través de las explicaciones que le den los expertos o peritos que conceptúan sobre los hechos del proceso (cuando se requieren conocimientos especiales)...Es decir, esas reglas o máximas, le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes, o porque se las suministre el perito técnico²⁵.

²³ MIXAN MASS, Florencio, *Lógica para Operadores del Derecho*, Primera Edición, Ediciones BLG, Lima 1998, p.13.

²⁴ GHIRARDI, Olsen, *Lógica del Proceso Judicial*, Editora Córdoba, Córdoba, Argentina 1992, p. 83.

²⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Op. Cit.*, pp. 81-82.

«Las máximas de la experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba, porque el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales»²⁶.

«... es menester explicar que las máximas de la experiencia no deben ser entendidas como una experiencia personal del juzgador, es decir, el órgano jurisdiccional no puede motivar su determinación interpretando la ley bajo el argumento de "su" experiencia, las máximas de experiencia se trata de conocimientos generalizados, con base a determinada experiencia, experiencia general de vida o especiales conocimientos en la materia.»

Sobre este punto es menester explicar que las máximas de la experiencia no deben ser entendidas como una experiencia personal del juzgador, es decir, el órgano jurisdiccional no puede motivar su determinación interpretando la ley bajo el argumento de "su" experiencia, las máximas de experiencia se trata de conocimientos generalizados, con base a determinada experiencia, experiencia general de vida o especiales conocimientos en la materia.

Las máximas de la experiencia no son reglas en sí mismas sino valores aproximados, por lo que no pueden suplir ni sustituir la prueba sino que se manifiestan como un elemento esclarecedor en la tarea interpretativa del juzgador, que en caso de su manifestación, la máxima de experiencia debe exteriorizarse y expresarse en la decisión judicial a fin de dar permisibilidad de controvertir o verificar, mediante posibles juicios generales de valor, la expresión de la máxima; es decir, no puede limitarse el principio de contradicción entre partes, hacerlo así rompería precisamente la esencia de la sana crítica basada en el razonamiento lógico, insistimos las máximas de la experiencia no puede imponerlas el juzgador desde su experiencia personal, para que la determinación judicial se encuentre legitimada debe descansar en una experiencia con aproximación a la generalidad.

²⁶ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981, p. 272.

Por último, no debemos olvidar que el juez también debe apoyarse en los conocimientos científicos, los cuales primordialmente son aportados por los peritos, a través de un peritaje, que es una actividad humana de carácter procesal, desarrollada en virtud de encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos y mediante la cual se suministran al Juez argumentos y razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos, también especiales, cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente y requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos o, simplemente, para su apreciación e interpretación. Luego, la peritación cumple con una doble función, que es, por una parte, verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del Juez y de la gente, sus causas y sus efectos y, por otra, suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del Juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente.

De manera tal que, una vez que el perito produzca la prueba correspondiente ante el Juez o Tribunal, el órgano jurisdiccional, a través del resto de principios, es decir, de las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia, determine el valor de dichas probanzas.

Fin del Sistema de valoración

Ahora bien, la sana crítica, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, como sistema de valoración en el Sistema procesal Penal Acusatorio, ¿qué fin tiene?, precisar el mérito que el mismo pueda tener para brindar certeza al Juez, en este sentido, su valor puede ser positivo o negativo. Entonces, debido a la valoración podrá el juez determinar si la prueba ha cumplido su fin propio, esto es verificar su resultado; para ello debe realizarse una valoración individual de cada prueba, ya que cada una nos da una porción del hecho típico, sin embargo al realizar una valoración conjunta, mediante la concordancia o discordancia, permiten al juzgador apreciar todo el panorama, todo el contexto del hecho puesto en su consideración, verificando además su idoneidad, pertinencia, eficacia y suficiencia, sustentando su razonamiento lógico, pues es requisito que toda decisión tomada sea motivada por medio de la exposición de términos precisos y claros.

Conclusión (un gran tema pendiente)

El sistema de valoración basado en las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de la experiencia, apoyadas en los conocimientos científicos exige una nueva concepción de los operadores del Sistema Procesal Penal acusatorio respecto de dicho tópico; sin duda, como dijimos al inicio del presente, la reforma en materia penal implica una transformación muy importante en el ámbito jurídico nacional, es verdad que en 2011 tuvo lugar la reforma en materia de Derechos Humanos, parteaguas para nuestro país en esa materia, que marcó el inicio de una nueva época, de una nueva reflexión en la interpretación de las normas, no sólo nacionales, sino aquellas relacionadas con protección de Derechos Humanos en el ámbito internacional, sin embargo en nuestro concepto, la reforma en materia penal es la más relevante de los últimos tiempos, exigió que las partes procesales rompieran una concepción del modo de administrar e impartir justicia, concibiendo la justicia penal de manera novedosa, con apertura a la innovación de figuras procesales, de roles, de obligaciones y sin duda retos.

La sociedad exige cambios de fondo en las instituciones, transparencia, rendición de cuentas, que las autoridades den la cara y justifiquen su actuar; los principios de publicidad, contradicción,

concentración, continuidad e inmediación que rigen el Proceso Penal Acusatorio, permean en todas y cada una de las actividades de los protagonistas del sistema, rigen todos y cada uno de los actos procesales, incluido por supuesto el tema probatorio.

En el foro, en las salas de audiencias, hemos observado en la práctica cotidiana, que precisamente el tema probatorio es un gran tema pendiente de la reforma, se ha asimilado la teoría del caso, la investigación inicial y complementaria, el auto de vinculación a proceso, el debate de medidas cautelares, plazo de cierre de investigación, la audiencia intermedia y las implicaciones técnicas de la misma, incluso la etapa de juicio oral, las salidas alternas, el procedimiento abreviado, sin embargo, los conceptos, dato de prueba, medio de prueba y prueba, autenticación e incorporación de los medios de prueba, las técnicas de litigación para presentar las pruebas, los interrogatorios, contrainterrogatorios, objeciones, aún no han alcanzado la comprensión de algunos operadores, lo cual sin duda representa desmerito en la presentación de la teoría del caso (del Ministerio Público y de la Defensa).

Por ello, consideramos que resulta imperante ocuparse del Sistema Probatorio en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, el cual es extremadamente extenso e imposible

de abarcar en unas cuantas líneas, debemos remitirnos al derecho comparado a efecto de comprender términos novedosos, (para nuestro contexto) pero profundamente arraigados en diversos sistemas como el *common law* o el sistema anglosajón²⁷, más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*); causa probable (*probable cause*); carga de la prueba (*burden of proof*); entre otros, lo que queremos decir es que, al resultar el tema probatorio fundamental para sustentar las afirmaciones de las partes y ser la base de las determinaciones judiciales, debemos ser acuciosos con dicho tema, comprenderlo debidamente, manejarlo adecuadamente en el sentido práctico y adecuar las prácticas procesales acorde a sus postulados, debemos entender que las pruebas se rigen por los principios de inmediación, publicidad, contradicción, libertad probatoria, legalidad, unidad, entre otros; una vez que logremos comprender y aplicar a cabalidad el tema probatorio en el Proceso Penal Acusatorio, habremos dado un paso muy importante para consolidarlo,

²⁷ Resulta un error común emplear el concepto anglosajón indistintamente, tanto para el sistema inglés, como para el norteamericano, el derecho anglosajón es el nacido en Europa, específicamente en Inglaterra durante el siglo XIII, el norteamericano, en cambio, surge en el siglo XVII durante la colonización en el continente americano.

recordemos que, en nuestro país, el sistema procesal penal está en una curva ascendente de aprendizaje y en constante construcción, pensar que el mismo ya está consolidado resultaría un retroceso.

«...debemos entender que las pruebas se rigen por los principios de inmediación, publicidad, contradicción, libertad probatoria, legalidad, unidad, entre otros; una vez que logremos comprender y aplicar a cabalidad el tema probatorio en el Proceso Penal Acusatorio, habremos dado un paso muy importante para consolidarlo, recordemos que, en nuestro país, el sistema procesal penal está en una curva ascendente de aprendizaje y en constante construcción, pensar que el mismo ya está consolidado resultaría un retroceso.»

Fuentes consultadas

Bibliografía

- CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, Editorial Ibáñez, Bogotá 2007.
- CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, Primera Edición, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima 2000.
- CASANUEVA REGUART, Sergio, *El Juicio oral. Teoría y práctica*, Segunda Edición, Porrúa, México 2008.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2000.
- _____, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Víctor Zavalía Editores, Buenos Aires 1976.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en: [<http://dle.rae.es/?id=XxWHhu4>], consultada en: 2017-04-16.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid 1995.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Esfinge, México 2010.
- GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Ediciones Fontamara, México 1994.
- GHIRARDI, Olsen, *Lógica del Proceso Judicial*, Editora Córdoba, Córdoba, Argentina 1992.

HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Rubén, «Poder judicial y justicia», *Revista Jurídica*, Poder Judicial de Nayarit, México, disponible en: [<http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal/revistas/revista5.pdf>], consultada en 2017-04-17.

MIXAN MASS, Florencio, *Lógica para Operadores del Derecho*, Primera Edición, Ediciones BLG, Lima 1998.

SARTORIO, José, *La Prueba de Testigos en el Procedimiento Federal*, Editorial Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1945.

Legislación Nacional:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 26/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 476, Libro 5, Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006091, bajo el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.

Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 497, Libro 5, Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006092, bajo el rubro:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO
REGLA DE TRATO PROCESAL.

Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 478, Libro 5 Abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006093, bajo el rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.

Tesis I.4o.C. J/22, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página: 2095, Agosto de 2006, Tomo XXIV, del SJF y su Gaceta, el número de registro 174352, bajo el rubro, SANA CRÍTICA. SU CONCEPTO.

Jurisprudencia Internacional

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N°107, párrafos 160, 170 y 171.

_____, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N°111, párrafos 152, 153 y 154.

CONCEPTOS PROCESALES EN EL ÁMBITO PENAL: DATOS DE PRUEBA, MEDIOS DE PRUEBA Y PRUEBA (IMPLICACIONES EN EL CAMPO FORENSE)

Raúl GUILLEN LÓPEZ*

SUMARIO: Nota Preliminar; I. Marco referencial; II. La importancia del concepto de datos de prueba; III. Los medios probatorios; IV. La prueba; Conclusión

Nota preliminar

El presente artículo fue elaborado con el propósito de plantear algunas consideraciones sobre conceptos procesales novedosos contemplados en el nuevo proceso penal mexicano establecido a partir de la reforma constitucional 2008. Se trata de elementos conceptuales de suma relevancia como son los datos de prueba, medios de prueba y la prueba, que están todavía sujetos a una debida comprensión e interpretación jurídica.

Es importante resaltar, que el proceso penal mexicano comúnmente conocido como «juicios orales» actual lleva solo algunos meses de vigencia en todo el país a partir de junio de 2016 y por ende, está en proceso su consolidación. Dicha implementación llegó de manera tardía y muy ajustada en varias entidades federativas y al nivel federal¹.

En este contexto, cualquier aportación es de utilidad y válida para ayudar a los operadores a una mejor comprensión y manejo de tales conceptos a fin de lograr un mejor funcionamiento de este nuevo proceso penal que deberá sortear muchos obstáculos no menores para su consolidación.

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad de Sonora (UNISON); cuenta con Maestría y Doctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), es especialista en *Derecho y Psicología de la Familia* por la Universidad de Sonora. Se desempeñó con el cargo público de Secretario Técnico de la Comisión Ejecutiva para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el estado de Sonora. Actualmente es docente de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora con las cátedras de argumentación y lógica jurídica y diagnósticos jurídicos.

¹ Algunos estados como Chihuahua iniciaron el proceso de transformación o modernización del proceso penal antes de dicha reforma constitucional, específicamente en el año 2007. Otros estados como Sonora implementaron esta nueva forma de enjuiciamiento penal en su totalidad hasta el año 2016 de forma tardía y acelerada, aunque de forma ordenada y funcional.

«En diferentes épocas surgieron conceptos procesales como elementos objetivos, normativos y subjetivos considerados primero en la teoría del delito de las escuelas causalistas, neocausalistas y finalistas los cuáles fueron incorporados posteriormente al derecho procesal mexicano, inclusive a finales del siglo pasado para ser precisos en 1993 se exigía la acreditación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal como supuestos para la toma de decisiones en un determinado caso...»

I. Marco referencial

México desde su primera constitución de 1824 (como una república independiente) hasta el año 2016 tuvo vigencia un proceso penal de corte inquisitivo que con el pasar de los siglos, además de cambios en el ámbito político, fue transformándose, aunque sin perder su esencia inquisitiva². Durante todo este tiempo,

² Es importante señalar que hubo algunos intentos por establecer la institución del jurado durante los siglos XIX y XX, pero fueron intentos fallidos, ya que las circunstancias políticas y

de alguna manera, palabras más o palabras menos, se manejó que para fincarle a un individuo una sanción penal era necesario tener demostrado con elementos de prueba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal o responsabilidad penal plena, según la etapa del procedimiento³.

En diferentes épocas surgieron conceptos procesales como elementos objetivos, normativos y subjetivos considerados primero en la teoría del delito de las escuelas causalistas, neocausalistas y finalistas los cuáles fueron incorporados posteriormente al derecho procesal mexicano, inclusive a finales del siglo pasado para ser precisos en 1993 se exigía la acreditación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal como supuestos para la toma de decisiones en un determinado caso, textualmente el artículo 16 establecía en el tema que nos ocupa lo siguiente:

No podrá liberarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal

culturales, entre otros factores impidieron su establecimiento.

³ LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México, (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, Segunda Edición, Porrúa, México 2000, p. 84.

y la probable responsabilidad del indiciado⁴.

En este mismo sentido el artículo 19 del texto constitucional establecía:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de este⁵.

Así las cosas, por las dificultades que ocasionó la incorporación de estos conceptos se reformó nuevamente el texto constitucional en el año 1999 para regresarse nuevamente a la fórmula que para sancionar penalmente a un individuo era necesario la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Textualmente los artículos que nos atañen establecían:

Artículo 16.- (...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,

sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. (...).

Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado (...).

En el año 2008 a nivel constitucional se reformó el proceso penal para establecer las bases de un nuevo modelo procesal de corte acusatorio adversarial, público y contradictorio (entre otras características), lo anterior, constituyó desde una perspectiva histórica el esfuerzo más importante de abandonar el proceso inquisitivo implantado por los españoles durante la colonia y vigente en México desde su constitución como país independiente⁶.

⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, Vigésimo Tercera Edición, Porrúa, México 2002, p. 1098.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Es importante destacar que desde la Constitución de 1917 ya estaban las bases para un proceso penal oral, acusatorio, público y con inmediatez procesal e implícitamente contradictorio,

Esta reforma procesal trajo consigo un cambio constitucional significativo, ya que el artículo 16 constitucional contempló en el párrafo tercero lo siguiente:

... no podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

Por su parte, el artículo 19 constitucional en esa misma tesitura contempló en el párrafo primero lo siguiente:

... ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

Lo importante a destacar, es que si bien es cierto esta última reforma no parece muy diferente en cuanto a

sin embargo se distorsionó el modelo procesal penal en su funcionamiento.

exigencias procesales para la toma de determinadas decisiones por parte del órgano judicial, lo cierto es que no es así, ya que previo a esta reforma constitucional (2008) la acreditación del cuerpo del delito, o del tipo penal (reforma de 1993) se llevaba a cabo con pruebas que tenían valor probatorio para efectos de sentencia, esto es, todo lo que ocurría en la etapa de la averiguación previa tenía un peso probatorio sólido por lo que una vez acreditados dichos supuestos, prácticamente el caso terminaba en sentencia condenatoria⁷.

En este orden de ideas, tal situación cambió radicalmente con la reforma constitucional 2008 ya que el artículo 20 fracción tercera establece:

Para los efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por naturaleza requiere el desahogo previo.

⁷ Esta fuerza probatoria de las pruebas desahogadas en la etapa de averiguación previa estimuló a los Ministerios Públicos a no presentar pruebas durante la etapa de instrucción ante el juez. Es importante señalar que prácticamente en la averiguación previa se desahogaban la mayoría de las pruebas y ya no era necesario su presentación nuevamente ante el juez.

Con lo anterior, se da un vuelco a la historia del proceso penal mexicano, pues los datos a los que hace referencia el texto constitucional ya no tienen valor probatorio para efectos de sentencia, tal y como ocurría en el proceso penal mixto (en mi opinión de facto más inclinado al proceso inquisitivo ortodoxo).

«La importancia de los datos de prueba es que son el sustento para la toma de decisiones en la gran mayoría de los casos por parte del Ministerio Público y el Juez de control durante la etapa de investigación e intermedia. Lo anterior, debido a que son muy pocos los casos que llegan hasta la etapa intermedia y más aún hasta la etapa de juicio oral. Así pues, son con los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación los que toma el Ministerio público a consideración para ejercitar acción penal y solicitar se decrete, si hay detenido legal la detención, y si no hay detenido la formulación de imputación, además de la vinculación a proceso, la aplicación de salidas alternas o en su caso un procedimiento abreviado.»

II. La importancia del concepto de datos de prueba

Como puede apreciarse a nivel constitucional no se maneja el concepto de datos de prueba, sino que solo se hace referencia a datos, sin embargo es el *Código Nacional de Procedimientos Penales* a partir de su establecimiento en el año 2014 en el cual el artículo 261 lo define de la manera siguiente:

Es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aun no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado⁸.

La importancia de los datos de prueba es que son el sustento para la toma de decisiones en la gran mayoría de los casos por parte del Ministerio Público y el Juez de control durante la etapa de investigación e intermedia. Lo anterior, debido a que son muy pocos los casos que llegan hasta la etapa intermedia y más aún hasta la etapa de juicio oral. Así pues, son con los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación los que toma

⁸ RUIZ, B., et. al., *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, Segunda Edición, México 2015, p. 482. Nos encontramos de nueva cuenta ante una interpretación auténtica por parte del legislador en cuanto a lo que se debe de entender para mayor precisión por datos de prueba (...).

el Ministerio público a consideración para ejercitar acción penal y solicitar se decrete, si hay detenido legal la detención, y si no hay detenido la formulación de imputación, además de la vinculación a proceso, la aplicación de salidas alternas o en su caso un procedimiento abreviado.

Cabe resaltar, que en el procedimiento abreviado los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación se convierten en la base probatoria una vez expuestos en la audiencia ante el juez de control y apoyándose en esta base puede llegar a dictar la sentencia si considera que son suficientes para acreditar el hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo.

En este contexto la relevancia de los datos de prueba y su peso probatorio es muy potente. Es importante, además, puntualizar que en una gran cantidad de casos que se judicializan ya sea con imputado detenido o sin detenido, el Ministerio público es el que recaba los datos de prueba en la conformación de la carpeta de investigación.

Los datos de prueba son obtenidos generalmente no en audiencia pública y oral, con presencia de las partes, sino más bien en secrecía y de forma unilateral sin la presencia de las partes y juez de control, esto último podría parecer un inconveniente muy importante por el peso probatorio para toma de decisiones por parte del ministerio público y juez de control durante la

etapa de investigación, más aún en los casos de aplicación de procedimientos abreviados, además porque la obtención de los datos de prueba generalmente no se aplican los principios rectores previstos en el artículo 20 constitucional (sobre todo en la etapa previa a la judicialización del caso).

«Los datos de prueba son obtenidos generalmente no en audiencia pública y oral, con presencia de las partes, sino más bien en secrecía y de forma unilateral sin la presencia de las partes y juez de control, esto último podría parecer un inconveniente muy importante por el peso probatorio para toma de decisiones por parte del ministerio público y juez de control durante la etapa de investigación, más aún en los casos de aplicación de procedimientos abreviados, además porque la obtención de los datos de prueba generalmente no se aplican los principios rectores previstos en el artículo 20 constitucional (sobre todo en la etapa previa a la judicialización del caso).»

Si bien, lo expuesto en el párrafo anterior puede ser criticable es de suma relevancia puntualizar y subrayar que en los casos de aplicación de procedimientos abreviados es el imputado asesorado por su defensor quien de forma voluntaria e informada y por estrategia legal de la defensa se allana y renuncia al derecho de ir a juicio oral en el que si se cumplen con los principios rectores mencionados y previstos en el artículo 20 constitucional.

En virtud de lo anterior, es evidente la importancia y el peso que tienen los datos de prueba que obran en una carpeta de investigación para la toma de decisiones tanto para el Ministerio público como para el juez de control, pues ambos se apoyan en tales datos de prueba para la acreditación de un hecho delictivo y la participación del imputado en el mismo, por lo menos de forma preliminar.

«Los medios probatorios pueden presentarse por ambas partes no solo en la etapa intermedia como ocurre generalmente sino también durante la etapa de juicio oral cuando aparece material probatorio superviniente que es de importancia y pertinencia su desahogo para resolver el fondo del asunto.»

III. Los medios probatorios

El artículo 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* establece que «los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos», los medios probatorios en sí carecen de peso demostrativo para que el juez de control o de juicio oral puedan tomar una resolución de la causa penal. Los medios probatorios se convierten en prueba una vez desahogados ante el juez de juicio oral con las formalidades que marca la ley, entre ellas, que sea en audiencia pública, con presencia del juez y de las partes y en la que haya contradicción, entre otras formalidades⁹.

Los medios probatorios pueden presentarse por ambas partes no solo en la etapa intermedia como ocurre generalmente sino también durante la

⁹ Por medios de prueba se entiende la declaración del imputado, la testimonial, la pericial, la documental y cualquier otro medio técnico científico, siempre que sea conducente y no sea contraria a derecho. Los datos de prueba y las pruebas propiamente dichas tendrán pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos, por ello el juez, podrá limitar su aceptación y desahogo. LÓPEZ AGUILAR, Miguel Ángel, *La Prueba en el sistema acusatorio en México (prueba ilícita, eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2011.

etapa de juicio oral cuando aparece material probatorio superviniente que es de importancia y pertinencia su desahogo para resolver el fondo del asunto.

Cabe hacer mención del caso especial de la prueba anticipada¹⁰ que puede ser ofrecida como medio probatorio para su ingreso durante el desahogo de la audiencia de juicio oral. Se trata de una situación que no es frecuente y solo se da en casos excepcionales cuando haya riesgo de que un testigo por circunstancias

¹⁰ Artículo 304 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, «hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinentes, siempre y cuando se satisfagan los siguientes requisitos. I. Que sea practicada ante el Juez de control; II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar; III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio».

específicas en la ley no pueda acudir a la audiencia de juicio oral.

Del contenido de la carpeta de investigación las partes deben de decidir cuáles datos de prueba elevarán o presentarán como medio probatorio durante la etapa de investigación, será en esta etapa en la que se revisará la licitud o no de dichos medios probatorios para su incorporación y desahogo durante la etapa de juicio oral, también en esta etapa de investigación las partes pueden llegar a acuerdos probatorios que son tomados en consideración durante la etapa de juicio oral para efectos de sentencia¹¹.

IV. La prueba

El *Código Nacional de Procedimientos Penales* en el artículo 261 establece:

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

¹¹ El *Código Nacional de Procedimientos Penales* señala como medios de prueba la testimonial, la pericial, la declaración del acusado, la documental y material y otras que no afecten derechos fundamentales.

Dicha definición está acorde al marco constitucional y constituye un cambio histórico en materia procesal, ya que llegar hasta este punto fue una tarea muy compleja y tardada si tomamos en consideración cómo funcionó de facto el proceso penal mexicano durante los siglos.

Sobre las características del Juicio oral BAYTELMAN afirma:

El juicio oral es un sistema acusatorio, admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal que cumpla los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que este incluido en el auto de apertura, etc.). El nuevo código establece un sistema de libre valoración de la prueba; en consecuencia los hechos del juicio pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga para los jueces credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que emerge de la actividad del juicio¹².

En cuanto al orden de desahogo de pruebas son las partes que deciden atendiendo a su estrategia de defensa como se llevarán a cabo.

Pasamos de una prueba que generalmente se desahogaba en secrecía, sin presencia de las partes, en condiciones de desigualdad procesal durante la averiguación previa, a una

prueba que para que tenga validez se debe llevar a cabo en una audiencia pública ante un juez y a la vista de todos, de ahí la importancia y el avance significativo de la reforma penal del 2008.

Resulta penoso percatarnos de todo el tiempo que transcurrió para que pudiéramos llegar hasta este punto, un factor que influyó para que se diera este retraso es el régimen político de corte presidencial que padecemos y que desde luego afectó el adecuado funcionamiento del proceso penal¹³.

¹³ Durante el siglo XX y principios del XXI la prueba se desahogaba (en una gran cantidad de casos) durante la etapa de averiguación previa de forma secreta sin presencia de la defensa.

La reforma de 1993 estableció una serie de garantías individuales durante la etapa de averiguación previa a favor del indiciado, entre otras garantías que los defensores estuvieran presentes en el desahogo de pruebas, sin embargo en la práctica se continuó desahogándose el material probatorio sin presencia de la defensa salvo la declaración del indiciado en el mejor de los casos (sobre todo en los casos con detenido). Asimismo, estas pruebas se recababan por parte del ministerio público sin ningún mecanismo de control o contrapeso lo cual permitía que se cometieran arbitrariedades y abusos, se manipularan pruebas según los intereses particulares, políticos y económicos que pudieran presentarse. Ante este panorama los contenidos del artículo 20 constitucional y el 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*,

¹² BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Primera Edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile 2004, pp.53-54.

«Pasamos de una prueba que generalmente se desahogaba en secrecía, sin presencia de las partes, en condiciones de desigualdad procesal durante la averiguación previa, a una prueba que para que tenga validez se debe llevar a cabo en una audiencia pública ante un juez y a la vista de todos, de ahí la importancia y el avance significativo de la reforma penal del 2008.»

Conclusión

Si tuviéramos que utilizar lenguaje con carga emotiva de la trascendencia de la reforma constitucional 2008 vigente en todo el país a partir de su implementación total en el año 2016, tendríamos que señalar que se trata de una revolución al sistema de justicia penal, pues la averiguación previa dejó de ser el centro probatorio para efectos de sentencia, pues ahora se contempla que la única etapa donde se puede desahogar prueba es en la

después de siglos se alejan del oscurantismo, la desigualdad procesal, arbitrariedades que tanto parecieron las personas investigadas en un proceso penal.

etapa de juicio oral (artículo 20 fracción tercera).

La importancia de lo señalado en el párrafo anterior no es menor, pues la prueba debe desahogarse en una audiencia cumpliendo con los principios rectores que garantizan el debido proceso y evitan con ello que se afecte de forma arbitraria el bien jurídico más importante que tiene una persona como es la libertad individual. Por otra parte, los datos de prueba a pesar de carecer de valor probatorio para efectos de sentencia sí constituyen una base para la toma de decisiones por parte del ministerio público y el juez de control en sus respectivos ámbitos competenciales, ya que son considerados para el ejercicio de la acción penal, la resolución de legal o ilegal detención, orden de aprehensión, vinculación a proceso, acuerdos reparatorios, suspensión condicional de proceso, entre otros de ahí su importancia.

Merece un análisis y mención por separado que en la aplicación de procedimiento abreviado los datos de prueba constituyen la base sobre la cual, una vez presentados ante el juez de control con las debidas formalidades pueda dictarse una sentencia con todas sus consecuencias jurídicas.

Por consiguiente, del contenido vertido en el presente artículo podemos afirmar que el manejo adecuado de los conceptos datos de prueba, medios de prueba y prueba por parte de los operadores no solo

resulta indispensable sino necesario para el buen funcionamiento del proceso penal mexicano todavía incipiente, además esta nueva forma de enjuiciamiento penal deberá de superar resistencias e inercias propias de una transición de un modelo procesal acuñado en siglos a otro modelo procesal de reciente creación y que habrá de consolidarse.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Primera Edición, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile 2004
- RUIZ, B., et. al., *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, Segunda Edición, México 2015.
- LÓPEZ AGUILAR, Miguel Ángel, *La Prueba en el sistema acusatorio en México (prueba ilícita, eficacia y valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2011.
- LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México, (un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, Segunda Edición, Porrúa, México 2000.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, Vigésimo Tercera Edición, Porrúa, México 2002.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 24-02-2017, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf], consultado en: 2017-04-20.

Código Nacional de Procedimientos Penales, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2016-06-17, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf], consultado en: 2017-04-18.

LA TEORÍA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Edgar Agustín RODRÍGUEZ BEIZA*

SUMARIO: Antecedentes; I. Actos de prueba; II. Objeto de la prueba; III. Hecho relevante; IV. Actividad Probatoria; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Antecedentes

Sobre la base de que la prueba tiene solamente cabida en la audiencia de juicio, al menos como regla general, y que su fin último no es averiguar sino verificar las afirmaciones de sus oferentes, queda al descubierto su subrayada importancia. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si el Ministerio Público promete probar que el acusado privó de la vida a la víctima, pero no lo hace? Simplemente su afirmación, vía alegato de apertura y clausura, no se verificaría y no habría base para condena. Sin más, esta es la apología de una teoría de la prueba, es decir, de una producción intelectual dirigida a entender los extremos de una de las actividades angulares en el proceso penal, que puede conducir al Tribunal de Enjuiciamiento a condenar, más allá de la duda razonable, o a absolver ante una indecisión de tal entidad. Comprender lo que significan los actos de prueba y su diferencia con los actos de investigación, precisar el objeto mismo de la prueba, desentrañar en qué condiciones un hecho posee la relevancia para ser probado, en qué consiste la actividad probatoria y hacer cuando menos un esbozo de los momentos clave que alcanzan a ésta, constituyen los temas a analizar.

I. Actos de prueba

Una distinción es ineludible para comprender el acto de prueba. Estos y los actos de investigación son diferentes. Los últimos se han entendido como:

...actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las

* Licenciatura y Maestría en *Derecho* por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Desde el año 2001 se ha desempeñado en diversos cargos en el orden Federal, tanto en el Sistema Nacional de Seguridad Pública como en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Actualmente se desempeña como Juez de Control de la Ciudad de México.

resoluciones que dictará el juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento...¹.

Un acto de prueba, en cambio, está dirigido a persuadir al Tribunal de Juicio Oral sobre una pretensión, precedido el filtro de la Audiencia Intermedia para la admisión.

Los actos de investigación dan origen a los datos de prueba y los actos de prueba a la obtención de la información para sentenciar, es decir, a la prueba en estricto sentido. Aunque pareciera dispensable el *distingo*, posee relevancia, pues tras la investigación complementaria para el Ministerio Público y hasta antes de la audiencia intermedia para la defensa —en algunos casos incluso motivando su diferimiento según veremos—², las partes acopian datos que además de servir para sus objetivos preliminares al Juicio, les permiten destacar, desde entonces, cuáles revisten la importancia para ser llevados ante el Tribunal, además que el dato, en sí, se constituye en el requisito procesal para su admisión y desahogo, pues sin su descubrimiento oportuno ni su ofrecimiento, el Tribunal no podría observarle dentro del desfile de los demás órganos.

Los principios rectores del sistema, acogidos por el constituyente

¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2004, p. 68.

² *Vid. Infra*. p. 6.

en el primer párrafo del numeral 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rigen, por obviedad, el desahogo de la prueba. Esto ha de suceder a través del vehículo oral, sometiendo los órganos de prueba al contradictorio, con inmediación del juez, en fases inmediatas y en audiencia pública, a menos que se actualice alguna de las excepciones para observar esos principios, como puede ser, *verbigracia*, la muerte súbita de un testigo, que no permitió previsión alguna para su desahogo anticipado y que justifique la introducción por lectura de su entrevista.

La exigencia de la rendición de la prueba en el debate, está sentada por lo dispuesto en el artículo 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP), que establece que:

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

Hasta este punto, podemos señalar que los actos de prueba, dirigidos a sostener las afirmaciones de las partes, pertinentes por regla principal en la Audiencia de Debate, producen la información que el

Tribunal ponderará para resolver en definitiva el asunto. Ello no significa desconocer la importancia de los resultados obtenidos en la fase de investigación, cuyo fin último es acoger datos de prueba para las decisiones preliminares y descubrir, en algún punto, las armas para ir a juicio en la Etapa Intermedia, sin embargo, son sólo un antecedente, a todas luces lejos de ser prueba.

«... podemos señalar que los actos de prueba, dirigidos a sostener las afirmaciones de las partes, pertinentes por regla principal en la Audiencia de Debate, producen la información que el Tribunal ponderará para resolver en definitiva el asunto. Ello no significa desconocer la importancia de los resultados obtenidos en la fase de investigación, cuyo fin último es acoger datos de prueba para las decisiones preliminares y descubrir, en algún punto, las armas para ir a juicio en la Etapa Intermedia, sin embargo, son sólo un antecedente, a todas luces lejos de ser prueba.»

II. Objeto de la prueba

Sí como hemos señalado, la prueba es un mecanismo de verificación de proposiciones vertidas en la Audiencia de Juicio, diáfananamente es de sostenerse que el objeto de la prueba son los hechos, pues aquellas, al final, deben evidentemente probar secciones fácticas³. Pero no cualquier extracto del evento es digno de prueba, sino y solamente, los trascendentes. Es habitual observar en la sala de audiencias esfuerzos vanos por acreditar cuestiones totalmente superfluas, las cuales no son ni deberían ser nunca, el objeto de una prueba, sin embargo, queda a las partes la introspección por analizar, concienzudamente, qué es lo verdaderamente importante, sin que ninguna directriz orgánica o lineamiento institucional pueda servir.

III. Hecho relevante

¿Cómo saber qué hecho es relevante? El parámetro más claro radica en «...que la demostración de su existencia o inexistencia aparezca como de influencia para la decisión...»⁴. Determinar, por ejemplo, el origen de los indicios dactilares en el arma de fuego con que se privó de la vida a la víctima, carece de importancia sí, por una

³ Cfr. TARUFFO, Michele, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis-Nexis, Chile 2003, p. 163.

⁴ *Ibidem.*, p. 92.

parte no se reguardo ese indicio y no existe documentada cadena de custodia y, además, porque concurren numerosos testigos que vieron que el acusado detonó el instrumento. Con más claridad, son relevantes para el Ministerio Público, los hechos que tienen trascendencia jurídica, es decir los que acreditan los elementos del delito⁵, la forma de autoría o participación y las modificativas que se actualicen y, lo son para la defensa, los que acrediten los extremos opuestos o bien, destruyen las pruebas de la Representación Social. Este filtro, evitaría malgastar esfuerzos en la investigación, no obstante, el numeral 346 del CNPP, precisa al Juez ordenar la exclusión de medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y que sean útiles para el esclarecimiento de los hechos. Esta última oración pone en realce la importancia de la relevancia, que al final puede conducir a la concepción de la impertinencia que destaca la fracción I inciso b), del mismo precepto.

IV. Actividad Probatoria

Es correcto entenderla como el «...conjunto de actos destinados a

⁵ Quede claro que nos referimos a la fase de juicio, pues a nivel de Audiencia Inicial no existe necesidad de ello sobre la base de la contradicción de tesis 87/2016, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

obtener la incorporación de los medios de prueba...»⁶ y se desenvuelve en cuatro momentos clave; proposición, admisión, rendición y valoración. Señalar que la prueba que sirve de base a la sentencia debe ser rendida, generalmente, en la Audiencia de Debate, conforme al espíritu de la parte final de numeral 259 del CNPP, revela el que los actos de investigación no tienen el carácter de prueba por una parte y, por la otra, una clara reacción contra la prueba pre construida del sistema mixto; esto último subrayado con la prohibición de incorporar registros para que el Tribunal forme su convicción a través de ellos, como mandata el diverso 385 de la misma fuente. ¿Qué trascendencia tienen entonces los actos de investigación? Su mérito es precisamente la obtención de los datos que habrán de utilizarse para obtener las resoluciones preliminares en las etapas de investigación e intermedia y, sobremanera, determinar los órganos de prueba a desfilar en la Audiencia de Juicio Oral.

El protagonista básico de los actos de investigación es el Ministerio Público, aunque claramente la víctima y su asesor, como el imputado y su defensa, pueden petitionar al Representante Social actos de esa naturaleza, esto conforme al tercer

⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Op. Cit.*, p. 138.

párrafo del numeral 129 del CNPP. Durante la recaudación de los actos de investigación, la actividad jurisdiccional se circunscribe a extender las autorizaciones que procedan en el caso de las medidas intrusivas a que se refiere el artículo 252 del CNPP, por ejemplo, para el cateo de un inmueble o la toma de muestras de fluido corporal. ¿La defensa puede acopiar actos de investigación fuera de la carpeta del Ministerio Público y sin conocimiento de éste? Desde luego que sí y sobre el punto, en el derecho comparado se concibe que:

...en un sistema adversarial, parece un presupuesto de funcionamiento del sistema la posibilidad de que se realicen actos de este tipo por parte de la defensa, ya que ésa es la idea que inspira muchos de los principios que lo rigen...la defensa realiza propiamente investigación privada cada vez que interroga a un testigo de los hechos o contrata a un perito para confeccionar un informe y, por lo tanto, nada hay en ello de extraño ni de ilícito, sino que, por el contrario, constituye para el defensor parte esencial de las tareas que le impone su responsabilidad profesional...⁷.

¿Cuándo deberían ser descubiertos los medios de prueba que la defensa desee llevar a juicio si emanan de su investigación privada? La historia de la ley demuestra que

esto puede suceder hasta la Audiencia de Preparación de Juicio, considerando que el numeral 340 del CNPP, antes de la reforma del 17 de junio de 2016, establecía para ello, conforme a su fracción III, el que debía suceder dentro del periodo temporal que marcaba o bien en esa audiencia, circunstancia que actualmente cobija aquél y su fracción II, pues si bien ésta advierte que el descubrimiento ha de acontecer en la fase intermedia escrita, aquél destaca ello como una posibilidad, lo que visto armónicamente con lo sentado en el diverso 337 cuarto párrafo — integrante del mismo paquete de reformas de junio del año pasado—, que establece la prerrogativa del imputado y la defensa de solicitar más tiempo para preparar el descubrimiento, incluso en la Audiencia Intermedia y la concesión así de un plazo razonable y justificado por el Juez, es evidente que en aras de la defensa ese descubrimiento puede suceder en la fase oral intermedia e incluso motivar su diferimiento. En nuestra opinión, ello permitiría que la defensa y el imputado lleven su investigación privada fuera de los límites temporales de la indagación complementaria, pues esta rige solamente al Ministerio Público y a la Asesoría Jurídica, de ahí que el segundo párrafo del artículo 321 establezca que «...el Ministerio Público deberá concluir la investigación complementaria dentro del plazo señalado por el Juez de

⁷ *Ibidem.* p. 73.

Control...transcurrido el plazo para el cierre de la investigación, ésta se dará por cerrada...» Lo contrario dejaría sin sentido aquella disposición del numeral 337 ya analizada, de poder solicitar el diferimiento de la Audiencia Intermedia para preparar el descubrimiento de un medio de prueba que debió ser entonces explorado tiempo atrás, antes de las actuaciones de la etapa intermedia escrita, lo que además obedecería a la interpretación más restrictiva respecto del derecho de defensa y dejaría de lado la obligación que establece el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución General, a cargo de todos los jueces.

«Señalar que la prueba que sirve de base a la sentencia debe ser rendida, generalmente, en la Audiencia de Debate, conforme al espíritu de la parte final de numeral 259 del CNPP, revela el que los actos de investigación no tienen el carácter de prueba por una parte y, por la otra, una clara reacción contra la prueba pre construida del sistema mixto»

En estricto sentido, es sensato sostener que los actos de investigación están dirigidos hacia las partes mismas, de suerte que el Ministerio Público adquiera convicción para acusar o, de no ser así, solicitar el sobreseimiento. La defensa, a través de aquellos, consolidará su teoría del caso para la Audiencia de Debate o bien, ante la solidez de la investigación, tendría la oportunidad de explorar una salida distinta al Juicio. Lo anterior se constata con el control meramente formal que ejerce el Juez de Control respecto de la acusación en la Audiencia Intermedia, a diferencia de países en que se efectúa un control negativo, que pondera si existe mérito para ir a Juicio.

...En los ordenamientos jurídicos europeos, en general, la fase intermedia se configura nítidamente como un control negativo sobre la acusación, especialmente en aquellos en que el ministerio público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, como es el caso de Alemania, Italia o Portugal. Incluso en Francia, en que la investigación preparatoria se encuentra entregada al Juez de Instrucción, existe un período intermedio cuyo objeto es revisar y valorar los resultados de la instrucción, examinando la fundamentación de la acusación formulada, para

resolver si procede o no abrir el juicio...⁸.

«...es sensato sostener que los actos de investigación están dirigidos hacia las partes mismas, de suerte que el Ministerio Público adquiera convicción para acusar o, de no ser así, solicitar el sobreseimiento. La defensa, a través de aquellos, consolidará su teoría del caso para la Audiencia de Debate o bien, ante la solidez de la investigación, tendría la oportunidad de explorar una salida distinta al Juicio.»

Los actos de prueba, subrayamos, en sí mismos, persiguen persuadir al Tribunal para condenar o para absolver⁹. Esos actos se proponen en la Audiencia Intermedia, como regla general, sin embargo para el Ministerio Público y la Asesoría Jurídica, debe recalarse, han de ser revelados en sus respectivas acusaciones, acontecidas claramente en la fase escrita de la misma etapa, conforme lo dispuesto por los artículos 335 y 338 fracción III del CNPP, mientras que para el acusado y su defensa, la propuesta sucede igualmente en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y el descubrimiento hasta esa misma diligencia e incluso motivar su diferimiento. No está por demás señalar que en otros países de nuestra región, como Chile, el descubrimiento puede cumplirse hasta antes de la Audiencia de Debate, de ahí que se diga que:

...la fase de proposición la cumple, el acusado, señalando los medios de prueba de que se valdrá en el juicio oral en los mismos términos en que debe hacerlo el fiscal, en cualquiera de los dos momentos en que la ley lo autoriza, esto es, por escrito, hasta la víspera del juicio oral...o, verbalmente, durante la audiencia de preparación del juicio oral...¹⁰.

⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El Período Intermedio como fase Autónoma del Proceso Penal*, Mc-Graw-Hill, España 1997, p. 5-6.

⁹ *Vid. Infra*. p. 2.

¹⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Op.Cit.*, p. 139.

En el tema de la admisión, es el Juez de Control quien dirige y resuelve el debate de exclusión de medios de prueba, al tenor de las reglas que señala el artículo 346 del CNPP, tópico respecto del que nos parece de importancia destacar la mala praxis acogida en torno al llamado punto de prueba sobre el que cada uno versará y que es indispensable conforme a la parte final del numeral 335 del mismo cuerpo normativo, pues si bien aquel precepto advierte que:

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

... nos preguntamos cómo es que el juzgador puede advertir que se surte algún motivo para excluir pruebas si las partes se concretan a señalar que el testigo, verbigracia, se pronunciará sobre «lo que percibió a través de sus sentidos», lo que desde luego no dice absolutamente nada y puede llevar a varias consecuencias: que el juzgador se vea precisado a requerir se aclare para poder pronunciarse en el Auto de Apertura, que los admita sin más, o que al haber

varios en el mismo supuesto los califique de sobreabundantes; sin embargo ninguna de ellas parece ortodoxa y por tanto esperamos que las partes en el proceso reconsideren esa errónea postura y asuman que el punto de prueba revela su pertinencia y relevancia, lo mismo que constituye el primer parámetro para el régimen de objeciones en el examen y contraexamen.

«Los actos de prueba, persiguen persuadir al Tribunal para condenar o para absolver. Esos actos se proponen en la Audiencia Intermedia, como regla general, sin embargo para el Ministerio Público y la Asesoría Jurídica, debe recalcarse, han de ser revelados en sus respectivas acusaciones, acontecidas claramente en la fase escrita de la misma etapa, conforme lo dispuesto por los artículos 335 y 338 fracción III del CNPP, mientras que para el acusado y su defensa, la propuesta sucede igualmente en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y el descubrimiento hasta esa misma diligencia e incluso motivar su diferimiento»

La rendición debe acontecer ante el Tribunal de Enjuiciamiento y bajo las reglas del contradictorio, en donde cada órgano de prueba de orden testimonial o pericial, sea sometido a examinación, constituyendo claramente el contrainterrogatorio la herramienta más poderosa de los litigantes para derribar la prueba de la contraria en base al estrés legalmente permitido a que pueden ser sometidos. Existe la excepción marcada por la prueba anticipada, reglada en los artículos 304 y 305 de la ley procesal, sobre la base de su rendición ante el Juez de Control si un testigo estuviera imposibilitado de acudir a Juicio por tener residencia en el extranjero, haber motivos que sembraren temor de su muerte, ante su estado de salud, incapacidad de orden físico o mental que le impidiera declarar, lo que justificaría su desahogo bajo los principios del sistema y cuyo propósito sería, de persistir esa imposibilidad al celebrarse el Juicio, incorporar la videograbación para que el Tribunal se imponga y forme convicción.

Finalmente, en cuanto a la valoración, y para no invadir diverso tema, basta decir que será la actividad a través de la que el Tribunal verificará que las partes hayan corroborado sus afirmaciones planteadas en los alegatos y que desde luego opera de manera libre, sujeta a los conocimientos científicos y las reglas de la lógica, es decir sin contradicciones, con identidad de los

entes de referencia, desprendiendo su razón suficiente y sin asequibilidad de terceras posibilidades. En ello, el Órgano Jurisdiccional, para condenar, debe adquirir convicción, más allá de la duda razonable, al tenor del 406 del mismo ordenamiento. Sobre semejante estándar de prueba, nos permitimos citar que:

...en uno de los casos más memorables sobre la materia, *Holland vs. United States*, la Suprema Corte norteamericana aprobó una instrucción dada al jurado que definía "duda razonable" como «la clase de duda sobre la cual ustedes, personas comunes, estarían dispuestos a actuar en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas...» en el mismo fallo la Corte sugirió que sería sin embargo más adecuado definirla como «la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar en dicha clase de asuntos...»¹¹.

Empero, entregada la ponderación de la duda razonable a un Tribunal de Enjuiciamiento experto, no habrá incertidumbre en el entendimiento de lo que significa aquella y el alcance que posee, en el sentido de que no cabe vacilación para actuar en función de la prueba ministerial, considerando que si ésta no lleva a eliminar cualquier indecisión o sí por el contrario la

¹¹ *Ibidem.*, p. 160.

prueba de la defensa fue convincente, habría que absolver.

«La actividad probatoria se desenvuelve en cuatro momentos clave: proposición, admisión, rendición y valoración. La proposición ocurre en la Audiencia Intermedia, precedida del descubrimiento probatorio, acontecido para el Ministerio Público y la Asesoría Jurídica en la fase escrita de la etapa Intermedia y para la defensa hasta la misma Audiencia de Preparación de Juicio Oral. La admisión de la prueba es una decisión del Juez de Control, materializada en el Auto de Apertura. La rendición se despliega ante el Tribunal de Enjuiciamiento y da lugar a su ponderación, más allá de la duda razonable para condenar o, ante su imposibilidad, para absolver.»

Conclusiones

El acto de prueba debe dirigirse a sustentar las afirmaciones de las partes y con el propósito de persuadir sobre ellas al Tribunal, únicamente respecto de hechos relevantes. Es digno de prueba el extracto fáctico que tiene trascendencia jurídica, es decir, para el Ministerio Público el que sostiene los elementos de la descripción normativa y sustenta la responsabilidad del acusado y para la defensa los opuestos. La actividad probatoria se desenvuelve en cuatro momentos clave: proposición, admisión, rendición y valoración. La proposición ocurre en la Audiencia Intermedia, precedida del descubrimiento probatorio, acontecido para el Ministerio Público y la Asesoría Jurídica en la fase escrita de la etapa Intermedia y para la defensa hasta la misma Audiencia de Preparación de Juicio Oral. La admisión de la prueba es una decisión del Juez de Control, materializada en el Auto de Apertura. La rendición se despliega ante el Tribunal de Enjuiciamiento y da lugar a su ponderación, más allá de la duda razonable para condenar o, ante su imposibilidad, para absolver.

Fuentes consultadas

Bibliografía

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2004.

AÑO V • NÚMERO 19 • MAYO 2017

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El Período Intermedio como fase Autónoma del Proceso Penal*, McGraw-Hill, España 1997.

TARUFFO, Michele, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis-Nexis, Chile 2003.

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU ANÁLISIS A LA LUZ DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO: ASPECTOS DOCTRINALES Y LEGALES

Germán GUILLÉN LÓPEZ*

«La prueba de toda verdad reside,
sencillamente, en su eficacia».
William James.

SUMARIO: I. Consideraciones previas con relación al modelo probatorio en el nuevo proceso penal mexicano; II. Aspectos doctrinales relevantes y concernientes a la prueba ilícita; III. La prueba ilícita en el contexto jurídico-penal de México; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen:

Primeramente, haremos referencia a las novedades que ofrece el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP) en lo concerniente a la prueba dentro del nuevo proceso penal y a su nuevo esquema de valoración. Posteriormente, analizaremos los aspectos más importantes relativos a la prueba ilícita desde una perspectiva doctrinal comparada y nacional, esencialmente, los tocantes a la teoría de los frutos del árbol envenenado, reglas de exclusión de la prueba y sus respectivas excepciones. Después, haremos un estudio sobre la prueba ilícita en el contexto jurídico-penal mexicano centrandolo el análisis a las disposiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece al respecto, así como a las prescripciones que en este ámbito señala el ordenamiento procesal penal. Finalmente se enlistarán, de forma sintética y a manera de conclusión, una serie de reflexiones a las que se llegó a lo largo del presente estudio.

Palabras clave:

Prueba, ilícita, derechos fundamentales, derechos humanos, debido proceso.

* Doctorado en *Derecho* por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en *Ciencias Penales con Especialización en Criminología* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); Investigador Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores, Investigador del Centro Internacional de Formación e Investigación Jurídica; formó parte del claustro docente del Comité de Capacitación de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación (SETEC); Profesor Investigador de la Universidad Sonora.

«Los medios probatorios pueden ser interpretados desde dos perspectivas: 1) Se entiende por medio de prueba la actividad que las partes llevan a cabo al momento de presentar al juez los hechos que dan vida al proceso [es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la documental, la cadena de custodia...]; 2^a) se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al Juez ese conocimiento, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de evidencia, esto es, los elementos personales y materiales de la prueba; también este concepto es acertado porque vislumbra la forma cómo se lleva a cabo la adquisición de la prueba y se lleva al Juez el conocimiento de los hechos que prueban...»

I. Consideraciones previas con relación al modelo probatorio en el nuevo proceso penal mexicano

De forma atinada, desde la doctrina¹, se ha señalado que las reformas constitucionales en materia de justicia penal, de 18 de junio del 2008, conllevan, por lo menos, dos cambios trascendentes en materia de prueba penal que se señalan a continuación:

1) Se reduce, de forma sensible, el estándar probatorio que deberá cubrir el Ministerio Público para obtener la “vinculación a proceso” así como una orden de aprehensión²

2) Se establece que sólo será prueba la que se desahogue, con apego a los principios de inmediación y contradicción, durante la audiencia de juicio oral, misma que servirá de base al juez para dictar sentencia³.

Por otro lado, el CNPP prescribe que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad concierne a la parte acusadora⁴. También, que

¹ NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, *Introducción a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio*, Instituto de Formación Profesional/Ubijus, México 2008, p.10.

² Artículos 313 y 143 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* respectivamente.

³ Artículo 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

⁴ Artículo 130 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

existirá libertad probatoria⁵ pues las partes pueden hacer valer sus pretensiones por cualquier medio que consideren pertinente, siempre y cuando lo produzcan e incorporando cumplimiento a las formalidades establecidas en el propio ordenamiento.

Aunado a lo señalado en los párrafos precedentes, el CNPP también hace referencia una nueva nomenclatura jurídica que define la evolución de un medio de convicción probatoria a lo largo del proceso penal⁶. En este sentido, dicho modelo

escalonado está compuesto por los conceptos datos de prueba, medios de prueba y prueba⁷ y es descrito en los términos siguientes:

Datos de prueba: Es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierte idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado;

Medio o elemento de prueba: Es toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos; y

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

Para finalizar estas breves consideraciones, el artículo 265 del Código Nacional establece que el juzgador asignará el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, forma libre y lógica, debiendo justificar, de manera

⁵ Artículo 356 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

⁶ Los medios probatorios pueden ser interpretados desde dos perspectivas: 1) Se entiende por medio de prueba la actividad que las partes llevan a cabo al momento de presentar al juez los hechos que dan vida al proceso [es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la documental, la cadena de custodia...];²a) se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al Juez ese conocimiento, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de evidencia, esto es, los elementos personales y materiales de la prueba; también este concepto es acertado porque vislumbra la forma cómo se lleva a cabo la adquisición de la prueba y se lleva al Juez el conocimiento de los hechos que prueban, DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial. Tomo I*, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina 2000, p. 21.

⁷ Artículo 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

adecuada, el valor otorgado a las pruebas. Asimismo, que el órgano jurisdiccional en el que se ventila el asunto penal motivará⁸, explicará y justificará su valoración con apoyo en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

Este sistema de valoración que establece el Código Nacional le confiere discrecionalidad al juez, para que valore de forma libre los medios

⁸ La motivación del juzgador se produce teniendo presente el juego dialéctico y la argumentación de las partes. Es la respuesta que da el juzgador a la actuación de las dos razones en pugna. Por ello la decisión final debe estar fundada, como fundadas debieron haber sido las premisas por las partes, en la retórica de sus mutuas posiciones que incluyen, en cierta medida, también un proyecto de decisión. El órgano jurisdiccional es el encargado de cerrar el acto del proceso; es el juez el gran protagonista que pone fin a la controversia. Por tal razón, cuando el juez habla, concurre también la razón (la prudencia razonable), que concluye el conflicto por la vía del diálogo. Para este momento ya se está ante un triálogo “en la gran sinfonía dialéctica”, como punto final «que excluye el uso de la fuerza de las partes, para emplear, en su caso, el uso de la fuerza del Estado», basado en la decisión racional del estrado judicial. Para este punto el diálogo ha concluido debido a que el juez ha hablado en última instancia, GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Academia de la Magistratura, Perú 1997, p. 105.

de prueba que le presenten las partes; sin embargo, es una discrecionalidad, en cierta medida, “reglada”, ya que el juez debe respetar, por ejemplo, las reglas de la lógica⁹ y las máximas de la experiencia¹⁰ que se emplean como

⁹ Las reglas de la lógica representan un límite a la libertad de apreciación de los medios probatorios por parte del juzgador dentro de un proceso penal. Lo anterior, se debe a que el juez debe de respetar las leyes del pensamiento al momento de hacer la valoración de las pruebas. En este orden de ideas, un error en la logicidad del razonamiento, por parte del juez, puede motivar un recurso que intente desvirtuar la motivación que empleó éste al momento de analizar el caudal probatorio GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, Flores Editor y Distribuidor, México 2010, p. 58.

¹⁰ En un primer momento, se puede decir que la máximas de la experiencia son un conjunto de conclusiones empíricas apoyadas en la observación de lo que pasa cotidianamente, y que por su naturaleza resultan útiles para emplearse al momento de valorar la relevancia y nitidez de un medio probatorio en un proceso penal. Éstas pueden llegar a tener carácter jurídico y provienen de la experiencia del juez, pero no se refiere a una cosa en particular sino “a la experiencia judicial generalizada que es compartida, aceptada y admitida por la comunidad jurídica” en la que se lleva a cabo el proceso penal. En pocas palabras: son prácticas reiteradas que sirven como criterios para valorar medios de prueba

mecanismo de control usado por el órgano jurisdiccional al momento valorar las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes en la audiencia penal¹¹.

«Este sistema de valoración que establece el Código Nacional le confiere discrecionalidad al juez, para que valore de forma libre los medios de prueba que le presenten las partes; sin embargo, es una discrecionalidad, en cierta medida, “reglada”, ya que el juez debe respetar, por ejemplo, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia que se emplean como mecanismo de control usado por el órgano jurisdiccional al momento valorar las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes en la audiencia penal»

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Op. Cit.*, p. 44.

¹¹ *Ibidem*, p. 34.

II. Aspectos doctrinales relevantes y concernientes a la prueba ilícita

La doctrina comparada al respecto ha señalado —entre diversos enfoques— que se considera que prueba ilícita es aquel medio de convicción que transgrede cualquier norma del ordenamiento jurídico. Es decir, desde este enfoque no se exige que la norma infringida sea la Constitución. De igual forma, precisa que hay que diferenciarla de la prueba prohibida, entendida como aquella que, para su obtención, se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales¹².

¹² GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de derecho procesal penal*, Colex, España 2001.

El debido proceso instituye, por decirlo de alguna manera, un límite a la actividad estatal concerniente al grupo de requerimientos que deben cumplirse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas estén en condiciones de defender, de forma adecuada, sus derechos frente a cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En el ámbito penal incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8º de La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), como otras adicionales que pudieran ser necesarias para la integración de este concepto. Por lo tanto implica que un justificable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses de manera efectiva y en condiciones de igualdad procesal, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia*

Por su parte, la doctrina nacional ha señalado que, dado el precepto constitucional que califica de nula toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, también habría de incluirse —y ser consideradas nulas— aquellas pruebas que, si bien no vulneran —directamente— derechos fundamentales, cuentan con irregularidades que pueden —sustancialmente— poner en duda su admisibilidad y la pulcritud de un proceso penal que pretende juzgar una realidad *ex post*. La relación a la que se hace referencia se enlista a continuación:

Prueba prohibida: Toda aquella prueba que se obtenga de tal forma que se violen derechos fundamentales, así como aquella que se practique en los mismos términos.

Prueba ilegal: Es aquella prueba que se obtiene violando disposiciones esenciales del procedimiento, establecidas en alguna ley. Indirectamente violenta derechos fundamentales, pero este tipo de prueba no acarrea necesariamente una sanción para la autoridad que la obtenga o practique en esos términos.

Prueba irregular: Es el tipo de prueba que se obtiene o práctica violentando disposiciones legales no esenciales del procedimiento. Sus consecuencias son subsanables y en el

peor de los casos se puede obviar su irregularidad sin que ello tenga consecuencia alguna¹³.

La definición de prueba ilícita está íntimamente vinculada a la manera en que ésta se obtiene y se produce durante el proceso¹⁴. Desde la doctrina se sostiene que todo Estado de derecho¹⁵, en los que

¹³ DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia predominante acusatorio*, Ubijus, México 2010, pp. 77-80.

¹⁴ Con relación a este punto, las garantías constitucionales y, por ende, las garantías procesales establecen límites a la investigación e indagación de los medios de prueba, así como a la actividad del sistema probatorio en sí. Por esta circunstancia, como lo prescribe el principio de legalidad y la actividad probatoria penal, quienes lleven a cabo investigación y recaudación probatoria deberán respetar lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en el CNPP para su obtención, producción y práctica MORALES MARÍN, Gustavo, *Ciencia de las pruebas penales. Sistema acusatorio*, Editorial Ibañez, Colombia 2014, p. 249.

¹⁵ El concepto “estado de derecho” es sinónimo de garantismo. Por tal motivo designa no simplemente un estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido con las modernas constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el denominado principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que

interamericana, Porrúa, México 2012, pp. 22 y 23.

operen sistemas de justicia de corte predominantemente acusatorio, debe ofrecer elementos para fortalecer —en la medida de lo posible— la esfera de seguridad jurídica del procesado, así como la limitación de las fuentes de prueba y medios de prueba¹⁶.

De forma complementaria a lo señalado con anterioridad, es pertinente recordar que —en su esencia— las reglas de la prueba han de ser concebidas como uno de los principales valores de garantía en la tutela de la esfera personal de la libertad de cualquier investigado, vinculado a proceso o, en su caso, acusado. Por tal razón, las legislaciones procesales en materia penal deben sacrificar lo menos posible los derechos de personalidad

disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia está sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes; b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por medio de la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, esto es, de las prohibiciones legales de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de cumplir con los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, España 1995, pp. 856 y 857.

¹⁶ DAGDUG KALIFE, Alfredo, *Op. Cit.*, p.73.

del justiciable en el conflicto que —en estos supuestos— surge entre derechos sociales y derechos de libertad¹⁷.

«... dado el precepto constitucional que califica de nula toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, también habría de incluirse —y ser consideradas nulas— aquellas pruebas que, si bien no vulneran —directamente— derechos fundamentales, cuentan con irregularidades que pueden —sustancialmente— poner en duda su admisibilidad y la pulcritud de un proceso penal que pretende juzgar una realidad ex post.»

¹⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, «La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas», Delgadillo, Alfredo (coord.), *La prueba ilícita en el procedimiento penal*, INDEPAC, México 2007, p. 56.

Por último—y vinculado a las ideas vertidas en los párrafos precedentes—un sector de la doctrina comparada ha precisado que en un sistema democrático—que pretenda ser consecuente con aquellos principios ideológicos que propugna y defiende—debe enfatizarse:

a) La correcta—y expresa—legalidad de los medios probatorios en todas sus materias, esencialmente, en la penal;

b) Ubicar en un primer plano la legalidad de los medios e instrumentos de convicción probatoria;

c) Excluir todos aquellos medios probatorios que no cumplan con las disposiciones constitucionales y procedimentales, tanto para su obtención como incorporación al proceso¹⁸.

¹⁸ La oportunidad procesal de la exclusión de la prueba ilícita tiene que ver con el propósito legislativo de excluir la prueba con anterioridad al juicio oral con la finalidad de reducir efectos perniciosos a un material probatorio que, de ningún modo, pueda servir de fundamento a una sentencia criminal. Todo parece indicar que no es suficiente establecer que el tribunal de juicio oral no pueda valorar dicho material probatorio, sino que todo indica que se ha procurado que, sencillamente, no llegue a tener conocimiento de su existencia. De esta manera se pretende limitar—en la medida de posible—el riesgo de una influencia indebida—consciente o inconsciente— de la prueba ilícita en la

II. 1 Teoría de los frutos del árbol envenenado

Esta teoría gira, básicamente, en torno a las actuaciones relacionadas con la obtención del material probatorio para el proceso penal. Desde este enfoque, se interpreta que las indagaciones e investigaciones en materia procesal penal que incurren—o inciden—en ilegalidad pueden dar origen al hallazgo de pruebas objetivas o pruebas derivadas que, por la impureza en su producción, éstas deben ser excluidas al igual que la prueba principal calificada de ilícita¹⁹.

El planteamiento antepuesto es, de forma resumida, la teoría que surge de una resolución estadounidense²⁰ y que fue adoptada

convicción del juzgador, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Chile 2005, p. 87.

¹⁹ *Ibidem.*, p.251.

²⁰ En el año 1914, en *Weeks vs. United States* (232 U.S. 383 [1914]) la Suprema Corte norteamericana resuelve por primera vez que no podía emplearse como prueba de cargo en juicio evidencia material obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda. *Weeks*, sin embargo, sólo hacía referencia a la jurisdicción federal, no así a la jurisdicción de los distintos estados de la Unión. En cierta medida, el paso definitivo en este proceso inserto en la polémica por la extensión de las enmiendas a los estados

por diferentes Estados en sus legislaciones. En este sentido, el ordenamiento jurídico estadounidense es, tal vez, aquel en el que el principio de la prescindencia de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales ha alcanzado un reconocimiento más amplio —aunque ello no lo ha exentado de polémicas y retrocesos—²¹. Desde esta perspectiva debe concurrir una *relación de causalidad contingente* entre la prueba principal y la prueba derivada, que genere que esta última también sea excluida por la misma razón que la primera²².

se da con *Mapp vs. Ohio* (367 U.S. 643 [1961]), cuando se declara que la regla de exclusión derivada de la Cuarta Enmienda obliga también a las jurisdicciones estados miembros de la Unión Americana. Desde esa época, la regla tiene aplicación general en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos y es una referencia importante como fuente de litigación del derecho norteamericano. Asimismo, en virtud de *Silverman vs. United States* (365 U.S. 505 [1961]), debe también excluirse todo aquel testimonio que verse sobre informaciones adquiridas durante la actuación ilegítima.

²¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Op. Cit.*, p. 10.

²² En la jurisprudencia mexicana se pueden apreciar ecos de la teoría de los frutos del árbol envenenado, toda vez que la autoridad judicial ha considerado que, de recibirse las pruebas derivadas de otras inconstitucionales, se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, al no poder condenarse a alguien si no se

«La Teoría de los frutos del árbol envenenado gira, básicamente, en torno a las actuaciones relacionadas con la obtención del material probatorio para el proceso penal. Desde este enfoque, se interpreta que las indagaciones e investigaciones en materia procesal penal que incurrir —o inciden— en ilegalidad pueden dar origen al hallazgo de pruebas objetivas o pruebas derivadas que, por la impureza en su producción, éstas deben ser excluidas al igual que la prueba principal calificada de ilícita.»

comprueba plenamente el delito que se imputa y su responsabilidad penal en él. Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2058, libro III, diciembre de 2011, Tomo 3, del SJF y su Gaceta, el número de registro 160500, bajo el rubro: PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.

II. 2 Reglas de exclusión de la prueba

Existen diversas ideas relacionadas a las reglas de exclusión de la prueba, entre éstas se encuentra la relacionada a la —necesaria— distinción que debe hacerse entre la verdad material y la verdad de los hechos litigiosos. Al respecto, existen en la doctrina penal autores que interpretan que la verdad judicial —y penalmente relevante— surge de métodos de investigación institucionalizados integrados a la normativa constitucional y/o procesal en la materia²³.

De lo señalado en el párrafo precedente se deriva que la prueba habrá de desarrollarse mediante estrictos cauces y reglas procesales que sustituyen —y descartan— los criterios de libre adquisición del conocimiento por otros no autorizados jurídicamente. Es por tal razón que existen reglamentaciones para determinar las pruebas que pueden formar parte de la construcción de la verdad judicial, y aquellas que no podrán admitirse²⁴.

Dentro del contexto al que se está haciendo referencia —en los párrafos que anteceden— se precisa que el sistema de legalidad de los medios probatorios se regule de

manera positiva y negativa²⁵. Dentro de la primera forma (+) se establecen modalidades para la admisión de pruebas, y en el plano (-) se establecen las reglas de exclusión probatoria²⁶.

II.2 Excepciones a la regla de exclusión de la prueba

La regla de exclusión no tiene una aplicación ilimitada, sino que existen excepciones que permiten la admisión y valoración de pruebas y sus derivadas, producto de una violación constitucional²⁷. Dichas excepciones, se reconducen a cuatro y se explican a continuación:

La fuente independiente. Cuando las pruebas que se consideran derivadas de una violación de derechos anterior derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial ha estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá excluirlas.

El hallazgo inevitable. Las pruebas resultantes de la lesión del derecho que sólo por eso deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas.

²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La prueba judicial*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., México 2015, p. 66.

²⁴ *Ibidem*, p.67.

²⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Op. Cit.*, p.56.

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Op. Cit.*, pp.85-89.

²⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Op. Cit.*, p.56.

El nexa causal atenuado. Cuando el nexa causal entre el acto ilícito y la prueba derivada de él se encuentra muy debilitado, se puede considerar inexistente, pudiéndose admitir dicha prueba.

La buena fe. La excepción por la buena fe reside en la justificación del obrar de un policía o funcionario que, por actuar bajo una orden aparentemente legítima pero con vicios ocultos, obtiene pruebas en dichas actuaciones²⁸.

En México, la interpretación judicial ha reconocido —de forma enunciativa y no limitativa— límites a la exclusión de la prueba ilícita. En la tesis reciente²⁹, se reafirma la teoría de los frutos del árbol envenenado y se enuncian tres supuestos que limitan la posible exclusión de la prueba derivada de una violación constitucional inicial. Dichos supuestos son los siguientes:

Si la contaminación de la prueba se atenúa. Si la violación es no intencionada o menor, entre más vínculos existan entre la ilegalidad

inicial y la prueba secundaria, y entre mayor distancia temporal haya entre éstas, son factores que se pueden tomar para considerar que el vicio se ha difuminado.

Si hay una fuente independiente para la prueba.

Si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Refiere a elementos que constituyan la prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial.

III. La prueba ilícita en el en el contexto jurídico-penal de México

La ilicitud de la prueba se encuentra delimitada en distintos ordenamientos del derecho positivo mexicano. Atendiendo la jerarquía de las leyes, primeramente, se tendría que hacer referencia al artículo 20 CPEUM³⁰, apartado A, en donde se establecen los principios generales del proceso penal. Dentro de dichos principios, en la fracción IX se ubica la siguiente garantía:

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

La justificación de la norma contenida en la precitada fracción IX, apartado A, artículo 20 CPEUM se localiza en el

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Op. Cit.*, pp. 85-89.

²⁹ Tesis: 1a./J. CCCXXVI/2015 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 993, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo 1, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2010354, bajo el rubro: PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en:

[<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>], consultada en: 2017-04-18.

hecho de que las autoridades de persecución del delito no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, de concurrir tal circunstancia, tal infracción tendrá que ser invalidada dentro del proceso penal, independientemente, de la responsabilidad en la que pudiera incurrir y/o hacerse acreedores los agentes responsables de la misma³¹.

Por otro lado el apartado B, artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativo a los derechos de toda persona imputada, en su fracción II, establece que toda declaración rendida por la persona imputada, sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio. Esto brinda garantías de seguridad jurídica a la persona imputada, pues se excluyen

³¹ De no ser de esta manera, los agentes y las autoridades encargadas de la indagación penal podrían verse incentivadas para investigar derechos fundamentales. Además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: 1ª Mediante la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo, la interceptación de comunicaciones privadas); 2ª Mediante el uso de ese material en el proceso, perjudicando, nuevamente, a la víctima de la primera infracción. CARBONELL, Miguel (2009), «Sobre el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida», *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales*, Cuarta Época, Núm. 7, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México Enero-Febrero 2009, pp. 191 y 192.

aquellas declaraciones que puedan rendirse en planos de desequilibrio entre las partes.

«De esta manera, la reforma en materia penal busca que los policías y ministerios públicos se mantengan leales al proceso penal y, sobre todo, que se respete el principio de exclusión de la prueba ilícita en agentes del Estado autorizados en llevar a cabo una investigación penal, trayendo consigo, entre otros beneficios político criminales, un aumento de confianza en las instituciones por parte de la población.»

En otro sentido, y vinculándose a este análisis, es aplicable también lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, párrafo décimo quinto, que señala lo siguiente: «Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio».

Lo anterior es resultado de las modificaciones en materia penal que trae consigo la reforma de 2008. En la exposición de motivos del Poder Legislativo se puede apreciar la intención del legislador de procurar un mayor respeto a los derechos de toda persona imputada por parte de las autoridades que intervienen en la investigación del delito y en su acusación³².

De esta manera, la reforma en materia penal busca que los policías y ministerios públicos se mantengan leales al proceso penal³³ y, sobre todo, que se respete el principio de exclusión de la prueba ilícita en agentes del Estado autorizados en llevar a cabo una investigación

penal³⁴, trayendo consigo, entre otros beneficios político criminales, un aumento de confianza en las instituciones por parte de la población³⁵.

Con relación al tema de la *prueba ilícita*, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*³⁶, en su artículo 264, establece lo siguiente: «Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.»

Como se aprecia, el concepto de derechos fundamentales está ligado directamente al de prueba ilícita. La exclusión de la prueba ilícita atiende a un principio que busca evitar vacíos legales, mediante los cuales se puedan efectuar violaciones de derechos fundamentales en la obtención de pruebas “legales”, mismas que pueden influir en la sentencia decretada por el juez. En este sentido, el Código Nacional establece en su artículo 324 la exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate por diversos motivos³⁷, entre ellos: ... «II. Por

³² SUBDIRECCIÓN DE ARCHIVO Y DOCUMENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública*, Palacio Legislativo, México 2008, p. 60, disponible en: [<http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>]], consultada en: 2017-04-18.

³³ El artículo 214 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* relativo a los principios que rigen a las autoridades de la investigación ordena que: «Las autoridades encargadas de desarrollar la investigación de los delitos se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados».

³⁴ SUBDIRECCIÓN DE ARCHIVO Y DOCUMENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, *Op. Cit.*, p. 139.

³⁵ *Ibidem.*, p. 60.

³⁶ *Código Nacional de Procedimientos Penales*, consultado en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf]

³⁷ El Juez de control, una vez examinados los medios de prueba

haberse obtenido con violación a derechos fundamentales...».

Conclusiones

La reforma constitucional de 2008, que establece nuevas reglas del juego procesal, acarreó una serie de cambios con relación a los medios de convicción penal entre los que destacan: a) reducción del estándar probatorio que deberá cubrir el Ministerio Público para obtener la “vinculación a proceso” y orden de aprehensión; b) únicamente, salvo excepciones que el CNPP señala, se considera prueba la que se desahogue, con apego a los principios de inmediación y contradicción, durante la audiencia de juicio oral; c) a la parte acusadora le corresponde demostrar la culpabilidad; d) aparece una forma gradual de describir a los

ofrecidos y de haber escuchado a las partes, ordenará fundadamente que se excluyan de la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación o no sean de utilidad para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los supuestos siguientes: 1) el medio probatorio se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser: a) sobreabundante, b) impertinentes, c) innecesarias; 2) por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales; 3) Por haber sido declarados nulos, o 4) Por ser de los que contravienen las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

medios de convicción [datos de prueba, medios de prueba y prueba]; e) se establece lógica de la experiencia y la sana crítica como sistema de valoración de prueba dentro del proceso penal mexicano.

Se estima prueba ilícita todo aquel medio de convicción que infringe alguna norma del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva —no se exige para que se dé esta condición— que la norma infringida sea la Constitución. Asimismo, su definición está —profundamente— vinculada a la forma en que ésta se obtiene y se llega a producir a lo largo del proceso penal. También, su prescripción en la ley procesal debe ser considerada como uno de los principales valores de garantía en la tutela de la esfera personal de la libertad del justiciable. Complementariamente a las disposiciones legales, desde la doctrina (teoría de los frutos del árbol envenenado) y criterios jurisprudenciales afines, se ha considerado que las actuaciones en materia procesal penal que incurren en ilegalidad en la obtención de los medios de probatorios nos llevan al escenario de la prueba ilícita.

Por último, tanto la Constitución como el Código Nacional de Procedimientos Penales respectivamente, establecen las pautas legales que nos indican en qué casos concurre la prueba ilícita. En este sentido, la Constitución artículo 20 apartado A, establece los

principios generales del proceso penal, señala en su fracción IX que: cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula. Adicionalmente, el apartado B, relativo a los derechos de toda persona imputada, en su fracción II establece que: toda declaración rendida por la persona imputada, sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio. Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales con relación a la prueba ilícita, en su artículo 264, señala que: se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. De igual manera, el Código en su artículo 324, relativo a la exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate, señala entre tales motivos el haberse obtenido con violación a derechos fundamentales.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- CARBONELL, Miguel (2009), «Sobre el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida», *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales*, Cuarta Época, Núm. 7, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Enero-Febrero, México 2009.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia predominante acusatorio*, Ubijus, México 2010.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial. Tomo I*, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina 2000.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *La valoración de la prueba en los juicios orales*, Flores Editor y Distribuidor, México 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México 2012.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La prueba judicial*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C., México 2015.
- GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Academia de la Magistratura, Perú 1997.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de derecho procesal penal*, Editorial Colex, España 2001.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*,

«Se estima prueba ilícita todo aquel medio de convicción que infringe alguna norma del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva — no se exige para que se dé esta condición — que la norma infringida sea la Constitución. Asimismo, su definición está —profundamente— vinculada a la forma en que ésta se obtiene y se llega a producir a lo largo del proceso penal. También, su prescripción en la ley procesal debe ser considerada como uno de los principales valores de garantía en la tutela de la esfera personal de la libertad del justiciable.»

Colección de Investigaciones Jurídicas, Publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Chile 2005.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, *Introducción a la prueba en el nuevo proceso penal acusatorio*, Instituto de Formación Profesional/Ubijus, México 2008.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, «La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas», Delgadillo, Alfredo (coord.), *La prueba ilícita en el procedimiento penal*, INDEPAC, México 2007.

VÉLEZ, Julio Cesar, *La prueba y su vinculación con la regla de congruencia*, Ediciones AVI SRL, Argentina 2009.

Tesis: 1a./J. CCCXXVI/2015 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 993, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo 1, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2010354, bajo el rubro: PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 2058, libro III, diciembre de 2011, Tomo 3, del SJF y su Gaceta, el número de registro 160500, bajo el rubro: PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SUBDIRECCIÓN DE ARCHIVO Y DOCUMENTACIÓN DE LA SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública*, Palacio Legislativo, México 2008, p. 60, disponible en: [\[http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf\]](http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf), consultada en: 2017-04-18.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

DESARROLLO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Antonio CORTÉS MAYORGA*

SUMARIO: Introducción; I. La prueba, su finalidad y diferencia con dato, medio de prueba y prueba; II. La prueba testimonial; III. El testigo como medio de prueba; IV. Objeto; V. Capacidad del testigo; VI. Obligación de declarar; VII. Conocimiento personal; VIII. Pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba testimonial; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

La reforma penal publicada el 18 de junio de 2008 en materia de seguridad pública, procuración e impartición de justicia penal y delincuencia organizada, transforma radicalmente el sistema de justicia penal, realizando diversas modificaciones a los artículos 14 y 16 a 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dentro de esta gama de modificaciones, fue de suma importancia lo referente al artículo 20, apartado A, fracciones III, IV y VIII.

Así es como a partir de dicho cambio constitucional se replantean los límites que nuestro sistema jurídico establece en materia de pruebas, principalmente en la testimonial, donde se contempla, además, que el ahora sistema acusatorio comulga en trasladar las decisiones fundamentales al proceso, por lo que las actuaciones de investigación fungen como una serie de evidencias que ofrecerán las líneas de argumentación traducidas en hipótesis por probar durante las audiencias en el juicio, des-formalizando la investigación para concretarla en una carpeta con los datos que se vayan arrojando; asimismo, para que los testimonios sean considerados como prueba, deberán producirse ante la o el juez de juicio oral.

La prueba testimonial, al ser un elemento importante en el sistema acusatorio y oral, tuvo cambios significativos de fondo y forma. Así mismo, la dinámica de los interrogatorios y contrainterrogatorios es de vital importancia para la valoración de esta probanza; es por ello que la labor de los operadores

* Licenciatura en *Derecho* y Maestría en *Ciencias Penales*, por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), asimismo cuenta con Doctorado en *Ciencias Penales y Política Criminal "Sistema Acusatorio Penal"*, obteniendo mención honorífica, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). A lo largo de su trayectoria profesional durante 21 años, ha desempeñado diversos cargos en ámbito de administración de justicia, durante 12 años como Juez Penal de Primera Instancia, y actualmente Juez Penal del Sistema Procesal Acusatorio de la Ciudad de México, desde enero 2015.

judiciales automáticamente se vuelve profesional y se enfoca en crear la convicción en el tribunal por medio de su teoría del caso y de las técnicas de persuasión pertinentes. En consecuencia en este apartado se analizarán los sistemas de valoración de la prueba testimonial de conformidad a la sana crítica apoyada en las reglas de lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos avanzados, además se determinará si los y las juezas han cambiado la forma de desahogar y valorar la prueba testimonial en el proceso penal acusatorio.

I. La prueba, su finalidad y diferencia con dato, medio de prueba y prueba

En el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, se establece, en el numeral 261, que el dato de prueba es la referencia al contenido de un medio convictivo que aún no es sometido a la contradicción ante el órgano jurisdiccional, y debe ser idóneo y pertinente para establecer de manera razonada la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado en el hecho

Alberto NAVA señala que la idoneidad de una prueba alude a la aptitud, suficiencia o eficacia que posee en esencia un medio probatorio para demostrar, con los resultados y efectos que le son particulares, un determinado hecho. Constituye un

elemento intrínseco de cada prueba, traducido en los efectos o resultados probatorios que produce según su naturaleza¹.

Para precisar la idoneidad de una prueba es necesario analizar el hecho que pretende probar la fiscalía, es decir, una vez clarificado el hecho motivo de la acusación por conducto de la persona que juzga, debe estudiar la idoneidad de la prueba atendiendo a su naturaleza legal y principalmente la finalidad que persiguen la fiscalía y la defensa acorde a su respectiva teoría del caso, y en consecuencia determinar la admisión o exclusión de los medios de prueba propuestos decisión que se materializa en la etapa intermedia con base los principios de inmediación y contradicción.

«La prueba testimonial, al ser un elemento importante en el sistema acusatorio y oral, tuvo cambios significativos de fondo y forma. Así mismo, la dinámica de los interrogatorios y conainterrogatorios es de vital importancia para la valoración de esta probanza; es por ello que la labor de los operadores judiciales automáticamente se vuelve profesional y se enfoca en crear la convicción en el tribunal por medio de su teoría del caso y de las técnicas de persuasión pertinentes.»

¹ Cfr. NAVA GARCÉS, Alberto E., *La prueba electrónica en materia penal*, Porrúa, México 2011, p. 135.

HIDALGO MURILLO señala: «Es pertinente el dato de prueba cuando es adecuado; es pertinente cuando tiene la fuerza de probar lo que ha de probar.»

Al respecto, NAVA GARCÉS señala que en el sentido procesal la pertinencia de un medio probatorio significa que la prueba correspondiente pertenece a la instancia donde se ofrezca o se pretenda desahogar, por tener relación con algún hecho o aseveración que requiera demostración en dicha instancia procesal. La pertinencia se refiere a que la prueba ofrecida tenga sentido, aporte algo a la causa, ya sea para la acusación o para la defensa².

Así también, en la legislación nacional se estatuye la conceptualización de los medios de prueba como toda fuente de información que permite la reconstrucción de los hechos que dieron origen al procedimiento, además la pertinencia de los medios probatorios consiste en la relación entre el hecho controvertido contenido en la acusación y las afirmaciones que la fiscalía pretende probar en el juicio oral, conforme a la carga probatoria que le compete a la parte acusadora, y respecto de la defensa los medios de prueba que oferte también deben ser pertinentes, es decir, tener estrecha relación con los hechos controvertidos materia del

² *Ídem.*

procedimiento, y la o el juez debe analizar su exclusión en caso de ser impertinentes.

Para CAROCCA PÉREZ, probar significa: «convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana»³.

Eduardo M. JAUCHEN afirma que el vocablo prueba tiene varias acepciones, incluso dentro del mismo Derecho Procesal. Se utiliza como “medio de prueba” para indicar los diversos elementos de juicio con los que cuenta en definitiva el magistrado para resolver la causa, hayan sido éstos introducidos al juicio oficiosamente o por producción de parte⁴.

Michele TARUFFO considera que la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognitivas suficientes y adecuadas para ser considerados “verdaderos”. La función de la prueba es, por lo tanto, una función racional, ya que se sitúa en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de “juicios

³ CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual: el Nuevo Sistema Procesal Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2005, p. 231.

⁴ JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2006, p. 17.

de verdad” fundados en una justificación racional⁵.

Para DELLEPIANE, la prueba judicial es «la verificación o confrontación de las afirmaciones de cada parte con los elementos de juicio suministrados por ella y su adversario o recogidos por el juez para acreditar o invalidar dichas afirmaciones»⁶.

«... la pertinencia de los medios probatorios consiste en la relación entre el hecho controvertido contenido en la acusación y las afirmaciones que la fiscalía pretende probar en el juicio oral, conforme a la carga probatoria que le compete a la parte acusadora, y respecto de la defensa los medios de prueba que oferte también deben ser pertinentes, es decir, tener estrecha relación con los hechos controvertidos materia del procedimiento, y la o el juez debe analizar su exclusión en caso de ser impertinentes.»

⁵ TARUFFO, Michele, *et al.*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, p.45.

⁶ DELLEPIANE, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Temis, Bogotá 2009, p. 29.

Desde un aspecto subjetivo, la prueba se conceptualiza como la convicción que se pretende producir en el órgano jurisdiccional. Se describe desde un punto de vista objetivo y subjetivo, en virtud de que no puede separarse la noción de la prueba de los medios utilizados para suministrarla. Es precisamente en este punto donde se suele confundir la prueba con el objeto de ésta, o incluso se habla de prueba y de la actividad probatoria, confundiéndola con las etapas de producción y valoración probatoria.

La prueba se diferencia del derecho probatorio en que este último incluye el ámbito procesal y extraprocesal, es decir, llega hasta la verificación de la existencia de las pruebas. Las pruebas judiciales deben entenderse como: «las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos»⁷. Por otro lado, los medios de prueba⁸ son los instrumentos con los que se probará lo que resulta en una diferencia marcada con la prueba misma. Con esto queda claro que los medios de prueba pueden aportar o no certeza, mientras que la prueba son las razones de certeza que le servirán al juzgador. Luis Arnoldo ZARAZO OVIEDO advierte: «el fin de la

⁷ *Ibidem.*, p. 20.

⁸ Medios de prueba son: «los elementos o instrumentos, utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos». *Ídem.*

prueba es advertir que el mismo consiste en producir el convencimiento ya del fiscal o del juez o la jueza sobre los hechos que interesan al proceso, vale decir que su función no es otra que la de obtener la certeza necesaria»⁹.

El objeto de la prueba es lo que se puede probar, es decir, sobre lo que puede recaer, aquello que es de interés para el proceso y cuya existencia es demostrada. La necesidad de la prueba se refiere a la materia que debe probarse; tanto el objeto de la prueba como la necesidad de la prueba no se refieren a algún sujeto en especial. La carga de la prueba se refiere a sujetos específicos, es decir, a lo que las partes probarán para tener éxito, pero también tiene que ver con el juez, quien tiene la carga decisoria¹⁰.

Atento a las diversas aportaciones comparto las consideraciones de los distintos autores consultados respecto de la concepción de la prueba, en forma específica, con el doctor Eduardo JAUCHEN, al estimar que por prueba se entiende todo elemento o instrumento idóneo y pertinente que la fiscalía y defensa aporten al juzgador y que se produce en la

audiencia de debate de juicio oral para resolver definitivamente un conflicto sometido a su jurisdicción, y se actualiza la actividad de probar por conducto de las partes procesales para pretender probar los hechos controvertidos que son objeto del procedimiento penal para el esclarecimiento de los hechos, con la finalidad de sustentar la acusación, o bien, las aseveraciones que efectúe la defensa en favor del acusado, y que sirvan de fundamento al tribunal de enjuiciamiento para emitir el fallo definitivo de condena o absolución.

II. La prueba testimonial

La prueba testimonial es muy utilizada por ser un modo adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos, es una prueba sencilla y fácil de recibir, pero casi siempre muy delicada de apreciar por la frágil memoria de los testigos, ya que ésta, aunada a las expresiones dudosas adoptadas por las partes, hacen incierta e insegura la prueba. Al respecto, RESÉNDEZ opina: «la prueba testimonial sería la más perfecta de las pruebas si se pudiera suponer que los hombres son incapaces de mentir o de errar»¹¹. Es precisamente esta deficiencia la que acentúa la complejidad de actos encaminados al conocimiento de la verdad, misma que el ser humano

⁹ ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo, *La Sana Crítica como sistema de valoración en materia penal*, Ibáñez, Bogotá 2010, p. 25.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Op. Cit.*, pp. 135 y 136.

¹¹ RESÉNDEZ Muñoz, Eduardo, *Curso de Derecho procesal civil*, s.a., Tomo II, p. 315.

parece estar empeñado en eclipsar, ya se trate de testigos, ofendidos, acusados o, en muchos casos, agentes del Ministerio Público, juezas, jueces, magistrados o magistradas y ministros o ministras de la Suprema Corte.

«La prueba testimonial es muy utilizada por ser un modo adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos, es una prueba sencilla y fácil de recibir, pero casi siempre muy delicada de apreciar por la frágil memoria de los testigos, ya que ésta, aunada a las expresiones dudosas adoptadas por las partes, hacen incierta e insegura la prueba.»

El Derecho procesal penal es útil en su realización, objetivo y fin con la ayuda de la prueba, ya que ésta es parte de los cimientos para una investigación de los hechos y de la persona que los realiza y para que el órgano jurisdiccional penal pueda imponer la pena o medida de seguridad, según sea el caso, o dictar una sentencia absolviendo a la persona sobre quien se formuló la acusación. El juez o la jueza de enjuiciamiento, debe ser muy cuidadoso tanto en el desahogo de la prueba testimonial como en su valoración, porque es frecuente que el testigo presentado por el denunciante o querellante no haya presenciado los hechos y sólo comparezca para ayudar a su representante, declarando lo que previamente le fue enseñado.

Independientemente de los riesgos que representa la prueba testimonial en el proceso penal, sigue teniendo especial importancia para el esclarecimiento de la verdad, por lo que se descarta la idea de que se le pueda excluir de los medios probatorios. Al respecto, CARNELUTTI no se equivocó al mencionar que el interés que pueda inducir al testigo a alterar la verdad puede y debe ser tenido en cuenta en la valoración del testimonio¹².

III. El testigo como medio de prueba

Al tratar el tema de la prueba testimonial, hay que referirnos al órgano de esta prueba, que es el *testigo*¹³. Esta palabra proviene del

¹² Cfr. CARNELUTTI, Francisco *Principios del proceso penal*, EJE, Buenos Aires 1971, p. 200.

¹³ El testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pudo conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual del hecho. Partiendo de esta definición, podemos realizar las siguientes puntualizaciones: 1. *El testigo declarará sobre lo que le consta en relación al imputado, al hecho o a sus circunstancias.* Este conocimiento debe haberlo adquirido a través de sus sentidos (vista, oído, olfato, gusto o tacto); 2. *El testimonio siempre lo debe prestar una persona individual.* Las personas morales no declaran; en caso necesario, lo hacen sus representantes legales; 3. *El testigo narra lo que percibió,*

latín *testis-is* (persona que declara sobre un hecho que ha visto u oído) y se refiere a toda persona informada de cualquier manera de los hechos o circunstancias que se investigan en una determinada causa penal, y cuya declaración se considera útil para el descubrimiento de la verdad. Ciertamente, debe tratarse de una persona física e individual, es decir, ni jurídica ni colectiva, pues sólo así está en condiciones de captar psíquicamente los hechos, retenerlos, recordarlos, referirlos o narrarlos ante el tribunal¹⁴.

Incursionando en la doctrina, ésta da una idea generalizada del testigo. De este modo, se puede mencionar, entre otros, a CARNELUTTI, para quien es el “narrador de una experiencia”; CASTRO lo caracteriza como la persona “que relata ante el Juez lo que ha observado”; MITTERMAIER lo define como «el individuo llamado a declarar, según la experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de un hecho». Para SABATINI, es la «persona llamada al proceso para declarar lo que conoce, en torno a los hechos, por los cuales se procede».

pero no expresa opiniones ni conclusiones. Las opiniones las da el perito, y 4. El testimonio debe hacerse oralmente, salvo que algún impedimento físico no se lo permita.

¹⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Rubinzal Culzoni, Tomo II, Buenos Aires 2008, p. 267.

Asimismo, cuando FRAMARINO se refiere de manera muy general al testigo, distingue tres categorías atendiendo a la colocación del mismo conforme al momento de producción del hecho o acontecimiento a probarse: testigo *ante factum*, *in facto* y *factum*. Para explicar la distribución, dice que los primeros pueden ser instrumentales, con lo cual se acomodan a la prueba documental, y verbales, los que se asimilan a los testigos *in facto*. Los segundos son las personas que habiendo presenciado el hecho por casualidad, se encuentran en condiciones de referirlo a los demás; los mencionados en tercer lugar son propiamente los llamados peritos. No cabe duda que el verdadero testigo es el que corresponde al considerado por FRAMARINO como testigo *in facto*, al que también caracteriza como común; aunque pueda asimilarse a éste como el *ante factum* cuando una persona está llamada a deponer sobre lo ocurrido durante la actividad que presencié, dicha persona no tendrá en su origen las características del testigo común (*in facto*).

En ese sentido, define el testigo como la persona física citada o comparecida espontáneamente al proceso con el fin de transmitir con sus manifestaciones el conocimiento que tenga sobre un hecho concreto, pasado y extraño al proceso, que ha percibido sensorialmente en forma

directa y que resulta de interés probatorio en la causa¹⁵.

De aquí que el testigo, para ser tal, debe deponer un hecho pasado ocurrido fuera del proceso actual. No puede ser una persona expresamente llamada con el propósito de que presencie un determinado acto a cumplirse o para verificar los hechos ya ocurridos. Además, el testigo instrumental o de actuación no reunirá en todos los casos la nota de judicialidad conforme se requiere para el testigo común, pues es el que se utiliza para la prueba preconstituida¹⁶.

En este sentido, el sistema requiere de manera ineludible que todo testigo declare personal y directamente ante el tribunal de juicio, ya que es la única forma de respetar los principios de inmediación, oralidad y publicidad, también es necesario que pueda ser sometido al contradictorio de todas las personas ante el interrogatorio cruzado de ellas. Por otro lado, la convicción del tribunal debe formarse mediante la percepción directa de sus declaraciones, apreciando no sólo el contenido de su relato, sino la forma en que se expresa (gestos, movimientos, miradas, pausas, silencios, titubeos, contradicciones y demás manifestaciones de su rostro y

su cuerpo); todo lo cual es útil para medir la veracidad o falsedad con la que se conduce¹⁷.

Por lo tanto, considero que testigo es toda persona (incluso niña, niño y adolescente) que ha percibido un hecho a través de sus sentidos y tiene la posibilidad de aportar ante el tribunal información pertinente e idónea para el contenido del fallo definitivo.

En el Derecho Penal, el testigo es la persona física que relata en un proceso penal, por requerimiento de la autoridad competente, los hechos que percibió con sus sentidos, relacionados éstos con el delito de que trata la causa, sin hallarse en incompatibilidad. Actualmente, casi todas las personas pueden ser testigos; en la antigüedad, la ley establecía causas de incapacidad e incompatibilidad y no podía ser testigo el que fuere conocido de mala fama, de perjurio, el falsificador, los ladrones, homicidas, los herejes, los pobres, los menores de edad, entre otros. Hoy en día no pueden ser testigos el juez, los defensores ni los intérpretes.

Una definición más precisa de testigo es la que se refiere a la persona que tiene verdadero conocimiento de un hecho.

¹⁵ Para las definiciones presentadas, *cfr.* JAUCHEN, Eduardo M., *Op. Cit.*, pp. 287 y 288.

¹⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 269.

¹⁷ *Cfr.* JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación penal oral*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2014, pp. 134 y 135.

Las declaraciones hechas por los testigos pueden ser únicas (cuando es una sola declaración), singulares (cuando no declaran lo mismo), contestes (cuando están de acuerdo en lo declarado), contradictorias (cuando son incompatibles entre sí), diversificativas (cuando no guardan conexión) o acumulativas (que producen la reconstrucción).

En materia penal, el testigo es el colaborador más importante para la adquisición de prueba y por cuya razón su intervención en el proceso se impone con las menores restricciones¹⁸.

IV. Objeto

El objeto del testimonio, además de los hechos y de ser una herramienta sumamente útil, son las personas, cosas y lugares que perciba, que después memorice y que pueda describir los acontecimientos ante el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional correspondiente con la causa criminal que se investigue. Es admitido siempre que para la investigación de los hechos de la causa se haga necesario presentar a las personas que los hubieren conocido o presenciado.

Hay que tomar en consideración que aun cuando el testigo sea honesto, por su imaginación o por el tiempo transcurrido entre el suceso y su declaración, puede resultar que

ésta no se apegue a la verdad de los hechos relatados por él. En relación con esto, MITTERMAIER explica que «el intervalo transcurrido entre el acontecimiento y la declaración puede modificar notablemente su naturaleza»¹⁹. La imaginación altera fácilmente el recuerdo de los hechos confiados a la memoria y aun cuando ciertos pormenores o detalles se olviden y otros aparezcan con colores más vivos, puede suceder que todo esto sea obra quimérica de la imaginación, que muchas veces se apresura a llenar los vacíos de la memoria, haciéndose en tales momentos muy difícil distinguir lo que es verdadero de lo que sólo es imaginario. Aunque tenga la mejor voluntad del mundo, el testigo llamado a declarar mucho tiempo después del suceso no sabe combinar la observación real con las creaciones fantásticas de la imaginación.

«...el sistema requiere de manera ineludible que todo testigo declare personal y directamente ante el tribunal de juicio, ya que es la única forma de respetar los principios de inmediación, oralidad y publicidad, también es necesario que pueda ser sometido al contradictorio de todas las personas ante el interrogatorio cruzado de ellas.»

¹⁸ Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Op. Cit.*, pp. 277 y 278.

¹⁹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, Madrid 1929, p. 214.

V. Capacidad del testigo

Se denomina capacidad al conjunto de recursos y aptitudes que tiene un individuo para desempeñar una determinada tarea. En el caso de los testigos, se refiere a la capacidad de percibir, recordar o describir los hechos y de comprender la obligación de declarar de forma verídica. Capacidad de la que se carece por extrema juventud del testigo o su estado mental, específicamente cuando se sufre de alguna enfermedad de esta índole.

En la legislación mexicana se establece que toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes personales, podrá ser llamada como testigo siempre que pueda aportar algún dato para la investigación del hecho que la ley señala como delito y el Ministerio Público y defensa estimen necesario su testimonio para su examen y contraexamen; sin embargo, la ley exige una capacidad determinada, es decir, una aptitud física independientemente de la credibilidad de lo declarado, se advierte que las personas con discapacidad visual, auditiva y de lenguaje poseen una capacidad especial y su testimonio se debe regir bajo ciertas reglas; por ejemplo, en el caso de las personas con discapacidad visual, su declaración quedará video grabada, y en el caso de personas con discapacidad de lenguaje y auditiva, existe la obligación de la autoridad de nombrarle un intérprete.

Según lo expuesto, toda persona puede ser testigo; no obstante, existen vínculos sanguíneos o sentimentales que justifican plenamente la abstención de declarar, por ejemplo, el tutor, curador, pupilo o cónyuge del probable autor del delito, parientes por consanguinidad ascendente o descendientes hasta el cuarto grado y colateral por consanguinidad hasta el segundo; pero si aceptan rendir su testimonio deben contestar a las preguntas formuladas²⁰.

Respecto al valor de sus declaraciones, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostienen: «El hecho de ser los testigos presenciales parientes de los ofendidos, no invalidan sus declaraciones, toda vez que, si acaso, referirán circunstancias que agraven la situación jurídica del o de los autores, pero no imputarán los hechos delictivos a personas diversas, sino al contrario, querrán que no se castigue a otra distinta del verdadero responsable»²¹.

La capacidad del testigo para recordar cualquier asunto sobre la declaración se encuentra relacionada con los procesos de refrescamiento de memoria, por ello, el *Código Nacional*

²⁰ Cfr. El artículo 361 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

²¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Apéndice 1917-2000, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tomo II, p. 278.

de *Procedimientos Penales*, en su artículo 376, contempla la posibilidad de leer en el momento de interrogatorio documentos, manifestaciones anteriores o entrevistas con el fin de apoyar a la memoria del declarante. Asimismo, la capacidad de comunicar cualquier asunto sobre la declaración se vincula con el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y contrainterrogatorio, con la forma de sus respuestas y con su personalidad.

VI. Obligación de declarar

En el sistema procesal penal, toda persona que tenga conocimiento de hechos posiblemente delictivos y perseguibles de oficio tiene el deber jurídico de manifestarlo a las autoridades, ya sea como testigo o como denunciante. En nuestro Estado de Derecho existen excepciones al principio penal de que la persona que conozca los hechos investigados esté obligada a manifestarlos a las autoridades competentes. Diversas causas de política criminal justifican dichas excepciones, en tanto ello permite que las declaraciones sean producidas conforme a la naturaleza humana, de acuerdo con ciertas excluyentes de responsabilidad penal y acordes con los tratados internacionales; tales cuestiones porque así lo reclama la lógica y a su vez lo legitima el derecho.

Acorde con la esencia del testigo (persona física) que percibió los hechos, ello le origina la

obligatoriedad de acudir ante el tribunal de enjuiciamiento a rendir testimonio en razón de que percibió directamente los hechos y bajo ninguna circunstancia podría sustituirlo otra persona para declarar ante la jueza o el juez; de lo anterior deriva la obligación de acudir al tribunal a rendir su respectivo testimonio.

VII. Conocimiento personal

El conocimiento personal significa que el testigo únicamente puede declarar sobre los hechos que percibió, observó o experimentó en forma directa y personal; por ello, en este supuesto entra el testigo directo, aunque su conocimiento también requiere de fundamentación antes de que exponga los hechos.

Una persona testigo sólo podrá declarar sobre la materia de la cual tenga conocimiento personal; éste deberá ser demostrado antes de que se pueda declarar sobre el asunto si una parte formula objeción; asimismo, tal conocimiento personal sobre la materia o asunto objeto de su declaración podrá ser demostrado por medio de cualquier prueba admisible.

«En el sistema procesal penal, toda persona que tenga conocimiento de hechos posiblemente delictivos y perseguibles de oficio tiene el deber jurídico de manifestarlo a las autoridades, ya sea como testigo o como denunciante.»

El problema que presenta la exposición del conocimiento personal, como toda declaración de testigo, es hasta donde el testigo expone los hechos que percibió y hasta donde desde su conocimiento realiza inferencias u opiniones sobre éstos. En la vida diaria, en las conversaciones cotidianas las personas inconscientemente mezclan los hechos con las opiniones cuando se comunican. Muestra de ello es, por ejemplo, si se le pregunta sobre la condición en que lucía el agresor, podría responder que se notaba desequilibrado, con una mirada “de odio”, “enojo”, “rabia”, etc., lo que propiamente no es un hecho sino una opinión de lo observado, inclusive al testigo se le interroga con un lenguaje claro y sencillo.

VIII. Pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba testimonial

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral, debe ser previamente fundamentada ante el órgano jurisdiccional; lo anterior es necesario en interés tanto de la eficiencia como de la equidad y a fin de respetar el tiempo del juez o jueza. Así, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. Al respecto, son tres los aspectos esenciales que debe demostrar la evidencia para ser aceptada: pertinencia, autenticación y admisibilidad.

La pertinencia es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. Las pruebas deben ser pertinentes ciñéndose al asunto de que se trata, ya en lo principal, en los incidentes o en las circunstancias importantes, es decir, que la prueba que se presente debe ser coherente con lo que se plantea en el juicio.

Debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar. La evidencia debe cumplir con dos elementos para ser pertinente: el primero, relativo a la ley sustancial, impone que la misma se refiera directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o la responsabilidad penal del acusado. El segundo, ordenado por la lógica, se refiere a que la experiencia y el comportamiento humano deben tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

Resultando la pertinencia un elemento importante para establecer la relación entre el medio de prueba ofertado y el hecho descrito en la ley, la prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso al cual la referencia puede aludir como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades, o bien, a la

participación que en él tuvo el imputado²².

Por lo tanto, considero que la pertinencia resulta fundamental para establecer de forma directa la relación que existe entre el medio de prueba ofertado y los hechos en concreto contenidos en la acusación formulada por la fiscalía y la respectiva contestación de la defensa en la etapa

²² JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal, Op. Cit.*, pp. 24 y 25. En razón de la indisponibilidad del objeto del proceso en materia penal, la pertinencia del medio probatorio no estará determinada por las circunstancias de que las partes hayan controvertido o admitido el hecho, sino por la vinculación del elemento con los hechos que es necesario probar para verificar la verdad histórica. Empero, no será sólo la proximidad directa con el hecho delictuoso la pauta para verificar su pertinencia, pues de esta cualidad puede gozar el medio que tiende a comprobar un hecho incidental dentro del proceso a raíz de un incidente, posición o excepción articulada dentro del mismo y para cuyo caso sea menester recurrir a la corroboración de hechos que no tengan una vinculación directa con el fondo que suscita el proceso. También puede estar dirigida a verificar la idoneidad misma de otro elemento probatorio relacionado directamente con el hecho principal, como las pruebas tendientes a comprobar la dudosa veracidad de un testigo que refiere haber presenciado el hecho ilícito o la prueba pericial para verificar la autenticidad de la documental que materializa el ilícito, etcétera.

intermedia, con la finalidad de esclarecer los hechos objeto del proceso, inclusive el legislador establece como una hipótesis de exclusión de medios de prueba, cuando sean impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos. (Artículo 346 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*).

Autenticar es establecer que lo presentado es genuino; esto es justamente lo que el proponente sostiene en su intervención. Equivale a persuadir al juzgador o juzgadora sobre la mismidad del elemento y su relación con el caso. También es demostrar que el elemento material o evidencia han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. Una y otra se establecen en el juicio oral por medio del testigo o testigos respectivos al momento del interrogatorio y son condiciones previas de admisibilidad. La evidencia no puede ser admitida hasta que previamente se muestre que es una “cosa real”.

Se piensa que la autenticación sólo es aplicable a evidencias físicas tales como documentos, objetos o fotografías: ¿es éste el documento que las partes firmaron?, ¿es éste el vehículo que produjo el daño?, ¿muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del hecho que la ley señala como delito? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación, debe establecerse que cumple

adecuadamente con la petición de autenticidad del proponente. El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia. El oponente puede controvertir su validez, y la persona que juzga, estima o no esta evidencia para apoyar su decisión. La autenticación no se limita solamente a objetos tangibles, también es propia de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

El procedimiento para identificar y autenticar una evidencia es el siguiente:

- 1) Solicitar permiso para presentar al testigo el elemento marcado para identificación, de acuerdo con la lista de evidencias de cada una de las partes;
- 2) Exhibir el elemento a la contraparte;
- 3) Entregar el elemento al testigo;
- 4) Interrogar al testigo para que lo identifique o reconozca, y
- 5) Solicitar al juez o jueza que incorpore como prueba el elemento que se acaba de autenticar y se marque como tal.

De acuerdo con el jurista Antonio Luis GONZÁLEZ NAVARRO, la

admisibilidad de un medio de prueba está en relación con lineamientos previo a su pertinencia y autenticación; la regla general es que toda evidencia pertinente es admisible. La admisibilidad específica de cada tipo de evidencia depende de normas particulares que condicionan su ingreso al proceso.

Aunque sea pertinente, la prueba no puede ser admisible cuando:

- a) La evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido que es razón misma del proceso. En cambio, el perjuicio indebido es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener la evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar. Un ejemplo es cuando se presente la ropa ensangrentada de la víctima de un homicidio: su presentación y autenticación no logran un gran valor probatorio sobre la culpabilidad del acusado, pero afectan “el potencial inflamatorio en el ánimo del juez”. Lo mismo sucede con la presentación de fotografías del cadáver sobre las cuales debe determinarse si se busca un efecto ilustrativo relevante o se trata de crear un perjuicio en el juzgador.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo de una prueba compleja causante de confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

«La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido que es razón misma del proceso. En cambio, el perjuicio indebido es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener la evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.»

El juez o jueza puede solicitar la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, por otro lado, es, por ejemplo, la prueba superflua o acumulativa, que no ofrece ni quita nada al proceso y, en consecuencia, es innecesaria porque ya se practicaron suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

El rechazo de la prueba por improcedente está restringido a los supuestos de las impertinentes o superabundantes. Prueba *impertinente* es aquella que evidentemente no tenga vinculación alguna con el objeto

del proceso en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal. Es *superabundante* aquella prueba que resulta evidente y manifiestamente excesiva para verificar un hecho. Esta calificación es relativa, desde que deberá atenderse a cada caso concreto, a la índole del hecho a probar y a la calidad y cantidad de elementos que ya existan o se ofrezcan para probarlo.

Tanto la impertinencia como la superabundancia deben surgir en forma evidente, o sea, manifiesta, incontrovertible. En caso de duda, atento a que el ofrecimiento de pruebas hace directamente a la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, deberá aceptarse y proveerse²³.

Se estima que de acuerdo con la estructura del proceso penal acusatorio, para que un medio de prueba pueda ser admitido por la autoridad jurisdiccional, debe ser pertinente con relación al objeto del proceso. Con la prueba testimonial, la persona que testifica proporcionará información al tribunal que deberá tener relación con el hecho que diera origen a la investigación, de lo contrario, no se admitirá dicho medio

²³ JAUCHEN, Eduardo M., *El juicio oral en el proceso penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2008, pp. 196 y 197.

probatorio ofertado por carecer de pertinencia, y como quedo expresado en el desarrollo del presente apartado en observancia a legislación nacional procesal.

Conclusiones

Durante el desarrollo del presente trabajo se ha manifestado la importancia de la innovación en la ciencia jurídica, de aportar nuevas ideas y salir de paradigmas del sistema inquisitivo. En ese sentido, las y los juzgadores deben tomar en consideración que los casos fácticos y paradigmáticos siempre terminan por superar al Derecho, pero no deben quedarse estáticos ante la problemática, sino que podrían actuar con todas las herramientas científicas y humanas que puedan allegarse y que, con los grandes cambios en sistemas de justicia penal, dichas interpretaciones erróneas sobre el garantismo únicamente darían como resultado un hipergarantismo, lo que ocasionaría impunidad, juzgamiento y descontento social hacia las instituciones, por lo tanto, la necesidad de una auténtica revolución judicial.

La prueba testimonial resulta fundamental en este sistema, porque todos los documentos y pruebas materiales pueden ser incorporados a través de una declaración y, si no se valora de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicos, difícilmente puede funcionar el sistema y esto

tendría graves consecuencias como: a) se generaría impunidad, b) falta de credibilidad en la impartición del sistema de justicia, y c) la negación al Derecho de acceso a la justicia.

El o la jueza debe dotarse de estándares de valoración probatoria basados en la lógica, la máxima de experiencia y los conocimientos científicos para justificar sus fallos de una manera certera y justa, donde el error judicial sea mínimo. Debemos establecer un umbral en el que las probanzas en el procedimiento penal alcancen un estatus de hipótesis probadas porque cumplen con el análisis y la valoración fundados en elementos mínimos que deben reunir las pruebas.

«La prueba testimonial resulta fundamental en este sistema, porque todos los documentos y pruebas materiales pueden ser incorporados a través de una declaración y, si no se valora de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicos, difícilmente puede funcionar el sistema y esto tendría graves consecuencias como: a) se generaría impunidad, b) falta de credibilidad en la impartición del sistema de justicia, y c) la negación al Derecho de acceso a la justicia.»

Fuentes consultadas

Bibliografía

- CARNELUTTI, Francisco *Principios del proceso penal*, EJEA, Buenos Aires 1971.
- CARROCCA PÉREZ, Álex, *Manual: el Nuevo Sistema Procesal Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2005.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2008.
- JAUCHEN, Eduardo M., *Estrategias de litigación penal oral*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2014.
- _____, *El juicio oral en el proceso penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2008.
- _____, *Tratado de la prueba en Materia Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2006.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, Madrid 1929.
- NAVA GARCÉS, Alberto E., *La prueba electrónica en materia penal*, Porrúa, México 2011.
- RESÉNDEZ Muñoz, Eduardo, *Curso de Derecho procesal civil*, s.a., Tomo II.
- TARUFFO, Michele, *et al.*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009.
- ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo, *La Sana Crítica como sistema de valoración en materia penal*, Ibáñez, Bogotá 2010.

Legislación Nacional

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Apéndice 1917-2000, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tomo II.

EL DESAHOGO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN AUDIENCIA

Emma Aurora CAMPOS BURGOS*

SUMARIO: Introducción; I. Prueba Testimonial; II. Declaraciones Previas; III. Prueba Documental y Material; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

El Proceso Penal en México, demanda una ineludible voluntad de continuar analizando los objetivos que el constituyente en junio de 2008 pretendió en torno a la reforma del proceso penal.

A través de los principios que rigen el nuevo sistema de justicia, consagrados en nuestra Carta Magna de *publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediación*, pone en práctica las llamadas *técnicas de litigación*, por medio de las cuales los abogados en audiencias orales hacen gala de sus habilidades, técnicas y destrezas, para lograr persuadir al Tribunal de Enjuiciamiento que su *teoría del caso*, es verosímil, ello al llevar al testigo a contar el hecho a través de la formulación de las preguntas correctas en el examen directo, o utilizando las ventajas de las preguntas sugestivas y cerradas durante el conainterrogatorio, o al emplear objeciones para repeler una pregunta mal formulada y así proteger a nuestro testigo.

El principal objetivo del presente trabajo es explicar de manera breve estas técnicas y destrezas que los litigantes han de considerar al momento del desahogo de los medios de prueba en audiencia de Juicio Oral.

I. Prueba Testimonial

La finalidad que se busca con los interrogatorios, es que los testigos den razón de los hechos sobre los cuales declaran, expresando si los presenciaron o los escucharon referir a otras personas.

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Curso de Postgrado en *Derecho* en la Especialidad de *Criminología*, por la Universidad de Salamanca, España; Máster Internacional en *Derecho Penal, Constitución y Derechos* por la Universidad Autónoma de Barcelona – Unidad Autónoma Metropolitana; Maestría en *Derecho* (Orientación penal) por la UNAM en coordinación con el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Igualmente, cuenta con cursos de especialización de Justicia para Adolescentes y Diplomado en Derecho Procesal Penal Acusatorio. Actualmente, es Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

Si bien nuestro ordenamiento procesal, no establece de manera precisa en su numeral 373, las reglas que deberán seguir los interrogatorios, limitándose a establecer que las preguntas deberán formularse de manera oral y versarán sobre un hecho específico, constricto a no permitir preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos.

No obstante ello, la teoría, establece que el examen de los testigos se realiza bajo los lineamientos de un interrogatorio directo, entendiéndose este, como la actividad destinada a la narración de hechos que conoce, ello, en el marco de la teoría del caso de quien presenta al testigo y a través de las preguntas que le son formuladas.

La forma común en que se prepara un examen directo es a través de la combinación de preguntas abiertas, cerradas, preguntas de introducción y transición. Lo recomendable es iniciar con preguntas abiertas que permitan al declarante hablar sobre el hecho y a partir de ese momento continuar con preguntas cerradas, todo ello dependerá del tipo de testigo que se presente, de ahí la importancia de su preparación, de ensayar el tipo de preguntas que podrían formularse en el juicio.

«A través de los principios que rigen el nuevo sistema de justicia, consagrados en nuestra Carta Magna de publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediatez, pone en práctica las llamadas técnicas de litigación, por medio de las cuales los abogados en audiencias orales hacen gala de sus habilidades, técnicas y destrezas, para lograr persuadir al Tribunal de Enjuiciamiento que su teoría del caso, es verosímil, ello al llevar al testigo a contar el hecho a través de la formulación de las preguntas correctas en el examen directo, o utilizando las ventajas de las preguntas sugestivas y cerradas durante el contrainterrogatorio, o al emplear objeciones para repeler una pregunta mal formulada y así proteger a nuestro testigo.»

1. Examen directo (Interrogatorio)

Es la revisión de los testigos que la propia parte ha ofrecido en el juicio oral, el Tribunal conoce los hechos por conducto de los testigos.

1.1. Acreditación del testigo

El primer objetivo resulta lograr convencer al Tribunal, que nuestro testigo es una persona digna de credibilidad.

«Este objetivo surge como consecuencia lógica del sistema de valoración de prueba del nuevo proceso penal: la libre valoración. Como señalamos anteriormente, ella implica que, en principio, que “todos los testigos valen en juicio, lo que no significa que ellos pesen lo mismo»¹.

Por lo tanto, debemos empezar todo interrogatorio con preguntas que brevemente acrediten al testigo, que conviertan al testigo en “José”, en “Alicia”; a estas preguntas se les conoce como “preguntas de legitimación o acreditación.” Y desde ese momento se le deberá llamar por su nombre al testigo, estas preguntas van dirigidas a establecer, ¿Quién es?, ¿Qué hace?, ¿A qué se dedica, etcétera.

Esto le dará mayor confianza y facilidad al testigo para que pueda declarar con naturalidad y espontaneidad. Dependiendo del

caso, algunas acreditaciones deberán ser más extensas y en otros, bastará con preguntas de identificación.

Buenas Tardes, diga su nombre:

— Me llamó Rafael Juárez

¿A qué se dedica?

— Soy Paramédico.

¿Desde hace cuánto tiempo?

— Cinco años.

Toda acreditación puede ser objetable por ser impertinente, salvo aquellas preguntas que estén relacionadas con la identidad del declarante o algún aspecto fáctico del caso.

¿Goza de buena reputación señora María?

1.2. Relato de los hechos

El segundo objetivo, es lograr construir a través de esa narrativa, en la mente del tribunal, la teoría del caso del exponente, llevarlos se dice “a la escena y traer la escena a ellos”, ya que recordemos que ellos no lo conocen, se enteran de éste a través del desahogo de la prueba.

Pero ¿cómo empezar un interrogatorio?, ¿cómo organizar el examen directo?, ¿cómo acreditar mis proposiciones fácticas? y para responder la pregunta, debemos atender a la estrategia de nuestro caso, tomando en consideración: 1) el orden de presentación de los testigos y 2) el orden que debe llevar la narrativa del hecho.

¹ BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *Litigación Penal, Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000, p. 113.

Existen diversas posturas de presentación, en donde todas ellas giran en torno a la estrategia del litigante, es decir, como es que se pretende demostrar que mi teoría del caso (mi historia de los hechos) ocurrió como lo planteo. Así tenemos, respecto al primer punto² podemos establecer la estrategia:

*** Presentar al o a los testigos más fuertes** al principio o al final y aquellos de importancia marginal o respecto de quienes albergamos dudas, en el medio.

Orden

Testigo I policía que observa el robo y arresta.

Testigo II policía que en cadena de custodia recibe el objeto (arma) utilizada para ponerla a disposición del Ministerio Público.

Testigo III perito que hace el análisis del arma y determina que se trata de un arma de fuego.

*** Hacer un relato estrictamente cronológico** y presentar a los testigos en el orden en que fueron apareciendo en la escena.

Orden

Testigo I presenció ocho días antes cómo la víctima fue amenazada de muerte por parte del acusado.

Testigo II. Presenció el momento en que el acusado compró un arma de fuego.

Testigo III presenció cuando el día de los hechos llegó el imputado al domicilio de la víctima.

Testigo IV presenció el momento en que disparó el acusado en contra de la víctima.

*** Finalmente, se estructura la historia alrededor del o los testigos estrella** y los restantes para reforzar aquel.

Orden

Testigo I (es el que más vio y/o el que declara mejor, los restantes solo refuerzan el dicho de este);

Testigo II, y

Testigo III.

Respecto del segundo punto³, resulta de igual manera, ser una decisión de estrategia, aunque la generalidad es atender al orden cronológico, ello para lograr que el interrogatorio sea recordado y entendido.

Debe comenzar con preguntas orientadas al inicio de los hechos, es decir, a describir el lugar de los hechos, hora, día, en donde estaba situado el testigo, para posteriormente pedir información de las acciones del acusado, reacciones de la víctima y finalmente identificación del acusado y su fuga.

¿Dónde estaba el 8 de diciembre a las 21 horas?

² *Ibidem*, p.130.

³ *Ibidem*, p.130.

— Leyendo, junto a la ventana de mi dormitorio.

¿Hubo algo que lo haya distraído de su lectura, aquella noche?

— Si, vi a José mi vecino golpeando a su esposa Rosa.

Se recomienda destacar un “punto” al principio y al final del interrogatorio, para enfatizar aspectos medulares del testimonio, dado que se recuerda con mayor facilidad lo que se escucha al principio y al final del testimonio, es decir iniciar con las preguntas de acreditación para proseguir con las preguntas introductorias, momento en que se recomienda señalar algún aspecto fundamental, siempre que no realice de manera abrupta.

En aquellos casos en que se pretenda presentar evidencia tangible, ésta deberá ser presentada después de la narración principal y antes de la etapa final del interrogatorio.

En ambos casos podemos desprender que el litigante va al Juicio Oral a exponer información no va a buscarla, por lo tanto, deberá de preparar al testigo.

1.3. Tipos de preguntas

1.3.1. Preguntas sencillas

Se recomienda formular preguntas que no presenten dificultad, para que las respuestas sean lo más cortas, sencillas y claras posibles; las

preguntas extensas pueden ser difíciles de entender.

Por lo tanto, debemos de prescindir de expresiones técnicas que puedan afectar la interpretación que se le pueda dar, caso contrario lo encontramos tratándose de peritos, en donde se tiende abordar el tema en el contexto de la ciencia en la cual el testigo es perito, en este caso, el testigo debe tener la libertad de referirse al tema en un lenguaje especializado (de acuerdo a su materia) siempre que el abogado posteriormente mediante preguntas pueda explicar lo que dijo el perito⁴.

Abogado: ¿Doctor pudo evaluar al acusado?

Testigo: Eso es correcto.

¿Con qué propósito?

— Con el propósito de determinar si era inimputable.

¿Qué concluyó usted doctor?

— Que es inimputable toda vez que tiene un problema de capacidad cognitiva y de control volitivo, que le impidieron conocer la criminalidad de sus actuaciones.

Doctor, ¿qué quiere decir usted con capacidad cognitiva?

— Licenciado, sencillamente que el acusado por razón de enfermedad mental no cuenta con la inteligencia

⁴ FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Tercera Edición, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico 2010, p. 73.

para comprender que lo estaba haciendo era ilegal.

1.3.2. Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas, son la principal herramienta y su finalidad es que el testigo conteste la pregunta con sus propias palabras.

Como norma general, las preguntas inician con: ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Porqué?, ¿Dónde?, Explique, Describa, todas estas serán consideradas preguntas abiertas.

¿Qué hizo el día 21 de abril del año pasado, aproximadamente a las 5 p.m?

Se introduce al testigo una pregunta general a partir de la cual éste tiene la libertad de expresarse con sus propias palabras, que fue lo que observo a través de sus sentidos, lo cual genera credibilidad en este.

No obstante, puede suceder que a través de estas preguntas, el testigo no vierta la información que el litigante requiere en su teoría del caso o éste en su narrativa incluya detalles sobreabundantes o innecesarios, que le restan credibilidad.

¿Cuál era el deporte que practicaba su hermano Víctor?

— Como todos los hombres, nos gustan los deportes de contacto, a él, le encantaba el box, aunque yo siempre le dije que era mejor el fútbol americano, cuando éramos chicos nuestros padres nos inscribieron en un equipo de fútbol americano.

En estos casos, resulta necesario formular preguntas cerradas de seguimiento.

1.3.3. Preguntas cerradas

Su propósito es lograr que el testigo escoja una sola respuesta de entre varias posibles respuestas y por lo tanto, conducir al testigo en los aspectos específicos que nos interesan.

No sugieren la respuesta, pero tampoco con estas se les permite el desarrollo de un relato abierto.

¿De qué color era el vehículo que abordó?

— Negro.

1.3.4. Preguntas de transición y orientación

Hay ocasiones en que no es fácil para el testigo reconstruir ciertos hechos, cuando vienen inmersos fechas diversas o hechos que recordar o necesitamos cambiar al testigo de un tema a otro.

Para tal efecto resulta útil introducir previo al interrogatorio encabezados que incorporan información, lo cual permite al testigo ubicarlo en un determinado contexto ya sea de lugar o fecha, con mayor claridad para que pueda este contestar o introducirlo en un tema nuevo.

Señor Pedro, ahora le voy a preguntar acerca de sus relaciones con el

acusado, específicamente en su entorno profesional.

Se utilizan este tipo de preguntas cuando queremos que amplíe algún aspecto sobre un hecho previamente aportado.

Usted acaba de manifestarnos que la persona que lo asaltó portaba un arma de fuego, ¿Podría describir dicha arma?

— Si, era un revolver con cache negra.

1.3.5. Preguntas sugestivas

Las preguntas sugestivas solo están permitidas a la contraparte de quien ofreció; el contrainterrogatorio y deberá entenderse como aquella en la que se hace una aseveración, la cual el testigo acepta o rechaza.

La forma más fácil de identificar si estamos en presencia de una pregunta sugestiva es, si la misma se puede contestar afirmativa o negativamente o en su estructura incorporan su propia respuesta.

Lo cierto es,... (Expresar la aseveración).

*Dígame si es o no cierto... (Expresar la aseveración).

*(Expresar la aseveración)... ¿Es eso cierto?, ¿Es verdad que...?

La pregunta sugestiva en un interrogatorio directo le resta credibilidad al testigo, ya que le da la respuesta a este.

¿Es cierto que abordó el acusado un vehículo blanco Volkswagen para darse a la fuga?

2. Contrainterrogatorio

El contrainterrogatorio, resulta de relevancia ya que se pretende que ambas partes tengan amplias posibilidades de controvertir la prueba (principio de contradicción).

Durante éste, el testigo estará expuesto a un sin número de preguntas encaminadas a impugnar su credibilidad, que le harán salirse del libreto memorizado del interrogatorio directo.

Este interrogatorio, lo hace la contraparte de quién se ha ofrecido el testimonio, estará limitado sólo a aquellos hechos narrados en el interrogatorio directo y aquellas relacionadas con la credibilidad del testigo, cuya finalidad es:

a) Desacreditar la credibilidad personal del testigo, por condiciones de percepción referidas a circunstancias personales (miopía, sordera, estado mental al momento de los hechos, estatura etcétera);

¿Es cierto que usted es alcohólico desde hace cinco años?

Consiste por tanto, en desacreditar al testigo como fuente de información, dando razones reales, no basta con señalar prejuicios como que sea drogadicto o alcohólico, o cuestiones físicas o de estado psicofísico.

b) Desacreditar la credibilidad del testimonio, (luminosidad del lugar, distancia, ruido ambiental, no lo presencié etcétera).

Se ataca ya no a la persona, sino al contenido de su relato, estas preguntas están orientadas a las condiciones de percepción de la información.

Las preguntas deberán de ser breves y sencillas, realizarse hacia aquellos aspectos de la declaración que puedan ser impugnables como inverosímil, falsas o inconsistentes, no nos interesa estructurar el interrogatorio de manera cronológica sino fragmentos de información, establecer las debilidades de la historia que se deben de evidenciar, así como también aquella información que tiene este testigo y que sea útil a la propia teoría del caso, todo lo que nos beneficie tiene que ser extraído.

¿Pudo ver el vehículo de la persona que lo asaltó?

— Sí.

¿El vehículo era de color azul?

— Si.

No es recomendable formular preguntas en negativo, ya que al contestar estas existe la incertidumbre en la respuesta.

¿Usted **no** puede identificar el tipo de vehículo que conducía el asaltante?

— Si, licenciado.

Tampoco se deberán efectuar preguntas que no podamos anticipar

la contestación, dado que el riesgo de obtener una contestación desfavorable es alto.

El litigante deberá llevar al testigo a aceptar, rechazar o adoptar aquella información que sea estrictamente necesaria, no permitir que el testigo explique, y en caso que no quiera contestar la pregunta, se le pueda repetir, hasta que se vea obligado a contestar.

Existen situaciones en las que será necesario formular preguntas abiertas para repetir parte del interrogatorio directo, ello solo si el testigo aportó algún elemento favorable a nuestro caso o adversa al caso de la contraparte o como preámbulo o introducción a un tema que vamos a desarrollar.

«... no nos interesa estructurar el interrogatorio de manera cronológica sino fragmentos de información, establecer las debilidades de la historia que se deben de evidenciar, así como también aquella información que tiene este testigo y que sea útil a la propia teoría del caso, todo lo que nos beneficie tiene que ser extraído.»

3. Las objeciones

Las objeciones son un mecanismo para que los litigantes puedan controlar el cumplimiento de las reglas técnicas en el manejo de los testigos (sus manifestaciones) en el desarrollo de su interrogatorio cruzado⁵.

El momento para objetar adecuadamente, requiere que el abogado una vez concluida la formulación de ésta, identifique que la pregunta es objetable en razón de su estructura (oportunidad de temporalidad); pero además debe poder identificar el fundamento correcto (precisión e idoneidad), no solamente manifestar el rechazo de la pregunta, y finalmente evaluar si aún mal formulada, daña la teoría del caso, (deseabilidad de objetar); ello antes de que el testigo dé contestación a la misma.

Nuestro ordenamiento procesal, no permite preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos. No obstante, si el testigo hubiere, contestado la pregunta, el tribunal deberá ponderar en la sentencia la circunstancia de

haberla así considerado para formar su convicción.

3.1 Preguntas objetables

3.1.1. Preguntas ambiguas

Se entenderá a todas aquellas que no le permiten comprender al testigo con claridad identificar el tema que se pregunta.

¿Qué hizo el día 20 de febrero?, (faltaría establecer el año, la hora o lugar).

3.1.2. Preguntas conclusivas

Es aquella pregunta que no lleva al testigo a declarar un hecho o asunto, ya que le direcciona a que acepte una conclusión que se incluye en la pregunta⁶.

¿Hablabas en serio Juan cuando le hizo la amenaza a María?

3.1.3. Preguntas impertinentes

Son aquellas que no guardan una relación con los hechos que se ventilan en el juicio⁷.

¿Qué hizo usted hoy en la mañana cuando se levantó?

3.1.4. Preguntas irrelevantes

Son preguntas que generan información no significativa o trascendente para esclarecer los hechos.

⁵ LONDOÑO JARAMILLO, Laura Alejandra, *Litigación Estratégica para el Sistema Acusatorio en México*, Editorial Anaya, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2016, p.121.

⁶ *Ibidem*, p. 123.

⁷ MORENO MELO, Manuel, *Técnicas de Litigación en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, México 2014, p. 257.

3.1.5. Preguntas argumentativas

Son aquellas en las cuales existe un argumento justificativo previo a la realización de la pregunta⁸.

3.1.6. Preguntas que ofenden al testigo o peritos

Porqué ofenden, denigran a la fuente de prueba.

3.1.7. Preguntas que tiendan a coaccionar al testigo

La coacción puede ser entendida como amenaza, o bien utilizar un lenguaje desafiante al momento de la formulación de las preguntas⁹.

Existen en la doctrina, otras clases de preguntas que son consideradas como aquellas que no cumplen con las técnicas de interrogatorio o contrainterrogatoria:

a) *Preguntas compuestas*.- Aquellas que incorporan más de un hecho o tema y que cada una de ellas debe ser objeto de una pregunta independiente.

b) *Preguntas capciosas*.- Las que tienden a inducir al engaño o confundir al testigo.

c) *Preguntas repetitivas*.- Preguntas que ya fueron formuladas.

d) *Preguntas de opinión a un testigo no calificado*.- Preguntas direccionadas a lograr de un testigo opiniones de carácter profesional, técnico y

científico, sin contar con dichos conocimientos.

Las preguntas que son admitidas en el contrainterrogatorio son las **sugestivas**, y como ya se expuso “son aquellas que traen implícita la respuesta”, esto es, la información la proporciona el propio abogado, permitiéndose al oferente de la prueba realizar preguntas sugestivas cuando el testigo se conduce de manera “**hostil**”.

«Nuestro ordenamiento procesal, no permite preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos. No obstante, si el testigo hubiere, contestado la pregunta, el tribunal deberá ponderar en la sentencia la circunstancia de haberla así considerado para formar su convicción.»

⁸ *Ibidem*, p. 258.

⁹ *Ídem*.

4. Testimonio del acusado

El acusado podrá decidir en qué momento de la audiencia desea declarar, sin que pueda ser restringido o sujeto a algún mecanismo de seguridad, a menos que sea necesario.

La presunción de inocencia que le asiste al acusado, le permite indicar si sólo responde las preguntas que le formule su defensor o, si por el contrario, está dispuesto a responder el interrogatorio y contrainterrogatorio, bajo las mismas técnicas de recepción de un testimonio, caso este en que se pueden utilizar las entrevistas o declaraciones anteriores del acusado para refrescar memoria, evidencias contradicción o efectuar aclaraciones.

II. Declaraciones Previas

Existe prohibición expresa de incorporar o invocar como medios de prueba o dar lectura durante el debate, a los registros y demás documentos realizados por la Policía o el Ministerio Público en la investigación, la excepción a esta regla son —entre otras— la lectura para apoyo de memoria, para demostrar o superar contradicción en audiencia o realizar aclaraciones.

No obstante, las excepciones que contempla la ley, se utilizan no con el objeto de sustituir la declaración del testigo, sino que «la declaración sea completa o con el objeto de entregarle elementos al tribunal para pesar la

credibilidad de los testigos o peritos»¹⁰.

«La presunción de inocencia que le asiste al acusado, le permite indicar si sólo responde las preguntas que le formule su defensor o, si por el contrario, está dispuesto a responder el interrogatorio y contrainterrogatorio, bajo las mismas técnicas de recepción de un testimonio, caso este en que se pueden utilizar las entrevistas o declaraciones anteriores del acusado para refrescar memoria, evidencias contradicción o efectuar aclaraciones.»

1. Lectura para apoyo de memoria (refrescar memoria)

Se utilizan las declaraciones previas rendidas por los testigos en juicio, para ayudarlo a recordar algunos detalles que son relevantes para su testimonio, ya sea por estar nervioso, por ser complicado recordar el dato o que se haya olvidado un detalle.

¹⁰ BAYTELMAN, Andrés, *Op. Cit.*, p. 254.

Por lo mismo, se considera que refrescar la memoria es una actividad “amigable” del abogado para con el testigo. El impacto en torno a la credibilidad de este testimonio está relacionado con cuánto es creíble que el testigo no recuerde la información.

¿A qué hora llegó a su domicilio?

— Alrededor de las nueve.

¿Recuerda con precisión la hora?

— Con precisión no recuerdo.

¿Recuerda usted haber rendido una declaración con antelación?

— Sí.

¿Cómo quedó registrada?

— Por escrito.

¿La firmó?

— Sí.

¿Recuerda haber proporcionado esta información en esa declaración?

— Sí.

¿Si la tuviera a la vista la reconocería?

— Sí.

¿Su señoría, solicito permiso para efectuar ejercicio de apoyo de memoria (refresco de memoria).

Se parecía que el testigo ya me dijo que existe una entrevista previa rendida por él, que quedó por escrito y la firmó, por lo tanto, el litigante, tendrá ya localizado el párrafo o líneas en que se encuentra la información solicitada, previamente marcadas, le mostrará la misma a la contraparte, indicándole el punto que se desea lea el testigo, para finalmente pedir al testigo lea en **silencio la**

información, posteriormente se le volverá a cuestionar.

¿Reconoce este documento?

— Sí, es la declaración que rendí ante el Ministerio Público.

¿Reconoce la firma que obra en la misma?

— Sí, es mi firma, yo la estampe en dicho documento una vez que concluí mi declaración.

¿Puede leer en silencio y para sí, por favor la línea que se encuentra en el párrafo?

— Sí

¿Recuerda ahora?

— Si.

2. Lectura para evidenciar contradicción

Lo que se intenta es desacreditar al declarante, debido a que cambia el contenido de su atestado, es inconsistente u omiso.

Los pasos que se recomiendan son:

a) Confirmar la información que el testigo proporciona en el interrogatorio y se sabe que es inconsistente.

Usted, acaba de declarar que no vio al sujeto, ¿cierto?

— Sí.

Usted, rindió una declaración por escrito ante el Ministerio Público, ¿cierto?

— Sí.

b) Se solicita autorización al Tribunal para hacer uso de la lectura a fin de evidenciar contradicción, realizándose la misma técnica utilizada para apoyo de memoria, se dirige al testigo y se le pide lea en voz alta la línea o párrafo que se quiere, previo reconocimiento que hace de la declaración previa rendida, así como del documento y firma que la contiene y que se le entrega para lectura.

¿Reconoce este documento?

— Sí, es la declaración que rendí ante el Ministerio Público.

¿Reconoce la firma que obra en la misma?

— Sí, es mi firma, yo la estampe en dicho documento una vez que concluí mi declaración.

¿Puede leer en voz alta, la línea del párrafo...?

— Sí (comenzando a leer).

c) Se puntualiza el error.

Entonces usted, dijo que sí vio al sujeto, ¿cierto?

— Sí.

3. Excepción para incorporar por lectura de declaraciones anteriores

Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción de los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados cuando:

a) El testigo o coimputado haya fallecido,

b) Presente un trastorno mental transitorio o permanente,

c) Presente pérdida de la capacidad para declarar en juicio (razón por la que no se desahogo anticipadamente), y

d) Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado.

Como así se encuentra previsto en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* en el artículo 386.

III. Prueba Documental y Material

Si bien, la prueba material, no podrá sustituir a la prueba testimonial, también lo es, que el impacto que genera la evidencia tangible al corroborar la versión del testigo, fortalece la teoría del caso del exponente. De ahí la relevancia de este tipo de prueba, denominada genéricamente “prueba material”, categoría dentro de la cual encontramos a los documentos, fotografías, videos, informes, evidencia, etcétera” y que se subdivide en:

a) Documentos, es todo soporte material que contenga información sobre algún hecho¹¹.

b) Objetos, entendidos como «aquellas cosas o elementos de carácter material que tienen relevancia probatoria para la

¹¹ *Código Nacional de Procedimientos Penales*, Gallardo Ediciones, México 2016, p. 287.

determinación de los hechos del juicio. Se encuadran en esta definición los instrumentos y los efectos del delito. Los instrumentos del delito son los medios materiales empleados en la perpetración del delito (*v. gr.*, armas, veneno)¹² y,

c) Otros medios, entendidas como «películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe»¹³.

Al igual que en todas las destrezas de litigación, la presentación de la prueba material requiere en principio, que sea ofrecida para cumplir **un propósito**, además que sea **pertinente**, esto es, no cualquier tipo de evidencia será admisible, tendrá que ser «evidencia material, que tenga algún valor probatorio».

Y, para incorporarse es a través de un testigo que establezca las bases necesarias para que acredite el mismo, de tal manera será necesario que sea citado a juicio al testigo; regla de incorporación que se encuentra contemplada en el artículo 383¹⁴ del

¹² HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile 2004, p. 305.

¹³ *Ibidem*, p. 310.

¹⁴ Artículo 383. INCORPORACIÓN DE PRUEBA. Los documentos, objetos y otros elementos de convicción, previa su

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tanto los objetos como documentos pueden constituir prueba “real” o simplemente “demostrativa”.

Es “prueba real” aquella que efectivamente formó parte de los hechos del caso, sin embargo, muchas veces será útil para las partes utilizar “prueba demostrativa” que, sin formar parte de los hechos del caso, los ilustran o aclaran¹⁵.

Como mencionamos, para lograr la autenticación de la prueba material, el litigante, al estar efectuando el interrogando directo a su testigo, procederá a exhibir el objeto o documento al testigo, preguntándole si lo reconoce, una vez que éste manifiesta afirmativamente, se le deberá pedir al testigo las razones de su reconocimiento, a continuación se solicitará al presidente del Tribunal sea admitido el objeto o documento para ser utilizado durante el juicio, sin que sea necesario ser reconocido nuevamente, finalmente, se podrá insertar el objeto o documento en el relato.

Agente —José, una vez que detuvo al señor Manuel, ¿lo registro?—.

— Sí y le encontré una pistola.

incorporación a juicio, deberán ser exhibidos al imputado, a los testigos o interpretes y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos.

¹⁵ BAYTELMAN, Andrés, *Op. Cit.*, p. 293.

(El abogado toma el arma), —Agente, ¿reconoce esta arma de fuego?—.

— Sí, es el arma de fuego que le encontré al señor Manuel en la bolsa izquierda trasera de su pantalón ¿Cómo sabe usted que se trata de la misma pistola?

— Bueno, porque es una pistola calibre .38, cuya cache estaba pintada de rojo.

Abogado: —Su señoría, solicito permiso para ingresar el objeto como prueba—.

«Al igual que en todas las destrezas de litigación, la presentación de la prueba material requiere en principio, que sea ofrecida para cumplir un propósito, además que sea pertinente, esto es, no cualquier tipo de evidencia será admisible, tendrá que ser «evidencia material, que tenga algún valor probatorio».

Y, para incorporarse es a través de un testigo que establezca las bases necesarias para que acredite el mismo, de tal manera será necesario que sea citado a juicio al testigo; regla de incorporación que se encuentra contemplada en el artículo 383 del Código Nacional de Procedimientos Penales.»

1. Documentos Públicos

Si bien es cierto, nuestro ordenamiento procesal, ya no hace diferencia entre documentos públicos y privados, también lo es, que tratándose de prueba documental pública, estimo no necesita la autenticación a través de un órgano de prueba **cuando estos no sean impugnados de falsos**, ello debido a que cuenta con características que permiten considerarlos auténticos (confiables), lo cual facilita su admisibilidad.

Se dice es documento auténtico “cuando está expedido realmente por la persona que aparece en él como su autor”, es auténtico lo que es verdadero, es decir, lo que no es falso ni fraudulento¹⁶.

De ahí, que «el reconocimiento de la legitimidad o autenticidad de un documento supone la admisión de su plena eficacia en juicio o de su valorabilidad, considerándolo como formalmente válido o apto para ser valorado libremente por el tribunal sentenciador como una prueba más de cargo o de descargo»¹⁷.

Y esto encuentra sustento en el entendido que, una vez que se realiza el descubrimiento probatorio, ambas partes conocen no solamente la existencia del documento, sino

¹⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba Penal (doctrina y Jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, España 1999, p. 360.

¹⁷ *Ibidem*, p.363.

además su contenido, de ahí que están en oportunidad de impugnar su autenticidad, el impugnante es quien tendrá la carga de probar la falsedad de este, dado que tratándose de documentos públicos, nos señala goza de “presunción legal”¹⁸, por lo tanto en caso de que no se impugne su autenticidad, genera tácitamente su aceptación.

Un ejemplo de esta postura la encontramos en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y en específico la regla 902 que establece las siguientes exigencias:

- a) El documento sea una copia original;
- b) El documento debe contener certificación de que es una copia fiel y exacta del original;
- c) El certificado tiene que estar suscrito por el custodio del récord o persona autorizada;

¹⁸ Tesis VI.1o.C.76 C., de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1432, Septiembre de 2005, Tomo XXII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 177341, bajo el rubro: CONFESIÓN FICTA. ES UNA PRESUNCIÓN LEGAL QUE PUEDE SER DESVIRTUADA POR CUALQUIER PRUEBA RENDIDA EN EL JUICIO, PERO EN CASO DE NO EXISTIR MEDIO DE CONVICCIÓN ALGUNO QUE LA CONTRAVENGA, ADQUIERE LA CALIDAD DE PRUEBA PLENA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

d) El documento debe tener el sello de la entidad gubernamental que la emite¹⁹.

Esta presunción legal de autenticidad es aplicable a las escrituras públicas, a los testimonios y a las certificaciones expedidas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

«... una vez que se realiza el descubrimiento probatorio, ambas partes conocen no solamente la existencia del documento, sino además su contenido, de ahí que están en oportunidad de impugnar su autenticidad, el impugnante es quien tendrá la carga de probar la falsedad de este, dado que tratándose de documentos públicos, nos señala goza de “presunción legal”, por lo tanto en caso de que no se impugne su autenticidad, genera tácitamente su aceptación.»

¹⁹ FONTANET MALDONADO, Julio E., *Op. Cit.*, p. 133.

Conclusiones

Este sistema, requiere el desarrollo de destrezas y técnicas, que permitan hacer frente a esta realidad en el litigio.

La práctica que se observa, es la falta de dirección por parte del litigante, se comienza sin saber cómo presentar su teoría del caso, una inadecuada organización de la prueba, un inadecuado interrogatorio o falta de conocimiento para incorporar debidamente la prueba en juicio, esto es, una evidente falta de estrategia de litigación, lo cual es comprensible debido al poco tiempo que tiene de vida el sistema procesal penal acusatorio en nuestro país.

Lo que se pretende con el presente trabajo, es proporcionar herramientas concretas, una guía básica que debe saber todo litigante del sistema, para poder exponer en juicio, su teoría del caso.

Asimismo, advertimos que al ser un sistema nuevo, con el paso del tiempo y las necesidades que se vayan presentando, tendremos que ir ajustando nuestra normativa procesal penal; de ahí, que ponemos en la mesa, el tema de no requerir para la incorporación de documentales públicas no impugnadas de falsas, un órgano de prueba, tema que deberá ser ampliamente discutido, pero que consideramos es importante comenzar su análisis.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BAYTELMAN A. Andrés y DUCE J. Mauricio, *Litigación Penal, Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000.
- CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba Penal (doctrina y Jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, España 1999.
- FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Tercera Edición, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico 2010.
- HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile 2004.
- LONDOÑO JARAMILLO, Laura Alejandra, *Litigación Estratégica para el Sistema Acusatorio en México*, Editorial Anaya, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2016.
- MORENO MELO, Manuel, *Técnicas de Litigación en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, México 2014.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales*, Gallardo Ediciones, México 2016.

Tesis VI.1o.C.76 C., de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1432, Septiembre de 2005, Tomo XXII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 177341, bajo el rubro: CONFESIÓN FICTA. ES UNA PRESUNCIÓN LEGAL QUE PUEDE SER DESVIRTUADA POR CUALQUIER PRUEBA RENDIDA EN EL JUICIO, PERO EN CASO DE NO EXISTIR MEDIO DE CONVICCIÓN ALGUNO QUE LA CONTRAVENGA, ADQUIERE LA CALIDAD DE PRUEBA PLENA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

Paul MARTÍN BARBA*

SUMARIO: Introducción; **I.** Qué es y cuándo se determina la exclusión de la prueba; **II.** Procedimiento de exclusión de los medios de prueba; **III.** Supuestos de exclusión de los medios de prueba; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

La exclusión de los medios de prueba constituye un mecanismo que permite interpretar uno de los principios del Nuevo Sistema de Justicia Penal, como lo es de depuración de la controversia, a fin de que a través de éste, se cumpla a su vez con el diverso de Economía Procesal, de eficacia, de eficiencia y en determinados supuestos, el de tutela efectiva de los Derechos Humanos, cuando un medio ha sido obtenido con violación a derechos fundamentales, de manera tal que el juicio —factor protagónico de este nuevo paradigma de procedimiento— tenga como elemento central el punto culminante del conflicto.

Introducción

El nuevo modelo de justicia penal en México ha significado una reconfiguración prácticamente integral de todo el sistema que rigió en todo el siglo XX y en los albores del presente milenio.

Quizá sea aún prematuro hablar sobre las dimensiones que implica esta transformación —es una idea común reiterar sobre el cambio de paradigma en esta materia— y más aún, lo que va a implicar a la luz de la realidad mexicana, tomando en consideración las vicisitudes y cuestionamientos a los que ha sido sometido y seguramente seguirá padeciendo el nuevo procedimiento penal; sin embargo, en lo que quizá haya una mayor aceptación, es en el hecho de que esta nueva mega estructura normativa e institucional, obliga a todos los operadores, y decididamente a quienes tienen como labor primaria el desarrollo de la dogmática, a mantener un constante análisis y replanteamiento de las reglas y figuras que integran el Nuevo Sistema de Justicia Penal (en adelante NSJP), tomando, si se

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad La Salle; Maestría en *Derecho* con orientación penal por la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Doctorado en *Ciencias Penales y Política Criminal* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Actualmente es Juez Primero de Tribunal de Enjuiciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

quiere, la teoría elaborada en otras latitudes, incluso de nuestra propia geografía —recordemos que el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (en adelante CNPP) es un ordenamiento de segunda generación, en tanto que el primer ordenamiento estatal surgió en el estado de Chihuahua en el año de 2006—, siempre sobre la base de la conveniente y/o necesaria proporción que debe existir a la luz del marco normativo base de nuestro país, y como ya dijimos, de la propia realidad, que siempre obliga a replantear aquello, que como el NSJP, ofrece una gama que se antoja como interminable, de instituciones en materia de procedimiento.

«... la regla de exclusión de los medios de prueba, constituye eso, “reglas”, esto es, normas que buscan adjetivizar situaciones específicas y que se explican en la medida en que buscan confeccionar respuestas ante situaciones concretas o cerradas, a diferencia de los principios, que guardan una conexión semántica hermanada, sustancialmente, con la dogmática en materia de DDHH.»

Dentro de este gran acervo de realidades que plantea el CNPP, uno en lo particular ha comenzado a despuntar como de orden fundamental en la cúspide de prioridades para el nuevo procedimiento, como lo es el concerniente al tema de la prueba, dentro del que se encuentra la primera tríada conformada por el ofrecimiento, la admisión y el desahogo de la misma, al igual que la que por sí mismo constituye la valoración de ésta —establecida como regla genérica en los artículos 265, 359 y 402 del CNPP—; al seno del primer subconjunto o tríada, y señaladamente, dentro del grupo constituido por la admisión de la prueba se aloja una categoría conformada por la exclusión de los medios de prueba, que en el orden de factores de importancia, adquiere un valor sustantivo fundamental, más todavía si se analiza a la luz del significado que tiene la reforma en materia de Derechos Humanos (en adelante DDHH), cuyo contenido adquiere un valor que irradia con decidido y trascendental peso, todo el orden jurídico mexicano.

Del tema que significa la exclusión de los medios de prueba nos habremos de ocupar en este trabajo, intentando, en la medida de lo posible, poner especial atención en el enfoque práctico que supone la labor jurisdiccional dirigida al pronunciamiento sobre casos concretos.

I. Qué es y cuándo se determina la exclusión de la prueba

El artículo 346 del CNPP dispone de manera textual lo siguiente:

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

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

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

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

b) Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o

c) Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;

II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones

señaladas en este Código para su desahogo.

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

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable

Como se puede ver, la regla de exclusión de los medios de prueba, constituye eso, “reglas”, esto es, normas que buscan adjetivizar situaciones específicas y que se explican en la medida en que buscan confeccionar respuestas ante situaciones concretas o cerradas, a diferencia de los principios, que guardan una conexión semántica hermanada, sustancialmente, con la dogmática en materia de DDHH.

De esta manera, el hecho de que el CNPP disponga de normas específicas dirigidas a generar condiciones que faculten a la autoridad jurisdiccional a excluir un medio de prueba que ha sido ofrecido de manera formal,

constituye un supuesto de excepción, que se apoya en las premisas de economía procesal y de justicia pronta, pero también en los de tutela judicial efectiva y de culpabilidad, en tanto que uno de los principios del NSJP obliga a emitir un fallo de condena, únicamente sobre la base de la acreditación plena de la culpabilidad (artículo 20, apartado A, fracciones V y VIII de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* –CPEUM– y 5 del *Código Penal para la Ciudad de México*, en adelante CPCDMX).

En esta consideración, esta doble vertiente de normativización de las reglas de exclusión de los medios de prueba, obedece a la necesidad, tanto de generar un escenario de eficacia en la parte central del juicio, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 348 del CNPP, en el sentido de que el juicio «...es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso...», es decir, al compromiso que atañe discernir sobre los hechos realmente controvertidos; y al mismo tiempo, consolidar un discurso de protección y garantía de DDHH del acusado, a fin de evitar que se admitan medios de prueba obtenidos con violación a Derechos Fundamentales, cuyo desahogo, comprometa seriamente la labor jurisdiccional, sin perjuicio de que en la etapa respectiva de valoración, esto —la declaratoria de

nulidad plena— pueda verificarse manera efectiva.

En obsequio a la claridad, podemos decir que la exclusión de los medios de prueba consiste en:

«...la tarea del Juez de Garantía durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral [de] discutir con las partes la procedencia, la pertinencia, la necesidad y la licitud de las pruebas que ellas han ofrecido... consistirá, eventualmente, en filtrar la prueba ofrecida»¹; ya que el juez después de «examinar las pruebas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia... ordenará fundadamente la exclusión de [la] evidencia...»².

Estos conceptos nos indican que la labor del Juez dirigida a determinar la exclusión de algún medio de prueba, debe de provenir del debate que se genere entre las partes —principio de contradicción—, ya que en ellas recae la obligación de brindar la información suficiente que permita al Juez decidir, en última instancia, si procede o no la exclusión del medio de prueba, con base en los

¹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, Segunda Edición, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2002, p. 181.

² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile 2004, p. 50.

supuestos que prevé el artículo 346 del CNPP.

De tal suerte, queda evidenciado que la actividad del Juez de Control consiste en realizar una “depuración” de las pruebas que habrán de desahogarse en la etapa de juicio, con la limitante de que dicha exclusión debe estar sustentada en alguna de las hipótesis que prevé el numeral antes citado; esto significa, que la decisión del Juez enfocada a determinar la exclusión de algún medio de prueba se encuentra delimitada por la propia norma, cobrando por tanto trascendencia los argumentos que viertan las partes a fin de defender la pertinencia y licitud de sus medios de prueba, y con lo cual, se debe revelar en cierta medida su teoría del caso que pretendan llevar a juicio, tal y como lo señala el tratadista Rafael BLANCO SUÁREZ *et. al.*, cuando señala:

Aquí se encuentra un fundamento serio para sostener que la defensa de un imputado debe esbozar su teoría del caso al exponer sus argumentos de defensa en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y no limitarse a hacer un discurso formal basado en la carga de la prueba que recae sobre el Ministerio Público o la presunción de inocencia que beneficia a su defendido. En efecto, el debate sobre la pertinencia de determinados medios probatorios, por ejemplo, de un testigo en particular, puede requerir por

parte del juez de garantía el conocimiento de cuál es la teoría del caso del litigante que lo presenta para resolver adecuadamente si admite o no su declaración ante el tribunal oral³.

Por tanto, la decisión que asuma el órgano jurisdiccional debe estar sustentada, en gran medida, con base a los argumentos de las partes, más aún si se toma en cuenta que la determinación que se adopte respecto a la exclusión de prueba, repercutirá significativamente en el juicio, y por consiguiente, en la teoría del caso que sustente cada parte procesal.

Ahora bien, en cuanto a las disposiciones del CNPP, esta figura queda limitada, en su parte estrictamente formal, a la decisión jurisdiccional que se toma en la audiencia intermedia, una vez que las partes han ofrecido y verbalizado — atendiendo al principio de publicidad— sus medios de prueba, ya sea después de haber escuchado el acervo o bloque de propuesta de prueba, o bien, exponiendo cada una en lo particular, para decidir de forma individual.

En este sentido, no está demás retomar la idea en cuanto al hecho de que el ofrecimiento de los medios de prueba debe quedar sometido a la regla de admisión, es decir, al hecho

³ BLANCO SUÁREZ, Rafael, *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2005, p. 123.

de que “todo medio de prueba ofrecido, debe ser admitido”, que en todo caso, no sería más que un presupuesto lógico de la diversa regla de que “todo medio de prueba admitido, debe ser desahogado”, quedando en consecuencia inmerso en un criterio de excepción, la propia exclusión del mismo.

II. Procedimiento de exclusión de los medios de prueba

Ahora bien, el citado artículo 346 del CNPP dispone que la exclusión de los medios de prueba debe llevarse a cabo después de «...haber escuchado a las partes...».

Esto nos indica que, ya se trate de un planteamiento general del ofrecimiento del medio o de uno singular a cargo de la parte que lo hace, se debe escuchar a la contraparte, a fin de que se pronuncie sobre el punto, de acuerdo al principio de contradicción, esto es, sobre si se debe o no admitir el medio de prueba.

Desde luego, la materia del debate se debe centrar únicamente sobre el punto en particular, a fin de evitar divagaciones ajenas al tema; la intensidad del debate puede llegar a resultar significativo, fundamentalmente en temas de violación a Derechos Humanos, en tanto que el estándar de argumentación, y de forma especial, el de acreditación, puede llegar a adquirir un nivel importante de controversia, en tanto que la

verificación del punto —la violación a DDHH en la obtención del dato, registro o evidencia—, implica una constatación seria y contundente.

«...queda evidenciado que la actividad del Juez de Control consiste en realizar una “depuración” de las pruebas que habrán de desahogarse en la etapa de juicio, con la limitante de que dicha exclusión debe estar sustentada en alguna de las hipótesis que prevé el numeral antes citado; esto significa, que la decisión del Juez enfocada a determinar la exclusión de algún medio de prueba se encuentra delimitada por la propia norma, cobrando por tanto trascendencia los argumentos que viertan las partes a fin de defender la pertinencia y licitud de sus medios de prueba, y con lo cual, se debe revelar en cierta medida su teoría del caso que pretendan lleva a juicio...»

A manera de ejemplo desde el punto de vista del Derecho Comparado, en el sistema anglosajón, y en forma particular, en términos de las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico⁴, existe lo que se

⁴ Regla 234, ALLANAMIENTO; MOCIÓN DE SUPRESIÓN DE EVIDENCIA. (34 L.P.R.A. Ap. II R 234).

La persona agraviada por un allanamiento o registro ilegal podrá solicitar del tribunal al cual se refiere la Regla 233 la supresión de cualquier evidencia obtenida en virtud de tal allanamiento o registro, o la devolución de la propiedad, por cualquiera de los siguientes fundamentos:

(a) Que la propiedad fue ilegalmente ocupada sin orden de allanamiento o registro.

(b) Que la orden de allanamiento o registro es insuficiente de su propia faz.

(c) Que la propiedad ocupada o la persona o sitio registrado no corresponde a la descripción hecha en la orden de allanamiento o registro.

(d) Que no había causa probable para creer en la existencia de los fundamentos en que se basó la orden de allanamiento o registro.

(e) Que la orden de allanamiento fue librada o cumplimentada ilegalmente.

(f) Que es insuficiente cualquier declaración jurada que sirvió de base a la expedición de la orden de allanamiento porque lo afirmado bajo juramento en la declaración es falso, total o parcialmente.

conoce como la vista o moción de supresión de evidencia, que normalmente se presenta en caso de allanamiento o registro ilegal, que puede darse, por ejemplo en casos en donde se busca demostrar la violación a la expectativa de intimidad, o bien, cuando lo afirmado bajo juramento en la declaración prestada por el agente que obtuvo la orden de allanamiento es total o parcialmente falso (Regla 109 de evidencia).

En estos casos, la audiencia (o vista, como se conoce en ese sistema), se celebra específicamente para el efecto precisado, es decir, para que el juez decida si procede o no la petición, y por ende, para evitar

En la moción de supresión de evidencia se deberán exponer los hechos precisos o las razones específicas que sostengan el fundamento o fundamentos en que se basa la misma. El tribunal oírá prueba sobre cualquier cuestión de hecho necesaria para la resolución de la solicitud. De declararse con lugar la moción, la propiedad será devuelta, si no hubiere fundamento legal que lo impidiere, y no será admisible en evidencia en ningún juicio o vista. La moción se notificará al fiscal y se presentará cinco (5) días antes del juicio a menos que se demostrare la existencia de justa causa para no haberla presentado dentro de dicho término o que al acusado no le constaren los fundamentos para la supresión, o que la ilegalidad de la obtención de la evidencia surgiere de la prueba del fiscal. (Enmendada en el 1988, ley 65).

decidir tales aspectos en la audiencia de juicio, de conformidad con el principio de economía procesal, lo cual puede dar lugar a un debate, incluyendo desahogo de prueba, que puede resultar prolongado, y en donde incluso, a petición de las partes, se puede dar por sentado algún hecho, a la manera de un acuerdo probatorio, en tanto que el mismo no resulta controvertido.

«...el ofrecimiento de los medios de prueba debe quedar sometido a la regla de admisión, es decir, al hecho de que “todo medio de prueba ofrecido, debe ser admitido”, que en todo caso, no sería más que un presupuesto lógico de la diversa regla de que “todo medio de prueba admitido, debe ser desahogado”, quedando en consecuencia inmerso en un criterio de excepción, la propia exclusión del mismo.»

Cerrado este paréntesis, en cualquiera de los dos escenarios de exposición de las partes —

ofrecimiento general o individual de los medios de prueba—, el juez debe cerrar el debate y emitir una determinación sobre ese particular, ya se trate de una alegación sobre exclusión por nulidad, por violación a derechos fundamentales o simplemente por generar efectos dilatorios. La determinación sobre la exclusión puede ser objeto de apelación (a. 346 último párrafo).

No obstante, queda pendiente la pregunta sobre si ante, por ejemplo, la pretensión de ofrecer un medio de prueba ostensiblemente producto de una violación a DDHH, el Juez pueda hacer una declaratoria de oficio, esto es, sin haber escuchado a las partes.

En este caso en particular, consideramos que no hay duda que sí, de forma tal que la labor del Juez debe ser proactiva, en tanto que en un supuesto como éste, queda claro que se debe de cumplir con un tamiz de tutela fundamental, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, párrafo tercero de la CPEUM, que obliga, entre otros, a «...proteger y garantizar...» los Derechos Humanos, a la luz del compromiso asumido por nuestro país consignado en el a. 1 de la convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”.

Incluso, y señaladamente, el mismo apartado A, del ordinal 20 constitucional, en su fracción IX dispone que «cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula».

Finalmente, para cerrar este apartado, un tema que puede resultar controvertido, es el que tiene que ver con el hecho de si ante la negativa de la contraparte a pronunciarse sobre la exclusión de una prueba, o incluso, ante una postura indiferente sobre la necesidad de exclusión, resulta igualmente visible que la misma debe ser objeto de esta declaratoria.

Sobre el particular, consideramos que no debiera haber conflicto con afirmar que la labor del juez debe ser eminentemente proactiva, en tanto que una de las finalidades de la etapa intermedia es la de depurar los hechos, y por ende, los medios con los que se pretende afirmar o refutar la acusación.

Aún y cuando el citado artículo 346 en su párrafo inicial disponga que «... una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las parte, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio...», lo que a la literalidad indica que para los fines de hacer la declaratoria correspondiente, es preciso que primeramente se escuche a las partes; es claro que la postura de la autoridad no puede quedar supeditada a la intervención de las partes, y menos aún cuando en éstas se revela una actitud de franca impasividad o incluso de indolencia, cuando en el horizonte se advierte como notorio el supuesto de exclusión.

Esto es así, ya que aún y cuando no pudiera ser tildada de ilegal la determinación del Juez por virtud de la cual omite pronunciarse sobre la exclusión, cuando la contraparte deja de hacer su alegato correspondiente, en tanto que ello responde a la propia interpretación literal del texto legal; no menos cierto resulta también que resultaría cuestionable que ante la necesidad de depurar la acusación, y ante lo evidente que pudiera resultar excluir una prueba —por ejemplo, por sobreabundancia—, el Juez dejara de llevar a cabo este ejercicio de ponderación, pues no sólo habría de evidenciar una cuestionable labor, al someterse al vaivén de la postura de las partes, y colocándose de esta forma en rehén de su apatía o en el caso extremo, de su ignorancia, sino creemos, habría además de tergiversar la finalidad de la propia audiencia intermedia.

En efecto, en el NSJP priva un principio concreto como lo es el hecho de que los jueces que hayan intervenido en alguna etapa del procedimiento anterior a la audiencia de juicio, no podrán fungir como tribunal de enjuiciamiento (artículo 350 CNPP), de manera tal, que este tribunal —unitario o colegiado—, no tiene manera de llevar a cabo este ejercicio de purga o supresión de pruebas, como sí sucede, por ejemplo, en el sistema penal anglosajón.

Más allá de que ello, visto desde un ángulo estrictamente técnico, a

nuestro juicio, no nos resulta lógico, en tanto que esta regla no necesariamente puede implicar un compromiso que derive en la llamada “contaminación” del tribunal de enjuiciamiento —piénsese tan solo en el hecho de que este mismo, a través del Auto de Apertura a Juicio Oral, conoce no sólo de los hechos, sino además, de los medios de prueba de cada una de las partes—.

«...en el NSJP priva un principio concreto como lo es el hecho de que los jueces que hayan intervenido en alguna etapa del procedimiento anterior a la audiencia de juicio, no podrán fungir como tribunal de enjuiciamiento (artículo 350 CNPP), de manera tal, que este tribunal —unitario o colegiado—, no tiene manera de llevar a cabo este ejercicio de purga o supresión de pruebas, como sí sucede, por ejemplo, en el sistema penal anglosajón.»

el juez que preside la audiencia intermedia, y por ende, le corresponda resolver esta decisión, sea uno distinto al que integra el

tribunal de enjuiciamiento, no significa que deba ser ajeno a la necesidad de abordar un discurso de delimitación —depuración— de las estrategias de litigación de las partes, desde la arista que significa el cumplimiento de los principios de economía procesal y de justicia pronta, sino también, el que implica el de ética judicial, que obliga a todas las autoridades judiciales a actuar mediante estándares mínimos que den cuenta de la capacidad, honorabilidad, excelencia, eficacia e integridad en el cargo, partiendo de la base de que «Los “principios éticos” configuran el repertorio de las exigencias nucleares de la excelencia judicial, pero como tales pueden justificar diferentes normas en donde se especifiquen distintas conductas en relación a determinadas circunstancias»⁵.

En esta virtud, tratándose de la cuestión de la proactividad o no del Juez, queda claro que a nadie —razonable— interesa, que un juicio deba tener como recurso el desahogo de medios de prueba notoriamente innecesarios, ya por su impertinencia, sobreabundancia, o notoriedad sobre los hechos a probar, con lo cual se justificaría la necesidad de ejercer un control sustantivo por parte del Juez, en la exigencia de “preparar” un juicio, que evite dilaciones

⁵ Código Iberoamericano de Ética Judicial, derivado de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana.

innecesarias, y permita con ello, concentrar el debate en los aspectos significativos, esto es, en la controversia real⁶.

El propio numeral 346, segundo párrafo del CNPP dispone que cuando el Juez «...estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio». Sin embargo, aún

⁶ El mismo *Código* dispone a este respecto:

(Responsabilidad institucional)

Artículo 41.- El buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales es condición necesaria para que cada juez pueda desempeñar adecuadamente su función.

Artículo 42.- El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial.

(Diligencia) Artículo 73.- La exigencia de diligencia está encaminada a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía.

Artículo 74.- El juez debe procurar que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable.

Artículo 75.- El juez debe evitar o, en todo caso, sancionar las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal de las partes.

y cuando la interrogante se subsana respecto del supuesto de sobreabundancia, queda pendiente el resto de los supuestos de los que nos vamos a ocupar más adelante.

Lo anterior encuentra, sin embargo, un tema adicional de excepción, como lo es el hecho de que el juez de control se encuentra obligado a excluir también como prueba «... aquella que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima», justamente en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, lo cual estimamos razonable, en la medida en que no sólo puede llegar a resultar impertinente, sino además, y destacadamente, con un tinte discriminatorio, en la medida en que tiende a integrar un discurso dirigido a prejuzgar la conducta de la persona.

En resumen, es preciso que la autoridad jurisdiccional asuma una postura crítica en torno a las pretensiones de las partes, a fin de que de esta manera, se cumpla con los fines del proceso, que no pueden ser otros que dirimir la controversia de fondo, evitando una confrontación sobre temas o irrelevantes o incontrovertidos, que a nadie beneficien.

III. Supuestos de exclusión de los medios de prueba

«La regla de exclusión debe ser entendida como una regla de admisibilidad de prueba que permite impedir, en fase de admisión, que sea incorporada al juicio la prueba ilícita, pero que opera también en virtud de otras causas diversas de la ilicitud probatoria»⁷.

En este sentido, el ya transcrito artículo 346 regula con una siempre aconsejable claridad, los supuestos específicos de exclusión de los medios de prueba, de manera tal que, fuera de los inconvenientes de interpretación sobre algunos de los temas señalados, o de las posturas que se pueden o se deben o no asumir en casos específicos, la cuestión concreta de las hipótesis, a nuestro juicio, no deja margen de interpretación.

Así, desde un enfoque con pretensiones didácticas, podemos asumir que, a partir del texto legal, los criterios que dan paso a la exclusión de los medios de prueba son los siguientes:

1. Medios de prueba con fines dilatorios (fracción I del artículo 346 del CNPP):

En este supuesto, la pretensión del legislador radica justamente en parte de los elementos que hemos intentado desarrollar en este trabajo, específicamente, los que se ubican en la finalidad de concentrar la materia

del debate de juicio en la *litis*, es decir, en el elemento central del conflicto. «Lo anterior resulta de la mayor trascendencia, porque, a menudo, las narraciones de hecho de la acusación y de la defensa, en el contexto del debate contradictorio, aparecen plagadas de circunstancias accidentales que carecen de toda importancia para la resolución de la controversia y cuya acreditación sólo entorpecería el cumplimiento de los objetivos que persigue el proceso penal»⁸.

«...es preciso que la autoridad jurisdiccional asuma una postura crítica en torno a las pretensiones de las partes, a fin de que de esta manera, se cumpla con los fines del proceso, que no pueden ser otros que dirimir la controversia de fondo, evitando una confrontación sobre temas o irrelevantes o incontrovertidos, que a nadie benefician.»

Para tal efecto, en la audiencia intermedia, el Juez tiene la oportunidad —y desde luego el deber—, de escuchar la exposición sintética de las partes (párrafo inicial

⁷ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Op. Cit.*, p. 180.

⁸ *Ibidem*, p. 133.

del artículo 344 del CNPP), de forma tal, que ante la identificación de las pretensiones de éstas, de la exposición de las teorías del caso o explicativas de cada uno de ellos, y de la oferta de medios de prueba, cuenta ya con un panorama que le permite discernir y por ende, discriminar, *a priori*, aquellos elementos de prueba que pueden ser sometidos a un tamiz de exclusión.

A posteriori, es decir, después de haber escuchado a la contraparte, habrá de decidir; sin embargo, es justamente esa exposición inicial la que habrá de proporcionarle al juez, un panorama sobre las expectativas que se buscan demostrar —o demeritar, según la opción adicional de la defensa—.

En esta virtud, los tres supuestos que integran el grupo de medios de prueba dilatorios son:

1.1. Sobreabundante, cuya referencia normativa se ubica en el supuesto de «... referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones.» (inciso, a), fracción I, del artículo 346 del CNPP).

En este particular, que cabe insistir, formalmente es el único supuesto que permite una labor oficiosa del juez (artículo 346, segundo párrafo del CNPP), el ejercicio jurisdiccional quizá sea el más sencillo, en la medida en que el factor de ponderación,

sustancialmente, es de orden cuantitativo, sobre la base del tipo de aspecto a tratar, frente al volumen de medios de prueba relacionados.

Esto tiene un sentido de razonabilidad muy claro, ya que lo que importa no es “cuántos” testigos pueden demostrar un hecho, sino de que manera el oferente puede lograr que uno o algunos, tengan ese mismo potencial de demostración.

En esta medida, desde un enfoque práctico, el Juez debe ejercer esa labor de ponderación, y persuadir al oferente para que se desista del ofrecimiento de alguno o alguno de los medios de prueba propuestos. Desde luego, el propio oferente tiene la opción de decidir mantener su ofrecimiento por aquellos medios de mayor peso, ya que de no hacerlo, puede surgir la prevención de que el propio juez hará la exclusión.

1.2. Impertinentes, que se definen como aquellos medios de prueba que no se refieren a los hechos controvertidos (inciso, b), fracción I, del artículo 346 del CNPP).

La propia naturaleza del juicio, a partir de la necesidad de resolver las cuestiones esenciales del proceso (artículo 348 del CNPP), obliga a ofrecer y admitir medios de prueba que sean pertinentes, en la medida en que sólo de esta manera se podrá convencer al tribunal sobre los hechos concretos a demostrar o desvirtuar.

En esa virtud, se debe partir de la premisa de que *ex ante*, las partes inician su estrategia a partir de eventos o circunstancias igualmente relevantes, de acuerdo con su pretensión; poco sentido tiene intentar probar un suceso que no es útil para sustentar esa expectativa, ya se trate del delito, de sus circunstancias, de la responsabilidad del acusado, o de algún otro factor significativo.

El citado BLANCO SUÁREZ y otros dan cuenta de ello cuando apuntan que:

Aquí se encuentra un fundamento serio para sostener que la defensa de un imputado debe esbozar su teoría del caso al exponer sus argumentos de defensa en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral y no limitarse a hacer un discurso formal basado en la carga de la prueba que recae sobre el Ministerio Público o la presunción de inocencia que beneficia a su defendido. En efecto, el debate sobre la pertinencia de determinados medios probatorios, por ejemplo, de un testigo en particular, puede requerir por parte del juez de garantía el conocimiento de cuál es la teoría del caso del litigante que lo presenta para resolver adecuadamente si admite o no su declaración ante el tribunal oral⁹.

⁹ BLANCO SUÁREZ, *et. al.*, *Op. Cit.*, p.123.

En este sentido, para reafirmar la naturaleza sustantiva del punto, los mismos autores señalan que «... la prueba es manifiestamente impertinente (cuando) se refiere a hechos o circunstancia que nada tienen que ver con aquellas que son objeto de controversia por los intervinientes y de interés para el tribunal encargado de resolver el conflicto penal»¹⁰.

Por su parte, MATURANA y MONTERO refieren que:

Debe considerarse como impertinente la prueba que se [...] no guarden directa ni indirectamente relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso. Deberían comprenderse también los casos de la prueba que se refiera a hechos no controvertidos, en tanto los hechos si no existe controversia se encuentran ya fijados en el proceso y no es por ello necesaria su rendición al no referirse a hechos sobre los cuales se requiera la rendición de prueba¹¹.

Finalmente, CORREA SELAMÉ manifiesta que:

Para que un medio probatorio pueda ser admitido debe ser pertinente. Existe la pertinencia siempre que la prueba propuesta

¹⁰ *Ibidem*, 123-124.

¹¹ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Legal Publishing, Santiago de Chile, Chile 2010, p.867.

tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidenci* para el Tribunal, y expresa además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo. La impertinencia estaría dada por aquella prueba que contiene información no referida a las hipótesis de prueba¹².

En resumen, el medio de prueba impertinente adquiere ese carácter cuando no tiene relación alguna, ni con el punto de conflicto de fondo, ni con las circunstancias accesorias. De esta manera, debemos decir en consecuencia, que a partir de la admisión de determinados acuerdos probatorios (artículo 345 del CNPP), también deben ser declarados como impertinentes, aquellos medios de prueba que se insiste en ser ofrecidos —se enfatiza el hecho de “insistir”, en tanto que un acuerdo de prueba pasa por eso, esto es, por el consentimiento de las partes—, en tanto que resultaría inútil admitirlos y desahogarlos, cuando existe una estipulación o convención sobre el punto, relevando así la necesidad de probar esa categoría fáctica.

1.3. Innecesarios,
conceptualizados como aquellos que

¹² CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo, *Código Procesal Penal. Concordancias, Historia de la Ley, doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, Punto Lex S.A., Santiago de Chile, Chile 2007, p. 673.

se vinculan a hechos públicos, notorios o incontrovertidos (inciso, c), fracción I, del artículo 346 del CNPP).

En este sentido se afirma que la prueba con este matiz tiene por objeto acreditar hechos públicos y notorios, y por ende, «... se trata de una prueba que no tiene relevancia alguna para el tribunal pues los hechos a probar son de público conocimiento»¹³.

Los hechos públicos o notorios son sucesos de la naturaleza por todos conocidos, acontecimientos históricos relevantes y, en general, todos aquellos hechos de los cuales tienen normalmente conocimiento las personas sensatas o sobre lo que ellas se pueden informar en fuentes confiables. También se ha dicho que se trata de acontecimientos universalmente conocidos o que al menos una gran parte de la población los tiene por seguros, bien sea por haberlos percibido o por conocerlos por los medios de comunicación¹⁴.

¹³ BLANCO SUÁREZ, *et. al.*, *Op. Cit.*, p.123. p. 123.

¹⁴ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Etapa intermedia. Juicio Oral y recursos*, Librotecnia, Santiago de Chile, Chile 2003, pp. 46-47.

«... el medio de prueba impertinente adquiere ese carácter cuando no tiene relación alguna, ni con el punto de conflicto de fondo, ni con las circunstancias accesorias. De esta manera, debemos decir en consecuencia, que a partir de la admisión de determinados acuerdos probatorios (artículo 345 del CNPP), también deben ser declarados como impertinentes, aquellos medios de prueba que se insiste en ser ofrecidos —se enfatiza el hecho de “insistir”, en tanto que un acuerdo de prueba pasa por eso, esto es, por el consentimiento de las partes—, en tanto que resultaría inútil admitirlos y desahogarlos, cuando existe una estipulación o convención sobre el punto, relevando así la necesidad de probar esa categoría fáctica.»

El mismo CERDA SAN MARTÍN refiere que la característica de notoriedad puede variar según el lugar y tiempo, pues lo públicamente conocido en una ciudad puede ser desconocido en otra, y lo que fue notorio en una época puede no serlo en otra¹⁵.

En el caso mexicano, si bien por lo prematuro del NSJP, el Poder Judicial Federal aún no ha definido qué debe entenderse por un medio de prueba público o notorio, lo cierto es que en otras áreas de conocimiento del derecho, existen diversos criterios que nos pueden orientar.

En este orden, conviene retomar lo que al respecto ha establecido el máximo tribunal del país:

HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO.

Conforme al artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tribunales pueden invocar hechos notorios aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes. Por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el

¹⁵ *Ídem.*

punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba, por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento.

Controversia constitucional 24/2005. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 9 de marzo de 2006. Once votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el 16 de mayo en curso, aprobó, con el número 74/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 16 de mayo de 2006¹⁶.

RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO NOTORIO.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que por hechos notorios deben entenderse, en general, aquellos que por el conocimiento

humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea por pertenecer a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida actual o a las circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento que va a pronunciarse, respecto del cual no existe duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley le exime de su prueba por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento. Ahora bien, la figura en cuestión ha sido reconocida por este alto tribunal en distintos medios de control constitucional, a la luz del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles; de ahí que aun cuando no exista en el Código Federal de Procedimientos Penales una disposición que prevea dicha figura, el hecho notorio puede incorporarse válidamente al trámite de reconocimiento de inocencia, dado el sentido para el que fue instaurado, como lo es el de eximir de probar un evento del conocimiento público.

Reconocimiento de inocencia 11/2011. 1o. de febrero de 2012. Mayoría de tres votos. Disidente y Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente: Jorge Mario

¹⁶ Tesis P./J. 74/2006, de la Novena Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 963, Tomo XXIII, junio de 2006, del SJF y su Gaceta, el número de registro 174899, bajo el rubro: HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO.

Pardo Rebolledo. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Reconocimiento de inocencia 15/2011. 1o. de febrero de 2012. Mayoría de tres votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Reconocimiento de inocencia 7/2012. 26 de septiembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona¹⁷.

Como se puede ver, este medio de prueba amerita un ejercicio de depuración en la medida en que nada abona al esclarecimiento de un hecho el que se intente desahogar una prueba cuyo hecho a demostrar, no debiera generar controversia alguna, sobre la base de que resulta ser conocido, e incluso admitido como una realidad para el común de la gente, y por ende, para la autoridad jurisdiccional, de forma tal que deviene cuestionable invertir tiempo y recursos en algo que es una verdad por la generalidad.

¹⁷ Tesis 1a. XXXVIII/2013 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 833, Libro XVII, febrero de 2013, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2002880, bajo el rubro: RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO NOTORIO.

Para cerrar este capítulo, no está de más advertir que si bien el precepto legal agrega que también adquiere el carácter de innecesario aquél medio que resulte ser *incontrovertido*, nos parece que esta referencia resulta, por paradójico que pueda parecer, *innecesaria*, en tanto que si el apartado b) de la misma fracción alude a los medios de prueba impertinentes, por no referirse a hechos *controvertidos*, es claro que un hecho no controvertido, no sólo es *impertinente* probarlo, sino que además es desde luego, *innecesario*, como lo es, según dijimos, el supuesto que entraña los acuerdos probatorios.

2. Medios de prueba nulos (fracciones III y IV del artículo 346 del CNPP):

La [...] hipótesis de exclusión de prueba, en razón de su ilicitud [...] es la de aquellas pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas. Este supuesto de exclusión corresponde a lo que venimos denominando como prueba ilegal o irregular¹⁸.

Desde un enfoque sintético, consideramos que los supuestos previstos en las fracciones III y IV

¹⁸ ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel, *Los Derechos Fundamentales y la Prueba Ilícita. Con especial referencia a la Prueba Ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, Chile 2011, p. 60.

pueden ser incluidos en una misma categoría, en la medida en que las pruebas declaradas *nulas* (fracción II), no sólo tienen como presupuesto la violación a derechos humanos (párrafo inicial del a. 97 del CNPP), sino también, aquellas que se hayan obtenido «... en contravención de las formalidades previstas en este código...», tal y como lo dispone precisamente la citada fracción III del artículo 346). En otras palabras, una prueba adquiere la declaratoria de nulidad, precisamente por obtenerse en contravención a las disposiciones que regula el mismo CNPP.

Ejemplos de lo anterior los podemos encontrar en los artículos 227 a 230, en lo concerniente a las reglas sobre cadena de custodia y aseguramiento de bienes; lo dispuesto en el artículo 290, fracción II, en lo relacionado al supuesto de ingreso de una autoridad ministerial a un inmueble sin autorización judicial, con consentimiento de quien se encuentra facultado para ello, caso en el cual se requiere que la persona legitimada para dar el permiso, concorra con la autoridad judicial dentro del plazo de cinco días; lo previsto en el artículo 274, por lo que hace al peritaje irreproducible, y a la exigencia de que se haga en presencia de abogado del imputado, a fin de que designe a un perito; o bien, a lo que estatuye el artículo 217, en el sentido de reglamentar los registros de los actos de investigación.

En todos estos casos, el CNPP establece mecanismos (“reglas”), que definen el protocolo que deben seguir las partes —fundamentalmente de la autoridad ministerial—, para integrar su labor de investigación.

La parte significativa para definir si se trata o no de una simple violación a una formalidad normativa o bien ya, a una violación a derechos fundamentales, radica justamente en valorar si esa violación al precepto corresponde a un tema derivado, asociado o simplemente definido como y con un Derecho Humano, para así, poder establecer si es o no susceptible de saneamiento o convalidación.

Estamos ciertos que lo anterior intenta resolver el problema, pero no repara en los detalles. Debemos considerar que el Capítulo VII (*Nulidad de Actos Procedimentales*, artículo 97 a 102 del CNPP) regula la declaratoria de nulidad de los actos, de los registros o antecedentes de investigación, y por ende, de los medios de prueba susceptibles de ofrecimiento, a partir de la distinción entre nulidad por violación a formalidades del propio código, frente a aquella que se produce por violación a derechos humanos.

Esta diferenciación tiene una particular relevancia, ya que en el primer caso (violación a formalidades previstas en el CNPP), permite lo que ya adelantamos, esto es, el saneamiento o la convalidación; mientras que el segundo supuesto

(violación a Derechos Humanos), aunque con ciertas excepciones de novedosa factura por parte de la Suprema Corte de Justicia Nación, resultan ser nulas de pleno derecho, de manera tal que no permiten su saneamiento o convalidación.

Por lo anterior, aunque no deja de tener ciertos tintes de abstracción, el elemento o criterio a considerar, la piedra de toque, que amerita una muy particular apreciación por parte de la autoridad jurisdiccional para discernir en cuál estamento su ubica el debate, debe pasar, a nuestro juicio, por una verificación *a priori* que lleve a identificar si la eventual solicitud de nulidad del medio de prueba, tiene como premisa un tema asociado a un Derecho Humano, lo que obligaría de origen, a reconocer de cuál derecho se trata (por ejemplo, cualquiera de los que forman parte del llamado núcleo duro en materia de debido proceso, de defensa adecuada, de no autoincriminación, etc.).

Si en el caso, es posible solventar este nivel o estándar de verificación, en el sentido de que no alcanza a involucrar una cuestión de tales dimensiones, por excepción se debe considerar que el margen de argumentación únicamente puede pasar por analizar la violación de una regla de procedimiento, y como tal, susceptible de ser saneada o convalidada.

El tema del saneamiento, convalidación y declaratoria judicial

de nulidad nos parece que amerita un análisis mucho más depurado, y por tanto, escapa a los fines primarios de este trabajo; no obstante, lo que sí conviene destacar, es el hecho de que a diferencia de la nulidad de pleno derecho, es decir, aquella que es producto de una violación a derechos fundamentales, la nulidad de una prueba, no necesariamente debe ser objeto de la declaratoria respectiva, ya que justamente, a virtud del saneamiento y la convalidación, la violación a una norma de procedimiento puede solventar la expectativa de exclusión.

En este sentido, cabe decir que la declaratoria judicial de nulidad por violación a las formalidades del procedimiento se presenta cuando, al no haber sido posible sanear o convalidar el acto, se declara en ese sentido, debiendo sin embargo, acreditar los supuestos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 101 del CNPP.

Para concluir, serán objetos de exclusión aquellos medios de pruebas que provienen de actos declarados judicialmente como nulos, por haberse obtenido con violación a las formalidades del procedimiento y, por ende, no haber sido objeto de saneamiento o convalidación.

3. Medios de prueba obtenidos con violación a derechos fundamentales (fracción II y III del artículo 346 del CNPP), es decir, que provengan de actuaciones o

diligencias cuya obtención se haya realizado con inobservancia de las garantías fundamentales¹⁹.

Este reconocimiento de los derechos y garantías individuales trae como consecuencia que sean concebidos como límite a la actuación del Estado y [...] a los órganos de persecución penal. Lo dicho no significa consagrar una absoluta inviolabilidad de tales derechos, pues de lo contrario se podría caer en la imposibilidad de actuar de los órganos de persecución penal; más bien implica reconocer que cualquier afectación de los derechos y garantías de las personas debe ser reglada, y la autoridad judicial debe estar facultada para dilucidar si las intromisiones que se hagan sean o no lícitas, en conformidad a los planteamientos concretos que le formulen los intervinientes²⁰.

«Por la naturaleza acusatoria del procedimiento la posibilidad de excluir prueba por lo general es promovida por el imputado, titular de las garantías que limitan el accionar del Estado en el ejercicio de la acción penal, especialmente en los casos de prueba ilegal»²¹. Sin embargo, de acuerdo con lo expresado, es evidente que la

¹⁹ BLANCO SUÁREZ, *et. al.*, *Op. Cit.*, p.123.

²⁰ *Ibidem.* p. 124.

²¹ LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación*, Didot, Buenos Aires, Argentina 2013, p.124.

necesidad y obligación de tutela a la que se encuentran sometidas todas las autoridades, obliga, incluso de manera primaria, a la autoridad judicial, a ejercicio un control *ex officio* sobre el particular, de manera tal que la concurrencia de las partes, y la labor proactiva del juez, ejerzan una presión que disuada la posibilidad de ofrecer y admitir medios de prueba de esta índole.

Lo anterior nos parece importante, ya que tal y como lo refieren HORVITZ y MASLE:

Al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto a las garantías fundamentales cuando la violación de éstas sea presupuesto de una sentencia condenatoria, porque en el conflicto entre el interés estatal en la aplicación de la pena y el interés público existente en el respeto a las garantías fundamentales debe primar éste último...²².

«...serán objetos de exclusión aquellos medios de pruebas que provienen de actos declarados judicialmente como nulos, por haberse obtenido con violación a las formalidades del procedimiento y, por ende, no haber sido objeto de saneamiento o convalidación.»

²² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Op. Cit.*, p.216.

Otro punto de gran desarrollo en la doctrina comparada es determinar cuál es la extensión que debe darse a la prohibición de admitir como medio probatorio en el juicio oral la evidencia que se hubiere declarado ilícita. Se discute si afecta o no a todas las demás evidencias obtenidas a partir de los antecedentes proporcionados u obtenidos con ocasión de la prueba ilícita. Nos referimos a la denominada “teoría de los frutos del árbol envenenado” o del “efecto reflejo” de la prueba ilícita, en virtud de la cual toda evidencia que se obtienen durante el proceso de investigación y que deriva de una declarada como ilícita debe también excluirse como medio probatorio, pues en su origen se encuentra afectada por los mismos vicios de aquélla en que se produjo materialmente la infracción de garantías.

Algunos de los principales criterios jurisprudenciales adoptados por los jueces de garantía son los siguientes:

- a) Identificación del núcleo esencial de la garantía que se invoca;
- b) Encuentro social;
- c) Imposibilidad de descubrimiento alternativo;
- d) Fruto de árbol envenenado²³.

No obstante, en obsequio a la brevedad, lo importante a destacar en

función de las expectativas de este trabajo es establecer que:

Son tres los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita: primero, la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisface exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); segundo, la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basen en medios ilícitos (criterio de la integralidad judicial), y tercero, la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar las garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales (criterio de la prevención o disuasión)²⁴.

Esto adquiere una muy particular y relevante importancia, en la medida en que la admisión y desahogo de un medio de prueba obtenido con violación a derechos fundamentales, normalmente puede llegar a tener un elemento de significación que puede resultar total; imaginemos tan solo el papel que puede tener un medio de prueba material o un informe pericial que tenga el peso decisorio central, pero que hubiese provenido, o se hubiese sustentado, como consecuencia de una violación a derechos

²³ *Ibidem.*, p. 125.

²⁴ *Ibidem.* p.181.

fundamentales; por ello, convenimos con la afirmación de que «un adecuado control de la licitud de la prueba en sede instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de prueba ilícita»²⁵.

La práctica de un reconocimiento de la persona detenida, sin la presencia de su abogado (artículo 277); la intervención de comunicaciones sin autorización judicial (artículo 291); la obtención de la entrevista del imputado sin la asistencia de su representante; el acto de recabar evidencia ministerial, sin consentimiento del legitimado; la toma de muestras sin anuencia de la persona, son sólo algunos ejemplos que no solo pueden, sino que deben dar lugar a la exclusión de la prueba, en tanto representan una afectación de fondo al ámbito de aquellos derechos más sensibles del imputado.

Por ello, debemos partir de la idea de que:

Los derechos fundamentales afectados pueden ser cualesquiera

²⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, p. 138.

de los contenidos en el catálogo de la Constitución o de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque, por las características del problema de la ilicitud probatoria, resulta previsible esperar que entre ellos adquieran especial relevancia los que dicen relación con el derecho de defensa... especialmente principio de no autoincriminación..., el derecho a privacidad... y el derecho a la libertad personal y seguridad individual...²⁶.

En última instancia, no debemos olvidar que un elemento que debe girar y hacerse presente de manera constante, prácticamente como un recordatorio de aquello que debe representar el NSJP, lo es el mencionado principio ético; la actuación de las partes, de la autoridad judicial y de cada de los intervinientes debe siempre provenir de un comportamiento que resulte no sólo legal, respetuoso y responsable, sino además, leal, en tanto que a pesar de la confrontación de las posturas, a los contendientes del proceso los anima un deseo en común, que es el de llegar a la verdad.

Esta no se logra, sino a partir del desahogo de la prueba, por lo que pensar en ofrecer al tribunal información que proviene de una violación a los derechos

²⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y López Masle, Julián, *Op. Cit.*, p.195.

fundamentales del imputado, supone una alteración del orden corriente del proceso, en tanto implica valerse de un atajo, de una estafa para llegar a obtener un resultado favorable. «Este fundamento ético de la prueba ilegal dimana de la profunda filosofía humanista que la inspira: el respeto de la dignidad de la persona humana durante el traumático trance del proceso penal»²⁷.

«La práctica de un reconocimiento de la persona detenida, sin la presencia de su abogado; la intervención de comunicaciones sin autorización judicial; la obtención de la entrevista del imputado sin la asistencia de su representante; el acto de recabar evidencia ministerial, sin consentimiento del legitimado; la toma de muestras sin anuencia de la persona, son sólo algunos ejemplos que no solo pueden, sino que deben dar lugar a la exclusión de la prueba, en tanto representan una afectación de fondo al ámbito de aquellos derechos más sensibles del imputado.»

²⁷ EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba Argentina 2000, p. 25.

Conclusiones

1. La exclusión de los medios de prueba representa un elemento central del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP), ya que constituye una figura que permite ejercer un control jurisdiccional sobre el tipo de prueba que se ofrece, a fin de cumplir con el principio de economía procesal, de eficacia, de eficiencia, y de manera particular, de tutela sobre los Derechos Humanos del imputado.

2. El procedimiento de exclusión de los medios de prueba exige de la autoridad jurisdiccional una postura proactiva, en la medida en que desde el punto de vista ético, y desde luego, a partir de un ángulo estrictamente formal, debe velar por evitar la admisión de medios de prueba que no solamente resulten ser sobreabundantes y sobre todo, obtenidos con violación a derechos fundamentales, sino de manera particular, que eviten tergiversar la naturaleza del juicio, consistente en decidir sobre las cuestiones esenciales del proceso.

3. La declaratoria de exclusión de los medios de prueba se presenta en la fase oral de la etapa intermedia, una vez que el oferente de manera singular o global, hace el ofrecimiento respectivo, escucha a la contraparte, y en su caso, resuelve, previa la obtención de información de calidad, sobre el punto.

4. Los supuestos concretos de exclusión de los medios de prueba son fundamentalmente tres: por generar efectos dilatorios, los cuales a su vez se subdividen en sobreabundantes, impertinentes e innecesarias; por haber sido declaradas nulas, por violación a las disposiciones del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, requiriendo de esta forma de un declaratorio judicial en ese sentido; y finalmente, las que se obtienen con violación a derechos fundamentales.

5. En cuanto a las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales, el principio ético requiere de una postura de las partes que abone en el principio estricto de legalidad, y preponderantemente, en el de lealtad, dada la especial trascendencia que tiene el desahogo de una prueba que proviene de la afectación sensible al núcleo de derechos del imputado, y en consecuencia, a los efectos que ello supone.

«Los supuestos concretos de exclusión de los medios de prueba son fundamentalmente tres: por generar efectos dilatorios, los cuales a su vez se subdividen en sobreabundantes, impertinentes e innecesarias; por haber sido declaradas nulas, por violación a las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, requiriendo de esta forma de un declaratorio judicial en ese sentido; y finalmente, las que se obtienen con violación a derechos fundamentales.»

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BLANCO SUÁREZ, Rafael, *et al.*, *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2005.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Etapa intermedia. Juicio Oral y recursos*, Librotecnia, Santiago de Chile, Chile 2003.
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*,

Segunda Edición, Lexis Nexis, Santiago de Chile, Chile 2002.

CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo, *Código Procesal Penal. Concordancias, Historia de la Ley, doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, Punto Lex S.A., Santiago de Chile, Chile 2007.

EICHEVERRÍA DONOSO, Isabel, *Los Derechos Fundamentales y la Prueba Ilícita. Con especial referencia a la Prueba Ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, Chile 2011.

EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina 2000.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, Chile 2004.

LORENZO, Leticia, *Manual de Litigación*, Didot, Buenos Aires, Argentina 2013.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Legal Publishing, Santiago de Chile, Chile 2010.

Hemerografía

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de*

Seguretat Pública, mayo 2010, p. 138.

Legislación Nacional y soft law

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal para la Ciudad de México.

Tesis P./J. 74/2006, de la Novena Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 963, Tomo XXIII, junio de 2006, del SJF y su Gaceta, el número de registro 174899, bajo el rubro: HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO.

Tesis: 1a. XXXVIII/2013 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 833, Libro XVII, febrero de 2013, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2002880, bajo el rubro: RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE HECHO NOTORIO.

Código Iberoamericano de Ética Judicial, derivado de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José".

Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico.

LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA MATERIAL

Martín Gerardo RÍOS CASTRO*

SUMARIO: Introducción; **I.** Modalidades de la prueba en el Sistema Penal Acusatorio; **II.** La lógica de la desconfianza y la incorporación de la prueba material; **III.** La lógica del sentido común; **IV.** Interpretación del artículo 383 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*; **V.** Pasos para la incorporación de la prueba material; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

En el sistema procesal penal acusatorio, la etapa del procedimiento más sobresaliente es la de juicio; simplemente por ser la etapa en la que se dirimen las cuestiones esenciales del procedimiento, y en la que se determina la inocencia o culpabilidad del acusado, es sin duda, una audiencia muy relevante.

En la audiencia de juicio, la prueba es la parte fundamental que da sentido a la existencia de la misma; la prueba es la sustancia de la que va a partir el Juez de enjuiciamiento para determinar el sentido de su veredicto o fallo, y es la prueba la que después de ser valorada libre y lógicamente va a dar sustento a la sentencia definitiva.

Hay varias clases de prueba, atendiendo a su integración, constitución y desahogo. Así se tienen las pruebas personales y las pruebas materiales. Respecto de éstas últimas es importante tener muy claro, cuál es la manera correcta de incorporarlas a juicio; ya que presentan una especial dificultad en su incorporación en la práctica.

En estas líneas de manera muy sencilla, se narran las modalidades en que se presenta una prueba que genéricamente son dos, las personales y las materiales; se explica cuál es la diferencia fundamental entre ambas; de igual modo, se explica, qué se debe atender indefectiblemente, al incorporar una prueba material al juicio, que lo son la acreditación y la corroboración, como niveles de veracidad o

* *Profesor de Educación Primaria* por la Escuela Nacional de Maestros; Licenciatura en *Derecho*, por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ha tomado diversos cursos y diplomados en materia de *Derechos Humanos*, de entre los cuales el más reciente en 2015 por la Universidad Complutense de Madrid, así como en Sistema Procesal Penal Acusatorio, el más reciente en el año 2016 por el Instituto de Estudios Judiciales de San Juan, Puerto Rico. Forma parte del claustro de profesores de varias instituciones de divulgación jurídica. Actualmente es Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

verosimilitud de la prueba; también se propone una serie de pasos, para que el operador jurídico, fácilmente pueda incorporar la prueba material al juicio, atendiendo a la singular e individual conformación de cada prueba específica.

Dejamos así estas líneas, a la consideración de los operadores jurídicos, esperando sirvan de apoyo en su cotidiano y abundante ejercicio profesional procesal.

«Dentro de las pruebas personales, tenemos a la prueba testimonial, comprendiendo dentro de ésta, a la expuesta por los declarantes legos, la de los testigos expertos, así como la declaración del justiciable; de igual manera a las provenientes de los peritos. Es decir, dentro de las pruebas personales se encuentran las que emitan todos los sujetos del procedimiento que declaran en la etapa de juicio.»

I. Modalidades de la prueba en el Sistema Penal Acusatorio

Los hechos sometidos a prueba pueden acreditarse por cualquier medio, siempre que sea pertinente al fin que se persigue, de acuerdo a lo que dispone el artículo 356 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (en adelante CNPP).

Ahora bien, no obstante la apertura de posibilidades, los hechos que son objeto de prueba, pueden ser acreditados en términos generales, por cualquiera de las dos modalidades en las que se presenta la prueba: por un lado se tiene a las pruebas personales y del otro, las cosas en un sentido amplio¹.

Dentro de las primeras, es decir, las pruebas personales, tenemos a la prueba testimonial, comprendiendo dentro de ésta, a la expuesta por los declarantes legos, la de los testigos expertos, así como la declaración del justiciable; de igual manera a las provenientes de los peritos. Es decir, dentro de las pruebas personales se encuentran las que emitan todos los sujetos del procedimiento que declaran en la etapa de juicio.

Por cuanto a las pruebas que son cosas, constituyen lo que llamaremos

¹ Véase VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, *La prueba material y su incorporación a juicio oral*, Universidad Privada Antenor Orrego, Perú 2010, p.1, disponible en: [<https://es..scribd.com/doc/98265278/La-Prueba-material-y-Su-Incorporación-Al-Juicio-Oral>], consultada en: 2017-04-18.

prueba material, por su constitución material, y que contiene información sobre uno o varios de los hechos que son objeto de prueba en juicio, que se presentan en forma de documentos y toda clase de objetos o cosas.

La anterior clasificación, es determinante para establecer la manera en que han de incorporarse las pruebas en la etapa de juicio. Es importante tener claro, cuál es el procedimiento adecuado para incorporar las pruebas; ya que es un elemento fundamental para su correspondiente valoración por parte del Tribunal, que desde luego las considerará y valorará de manera libre y lógica, conforme lo estatuyen los numerales 265 y 359 del CNPP respectivamente. Respecto a la libertad en la valoración de la prueba que el artículo 20 fracción II de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (en adelante CPEUM) y el CNPP conceden al Tribunal de Enjuiciamiento, es pertinente dejar sentado, que es únicamente a las pruebas que se han desahogado o incorporado en la etapa de juicio.

La diferencia esencial entre la prueba testimonial y la prueba material

Recordemos que los principios sustanciales del Sistema Penal Acusatorio, atento a los artículos 20 párrafo primero de la CPEUM y 4 del CNPP son la publicidad, contradicción, concentración,

continuidad e inmediación. Estos principios deben estar presentes en cada acto procedimental que se desarrolle, independientemente del estadio procesal en el que se encuentre el procedimiento penal, puesto inescindiblemente concurren a la conformación del sistema, ante su ausencia, de cualquiera de ellos, no estaríamos en presencia de un acto del sistema penal procesal penal acusatorio propiamente.

No nos detendremos en cada uno de los principios referidos; para efectos de nuestra exposición únicamente abordaremos los principios de inmediación y contradicción, los cuales están contenidos en los artículos 6 y 9 del CNPP, que son de la siguiente redacción:

Artículo 6o. Principio de contradicción.

Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.

Artículo 9o. Principio de inmediación.

Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en

persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

«Los testigos y peritos que se presentan a la etapa de juicio, proporcionan al Tribunal de Enjuiciamiento, la información pertinente, a través de las técnicas de litigación que tienen para tal efecto las partes procesales; así, a través de los interrogatorios y contrainterrogatorios, es que proporcionan al Juez de Enjuiciamiento la información que las partes procesales consideran relevante para demostrar su respectiva teoría del caso; y precisamente en los contrainterrogatorios de la parte que no desarrolló la prueba en cuestión, es donde se observa con mucha claridad, la actualización del principio de contradicción.»

Por el principio de inmediación, el Juez de Enjuiciamiento tiene contacto directo con las pruebas personales durante su desahogo. Lo anterior debido a que en el desarrollo de la etapa de juicio, comparecen ante el Tribunal, los testigos y peritos que fueron oportunamente admitidos, como medios de prueba por el Juez de control, en la audiencia intermedia; por supuesto que los testigos narrarán los hechos que les constan, por que los presenciaron, o bien, porque tienen conocimiento de los mismos por diversos medios. Por su parte los peritos, se presentarán ante el Tribunal para opinar sobre el hecho, en atención a sus conocimientos en una determinada ciencia o área del conocimiento humano; el perito no presenció los hechos, sin embargo el conocimiento técnico o científico que posee, le permiten opinar respecto a cómo sucedió un determinado hecho.

En este orden de ideas, el Juez de enjuiciamiento tiene contacto de primera mano, con el órgano de prueba que la emite, y por tanto, al actualizar el principio de inmediación, está presente durante su desahogo.

Los testigos y peritos que se presentan a la etapa de juicio, proporcionan al Tribunal de Enjuiciamiento, la información pertinente, a través de las técnicas de litigación que tienen para tal efecto las partes procesales; así, a través de los interrogatorios y

contrainterrogatorios, es que proporcionan al Juez de Enjuiciamiento la información que las partes procesales consideran relevante para demostrar su respectiva teoría del caso; y precisamente en los contrainterrogatorios de la parte que no desarrolló la prueba en cuestión, es donde se observa con mucha claridad, la actualización del principio de contradicción.

Como se ve, en el sistema procesal penal acusatorio, durante el desahogo de las pruebas personales, ante el Juez de enjuiciamiento, invariablemente están presentes los principios de intermediación y contradicción.

En cuanto a la prueba material, dadas sus características, por sí, no puede cumplir los principios de intermediación y contradicción. Puesto que, como es fácil advertir, el arma que se utilizó para cometer el robo, se usó durante la comisión del delito, momento en el que el Juez de enjuiciamiento no estuvo presente; el contrato mediante el cual el justiciable defrauda a la víctima, ya que al suscribirlo, de antemano ha decidido no darle cumplimiento; se formalizó en sitio distinto en el que, en esos momentos se hallaba el Juez de Enjuiciamiento. Por tanto se afirma que, la prueba material de suyo, no actualiza el principio de intermediación, puesto que, se gestionó, o se usó, o se integró en un lugar distinto al que en esos momentos se encontraba el Juez;

y también al ser objetos que por supuesto, no pueden expresarse por ellos mismos a través del lenguaje, no pueden ser sometidos a un interrogatorio o contrainterrogatorio, puesto que por sí, no pueden comunicarse con las personas a través del lenguaje, y por tanto, tampoco pueden naturalmente actualizar o someterse al principio de contradicción.

Por sus características inherentes, las pruebas materiales se incorporan al procedimiento de una manera diferente a la que se recurre, para incorporar la prueba personal, puesto que a las primeras, invariablemente se les aplica la lógica de la desconfianza; tema que abordaremos líneas adelante.

«Por sus características inherentes, las pruebas materiales se incorporan al procedimiento de una manera diferente a la que se recurre, para incorporar la prueba personal, puesto que a las primeras, invariablemente se les aplica la lógica de la desconfianza...»

Las pruebas en el CNPP

Es importante dejar sentado, cuáles son las pruebas que reconoce el CNPP, para reconocer en ellas su modalidad personal o material, según su conformación.

Así tenemos que en el artículo 360 se habla del deber de testificar, en el diverso 368 se aborda la prueba pericial, en el precepto 380 se aborda el concepto de documento, y por último en el numeral 383 se habla de la incorporación de objetos a juicio, todos los párrafos en cita, del CNPP:

Vamos a acudir a la redacción de cada uno, para establecer cuál es su contenido particular, así el artículo 360 párrafo primero, reza así:

Artículo 360. Deber de testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.

Por su parte, el numeral 368, establece:

Artículo 368. Prueba pericial.

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o

conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

Es el artículo 380, que se refiere a la prueba documental, y lo hace de la siguiente manera:

Artículo 380. Concepto de documento.

Se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho. Quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. El Órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente.

Por último, el precepto 383, tiene la siguiente redacción:

Artículo 383. Incorporación de prueba.

Los documentos, objetos y otros elementos de convicción, previa su incorporación a juicio, deberán ser exhibidos al imputado, a los testigos o intérpretes y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos.

Retomando que, ya se dijo que en sentido amplio, clasificamos las pruebas en dos bloques, las personales y las materiales; a

continuación abordaremos sucintamente en qué consisten las pruebas que establece el CNPP.

Las pruebas personales

Prueba testimonial. Es la narración de un hecho, que efectúa una persona que sabe o le consta tal hecho, ante el Juez de enjuiciamiento. En cuanto a nuestra postura en lo referente a las modalidades de la prueba, Pietro ELLERO afirma que si el Tribunal no presencia lo ocurrido, los testigos son las personas que le llevan la información de los hechos al órgano jurisdiccional².

Prueba pericial. Mauricio DUCE expresa que la prueba pericial es la interpretación que hace un experto, de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del Tribunal que de otra manera, no podría generarse³.

Las pruebas materiales

Prueba documental. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), al respecto se ha pronunciado en el siguiente sentido:

² Cfr. ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1968, s.p.

³ Véase DUCE J, Mauricio, *La prueba pericial*, Didot, Segunda Edición, Argentina 2013, p.33.

PRUEBA DOCUMENTAL. CONCEPTO. Documento es toda cosa que sea producto de un acto humano perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Puede ser declarativo-representativo cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como en el caso de los escritos públicos o privados, pero puede ser solamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías; de ahí que el documento no es siempre un escrito. La raíz etimológica ratifica su carácter representativo, porque la voz documento deriva del vocablo *docere* que significa enseñar o hacer conocer. Por lo que la prueba documental es aquel medio de convicción por el cual una de las partes en litigio se sirve para demostrar un hecho que se encuentra vinculado a las cuestiones controvertidas en el procedimiento de referencia⁴.

Prueba material. Es toda evidencia distinta del testimonio que se lleva a juicio, pueden ser objetos o documentos y pueden ser utilizados

⁴ Tesis I.140.C.4 K de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1118, febrero de 2003, Tomo XVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 184814 bajo el rubro: PRUEBA DOCUMENTAL. CONCEPTO.

como prueba real o como prueba demostrativa⁵.

De la anterior connotación se observa que, la prueba material puede ser utilizada como prueba real o prueba demostrativa; siendo que éstas no se encuentran siquiera mencionadas por el CNPP. No obstante consideramos importante asentar qué son las pruebas reales y las demostrativas. Cabe decir que, en este punto en particular, acudimos a la bibliografía puertorriqueña, porque estimamos que es la más elocuente al respecto; con la aclaración de que se les denomina evidencias y no pruebas.

Prueba real. «Es aquel objeto que está directamente vinculado con la controversia del caso. Se le conoce también como evidencia física. Ejemplos típicos de evidencia real lo constituyen las drogas en un caso de sustancias controladas o un arma de fuego en un caso de infracción a la Ley de Armas. Típicamente la evidencia real en casos criminales será un objeto tangible. En ciertos casos la evidencia real podría constituir documentos, como en un caso de falsificación o de incumplimiento de contrato»⁶.

⁵ Cfr. BAYTELMAN, Andrés y DUCE J., Mauricio, «Litigación penal. Juicio oral y prueba» *Revista Colección Derecho*, FCE-INACIPE, México 2008, p. 292-294.

⁶ FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y técnicas de la práctica forense*, Tercera Edición, Jurídica Editores, Puerto Rico 2010, p. 116.

Prueba demostrativa. Es aquella que ilustra o ‘demuestra’ la prueba testifical. La misma difiere de la real, porque no tiene ningún rol o papel directo en los hechos. La pertinencia de la evidencia... surge al ser utilizada para recrear parte del testimonio⁷.

«Prueba real. Es aquel objeto que está directamente vinculado con la controversia del caso. Se le conoce también como evidencia física. Ejemplos típicos de evidencia real lo constituyen las drogas en un caso de sustancias controladas o un arma de fuego en un caso de infracción a la Ley de Armas. Típicamente la evidencia real en casos criminales será un objeto tangible. En ciertos casos la evidencia real podría constituir documentos, como en un caso de falsificación o de incumplimiento de contrato.

Prueba demostrativa. Es aquella que ilustra o ‘demuestra’ la prueba testifical. La misma difiere de la real, porque no tiene ningún rol o papel directo en los hechos. La pertinencia de la evidencia... surge al ser utilizada para recrear parte del testimonio»

⁷ *Ibidem*, p. 123.

II. La lógica de la desconfianza y la incorporación de la prueba material

Como ya se dijo, la prueba material en sentido amplio, es todo objeto o documento que contiene información acerca de los hechos que se investigan. También se dejó precisado que la prueba material tiene dos vertientes, a saber, la prueba material real, así como la prueba material demostrativa o ilustrativa; la prueba material demostrativa o ilustrativa es la que utiliza un testigo o perito, para hacer más fácilmente entendible el contenido de su exposición, valiéndose generalmente de imágenes, maquetas, gráficas, entre otros. Incluso, la prueba material demostrativa o ilustrativa, no es materia de valoración de suyo, ya que la misma presentará o no, utilidad para hacer más entendible o creíble, lo manifestado por el testigo o perito, y por tanto redundará en la valoración de estos últimos.

Los objetos o documentos que constituyen prueba material real, poseen la posibilidad de probar o contradecir algún elemento fáctico de la teoría del caso de uno o algunos de los sujetos del procedimiento; en estas pruebas, como también ya quedó asentado, es común la falta de intermediación y contradicción, principios rectores del sistema procesal penal acusatorio.

Por lo anterior no es suficiente que el Ministerio Público, o la Defensa presenten y exhiban la prueba material, es decir documentos

u objetos que durante la etapa de investigación fueron recopilando; y durante el desarrollo de la audiencia intermedia, las ofrecieron; a esto, la doctrina le llama, la lógica de la desconfianza, que puede ser sintetizada en los siguientes términos: «nadie tiene por qué creer que esto es lo que la parte dice que es, simplemente porque ella lo diga»⁸.

La lógica de la desconfianza se puede ejemplificar así: en la etapa de juicio el agente del Ministerio Público, estando en la audiencia, le enseña al Juez un arma de fuego que se le aseguró al acusado y afirma que fue el arma que mató al occiso; en este tema, la judicatura federal ha establecido: «Yo, Juez, desconfío de toda prueba material que no he presenciado, mucho menos he visto que la contradigan, hasta que me demuestren lo contrario de ello, es decir, que es confiable.»

Si el Juez desconfía de la prueba material, porque no cumple satisfactoriamente con los principios de intermediación y contradicción, el operador jurídico debe formularse indefectiblemente y la siguiente pregunta: ¿qué debo hacer para probarle al Juez que esta prueba material es la adecuada para determinar la responsabilidad o no del acusado?

Para que una prueba material real, pueda ser valorada

⁸ Véase BAYTELMAN, Andrés y DUCE J., Mauricio, *Op. Cit.* p. 137.

positivamente por el Juez de enjuiciamiento, debe aprobar dos planos de veracidad:

«... no es suficiente que el Ministerio Público, o la Defensa presenten y exhiban la prueba material, es decir documentos u objetos que durante la etapa de investigación fueron recopilando; y durante el desarrollo de la audiencia intermedia, las ofrecieron; a esto, la doctrina le llama, la lógica de la desconfianza, que puede ser sintetizada en los siguientes términos: «nadie tiene por qué creer que esto es lo que la parte dice que es, simplemente porque ella lo diga...»

Acreditación

Como la prueba material no puede comunicar por sí, su contenido, alguien tiene que informar al Tribunal de juicio de ello; pero ¿quién puede hacerlo?

Es innegable que la parte procesal que ofreció el medio de prueba (material), no es la indicada para leer el documento o explicar la relación del objeto con el hecho investigado, puesto que nada puede abonar, respecto de la veracidad de dicha prueba material, por su inconexión con la misma. Luego, dicho oferente debe elegir cuidadosamente al testigo o perito idóneo, que pueda reconocer la prueba por haber mantenido algún contacto con la misma; y a partir de un interrogatorio directo, con preguntas cerradas, abiertas o transitivas, tales como:

— ¿Puede decir al Juez, qué es este objeto?

Sí, es una pistola.

— ¿Puede describirla?

Sí, es un revólver, color negro.

— ¿La reconoce?

Sí.

— ¿Por qué la reconoce?

Porque es la misma que aseguré en mi intervención, en la fecha y lugar de los hechos.

— ¿Cómo sabe que es la misma?

Porque estaba dentro del empaque en la cual la embalé, y en la cadena de custodia, aparecen los datos que yo anoté en la misma.

Así, con este tipo de preguntas, se cubre el primer nivel de verosimilitud de la prueba material, consistente en la acreditación o reconocimiento.

Corroboración de la prueba material

Una vez que el testigo o perito adecuado, ha acreditado o reconocido el objeto (prueba material), lo que sigue, es corroborar la prueba. En este punto, se debe mostrar el vínculo o relación que la prueba material, guarda con los hechos que se investigan, es decir el nexo que guarda la prueba material con el hecho motivo del juicio; en este tema, se debe demostrar si el objeto fue utilizado o bien, si forma parte del nexo causal, en el que se produjo el hecho, a esto se le llama «relevancia o utilidad de la prueba»⁹.

Se requiere entonces, de nueva cuenta, un testigo o perito idóneo para la corroboración de dicha prueba, que ya fue reconocida con antelación. Siguen rigiendo las preguntas del interrogatorio directo para la parte que ofrece la prueba material real.

En el caso planteado, el Juez ya escuchó dónde, a qué hora y quien aseguró el arma de fuego hallada en el lugar de los hechos. Ahora, la parte que ofreció dicha prueba material

real, debe, a través del perito competente, vincular o relacionar el arma de fuego con los hechos que se atribuyen al acusado.; lo que se puede realizar así:

— ¿Reconoce lo que tiene a la vista?
Sí.

— ¿Por qué la reconoce?

Porque es el mismo revólver que se sometió a dictamen de balística.

— ¿Cómo sabe que es el mismo revólver?

Por su número de serie, es el mismo que se estableció en el dictamen.

— ¿Cuáles fueron sus conclusiones?

Que el revólver examinado se encuentra en aceptables condiciones de operación y que fue percutido.

— ¿Realizó algún otro dictamen pericial?

Sí.

— ¿Cuál?

Otro en balística, sobre un proyectil encontrado en el pecho de la víctima, que fuera enviado a mis oficinas por el Instituto de Ciencias Forenses, después de la necropsia.

— ¿En qué consistió su intervención?

En comparar el proyectil extraído del cuerpo de la víctima, fue disparada por el revólver que también examiné.

— ¿Cuáles fueron sus conclusiones?

Que el proyectil provino del revólver analizado.

Como se ve, para la incorporación de la prueba material al juicio, se precisa indefectiblemente de su acreditación o reconocimiento por

⁹ Cfr. CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Ediciones de Palma, Argentina 1993, p. 22.

quien tiene algún lazo o conexión con la misma; para después dar paso a la corroboración, es decir, extraer la información que tiene relación con los hechos que se investigan, asimismo por una persona diversa a la parte procesal que la ofreció.

«Una vez que el testigo o perito adecuado, ha acreditado o reconocido el objeto (prueba material), lo que sigue, es corroborar la prueba. En este punto, se debe mostrar el vínculo o relación que la prueba material, guarda con los hechos que se investigan, es decir el nexo que guarda la prueba material con el hecho motivo del juicio; en este tema, se debe demostrar si el objeto fue utilizado o bien, si forma parte del nexo causal, en el que se produjo el hecho, a esto se le llama «relevancia o utilidad de la prueba»

III. La lógica del sentido común

Si bien hemos afirmado que, la prueba material para su incorporación a juicio, requiere satisfacer los parámetros de veracidad, consistentes en el reconocimiento o acreditación y en la corroboración, amén de que sean debidamente considerados y valorados en la oportunidad procesal correspondiente; también es cierto que esta regla, la debemos observar a la luz de la lógica del sentido común, a que se refieren Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE J., quienes al respecto afirman:

En virtud de esta lógica, hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Estos casos son mucho menos que los que solemos creer. Sin embargo, hay casos en los que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obiedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad¹⁰.

Atento a lo anterior, excepcionalmente puede presentarse la situación de que la prueba material, no requiera del primer nivel de verosimilitud, es decir la acreditación por un testigo o perito, esto, por

¹⁰ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, J., Mauricio, *Op. Cit.*, p. 140.

sentido común. Desde luego que se exceptuaría ese primer nivel, sin que se aplicara también esta excepcionalidad al segundo nivel de la corroboración, y tampoco estaría exenta de la contradicción por las partes procesales.

Pongamos los ejemplos de una Cartilla de Identidad del Servicio Militar Nacional, o la fotografía que aparece en un periódico impreso; resulta poco viable, por sentido común, que se cite en la etapa de juicio a la persona que elaboró la Cartilla para que la acredite a través de su reconocimiento; también es impráctico por sentido común, llamar a quien tomó la fotografía que aparece en el periódico, para que la reconozca o acredite; sin embargo, nótese las peculiaridades de las pruebas materiales a que nos hemos referido.

«En virtud de esta lógica, hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente o desaparecen. Estos casos son mucho menos que los que solemos creer. Sin embargo, hay casos en los que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obviedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad»

Este llamamiento a la lógica del sentido común, no exime bajo ninguna circunstancia, que la prueba material sea debidamente corroborada, por medio de la intervención de la parte que la ofreció, a partir de las técnicas de litigación y con la intervención de un testigo o un perito idóneo. De igual modo, la excepcionalidad en el requisito del reconocimiento o acreditación, no cohibe en absoluto, el derecho que tienen el resto de las partes procesales, de someter la prueba material presentada, al correspondiente contradictorio.

Así por ejemplo se puede atender la siguiente mecánica:

— ¿Qué es lo que ahora tiene a la vista?

Es una fotografía.

— ¿Reconoce el lugar que está fijado en la fotografía?

Sí, es el lugar en donde me atacaron los acusados.

— ¿Puede señalar el lugar en donde fue atacado?

Sí, fue aquí (el testigo indica gráficamente el lugar en donde, según su dicho, fue atacado)...

Para cerrar este punto, estimamos conveniente anotar el ejemplo que cita CHIESA APONTE, al afirmar:

La autenticación es diferente cuando la evidencia demostrativa es real o ilustrativa. Hay mucho mayor rigor en la evidencia real,

pues hay que satisfacer la mismidad... Así, si se trata de la fotografía obscena ocupada al acusado, habrá que establecer que la fotografía presentada en evidencia es la misma que se le ocupó al acusado. Pero esto no ocurre con la fotografía usada meramente como evidencia ilustrativa¹¹.

IV. Interpretación del artículo 383 del CNPP

No obstante que ya se anotó el contenido de este precepto, dada su importancia en nuestro tema, se cita nuevamente:

Artículo 383. Incorporación de prueba.

Los documentos, objetos y otros elementos de convicción, previa su incorporación a juicio, deberán ser exhibidos al imputado, a los testigos o intérpretes y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos.

Sólo se podrá incorporar a juicio como prueba material o documental aquella que haya sido previamente acreditada.

Primeramente advertimos que el transcrito numeral, se refiere de una manera indistinta a las pruebas documental y material, quedando claro que se refiere en general a todas aquellas pruebas que no son personales.

¹¹ CHIESA APONTE, Ernesto L., *Reglas de evidencia comentadas*, Ediciones Situm, Puerto Rico 2016, p. 394.

«...para incorporar a juicio la prueba material, se debe acreditar la misma, previamente. Es decir hace mención expresa de que, para incorporar una prueba material a juicio, la parte oferente, debe satisfacer plenamente el primer nivel de verosimilitud, a saber, su acreditación o reconocimiento, a través de un testigo o perito idóneo.»

Posteriormente habla de que antes de que las partes procesales, soliciten la incorporación de la prueba material, a juicio; se debe mostrar o exhibir la prueba en cuestión a los sujetos del procedimiento, puntualizando que se entiende que, es al órgano de prueba personal, que tienen algún vínculo o enlace con la prueba material y por tanto puede reconocerlo o acreditarlo plenamente.

En el último párrafo de este importante parágrafo, se hace hincapié en que para incorporar a juicio la prueba material, se debe acreditar la misma, previamente. Es decir hace mención expresa de que, para incorporar una prueba material a juicio, la parte oferente, debe satisfacer plenamente el primer nivel de verosimilitud, a saber, su acreditación o reconocimiento, a través de un testigo o perito idóneo.

No obstante lo anterior, estimamos pertinente recordar el planteamiento de la lógica del sentido común, que muy acertadamente exponen BAYTELMAN y DUCE, y que compartimos plenamente; es decir, no creemos que la postura aparentemente inflexible que marca el CNPP, sea la más adecuada para los fines del procedimiento que establece el numeral 2 del precitado ordenamiento. Por tanto sugerimos, que no se utilice de guisa intransigente la redacción del párrafo final del artículo 383 del CNPP, y apelamos a la consideración de la ya referida lógica del sentido común.

V. Pasos para la incorporación de la prueba material a juicio

Sin pretender establecer un modelo ideal para la incorporación a juicio de la prueba material, proponemos este ejemplo:

— ¿Qué funciones realizó en el lugar de los hechos?

Entre otras, aseguré y embalé un revólver.

— ¿Qué más hizo con el revólver?

Lo identifiqué y finalmente lo entregué al agente del Ministerio Público.

— ¿Si tuviera a la vista el revólver, lo reconocería?

Sí.

— ¿Por qué lo reconocería?

Porque lo vi al asegurarlo y además lo identifiqué y lo embalé.

— Señoría, autorización para mostrar a las demás partes procesales, el revólver que como prueba material tres, fue admitida a esta Fiscalía.

Se autoriza (se pone a la vista de la Asesoría Jurídica y la Defensa el revólver).

— ¿Algo que manifestar Asesor Jurídico?

No.

— ¿Defensa?

No.

— Póngase a la vista del testigo, el revólver.

— Testigo, ¿Qué se le ha mostrado?

El revólver que aseguré el día del hecho.

— ¿Por qué lo reconoce?

Porque el día del evento, lo identifiqué y lo embalé, puse mis datos en la cadena de custodia, y son los que están en la etiqueta.

— ¿Puede describir el revólver?

Es de color negro, calibre 38.

— Señoría, solicito se tenga por incorporada la prueba material tres, admitida en el auto de apertura a juicio oral.

Se tiene por incorporado a juicio el revólver que como prueba material tres, le fue admitida a la Fiscalía.

Se hace notar que, lo que se incorpora a juicio de la prueba material, es la información que las partes logran extraer del testigo o perito del que se valen para su desahogo, por medio de las técnicas de litigación, únicamente la información que fluye en la audiencia de juicio, es lo que se incorpora al juicio. Por tanto no se debe incorporar, la prueba material en sí, puesto que la misma permanece con la parte oferente, o sea, la prueba material (revólver) no se agrega o incorpora a la carpeta judicial correspondiente.

Una vez que se incorpora a juicio una prueba material, la misma pertenece al procedimiento (por la regla de adquisición procesal), y por tanto la pueden libre e indistintamente utilizar las demás partes procesales, para los fines de desvirtuar la teoría del caso de la parte adversaria.

Conclusiones

En sentido amplio, se puede clasificar a las pruebas en dos grupos: el primero conformado por las pruebas a las que llamamos personales, y lo conforman las pruebas testimonial y pericial; en el segundo bloque tenemos a la prueba material, integrado por documentos y objetos.

La diferencia esencial entre las pruebas personales y materiales, consiste en que en las primeras se observan los principios irreductibles del sistema procesal penal acusatorio consistentes en publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediación; en cuanto a las pruebas materiales, por su propia naturaleza, no pueden cumplir satisfactoriamente los principios de inmediación y contradicción.

Al no cumplir la prueba material con los principios de inmediación y contradicción, es lógico concluir, que genera en el juez de enjuiciamiento, la lógica de la desconfianza; puesto que no estuvo presente en su integración o constitución, y de suyo no puede ser sometida al contradictorio por las partes procesales.

En sentido amplio, la prueba material, precisa de satisfacer dos niveles de verosimilitud o veracidad, estos son la acreditación y la corroboración. La acreditación es el reconocimiento que se hace de la prueba material por un testigo o perito que tenga algún vínculo o conexión con la prueba material. La corroboración es la información que las partes procesales, logran obtener de la prueba material y hacen llegarla al Tribunal con un testigo o perito, a través de las técnicas de litigación.

No obstante que para la incorporación de la prueba material,

se deben cubrir los dos niveles de veracidad mencionados; se debe tomar en consideración que en algunas ocasiones y dadas las circunstancias específicas, algunas pruebas materiales no deben someterse con rigurosidad al mencionado nivel de veracidad, consistente en la acreditación, por lo impráctico e intrascendente que es cubrir ese criterio. Ejemplos de lo anterior, lo es una credencial del Instituto Nacional Electoral, o una fotografía, que ha sido publicada en un periódico. En este tipo de circunstancias, sugerimos acudir y aplicar la lógica del sentido común.

El artículo 383 del CNNP en su último párrafo, establece que la prueba material y los documentos, sólo se pueden incorporar a juicio, siempre que previamente hayan sido acreditados. Es en este punto, donde hacemos énfasis en que se debe acudir a la lógica del sentido común, para obviar cuando así sea recomendable, el plano de la acreditación de la prueba material.

Una propuesta de la serie de pasos, para incorporar la prueba material a juicio es la siguiente:

Que el testigo o perito, en interrogatorio directo de la parte que ofreció la prueba material:

- Mencione la prueba material a incorporar.
- Correr traslado con la prueba material, a las demás partes.

— Las contrapartes, manifestarán si tienen oposición al acto procesal.

— Tenga a la vista la prueba material a que se refirió.

— Describa el objeto o documento.

— Responda si lo reconoce y por qué.

— Narre lo relativo al hecho que motivó la acusación con relación, o valiéndose del objeto o documento.

La parte procesal que ofreció la prueba material, solicite la incorporación a juicio de la misma.

Fuentes consultadas

Bibliografía

BAYTELMAN, Andrés y DUCE J., Mauricio, «Litigación penal. Juicio oral y prueba» *Revista Colección Derecho*, FCE-INACIPE, México 2008.

CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Ediciones de Palma, Argentina 1993.

CHIESA APONTE, Ernesto L., *Reglas de evidencia comentadas*, Ediciones Situm, Puerto Rico 2016.

ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1968.

FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y técnicas de la práctica forense*, Tercera Edición Jurídica Editores, Puerto Rico 2010.

DUCE J, Mauricio, *La prueba pericial*, Didot, Segunda Edición, Argentina 2013.

VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, *La prueba material y su incorporación*

a juicio oral, Universidad Privada Antenor Orrego, Perú 2010, p.1, disponible en: [\[https://es..scribd.com/doc/98265278/La-Prueba-material-y-Su-Incorporación-Al-Juicio-Oral\]](https://es..scribd.com/doc/98265278/La-Prueba-material-y-Su-Incorporación-Al-Juicio-Oral), consultada en: 2017-04-18.

Legislación Nacional

Tesis I.14o.C.4 K de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1118, febrero de 2003, Tomo XVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 184814 bajo el rubro: PRUEBA DOCUMENTAL. CONCEPTO.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Javier Raúl AYALA CASILLAS*

SUMARIO: Introducción; I. La valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida; II. La valoración de la prueba ofrecida en Segunda Instancia; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

El sistema de procesamiento penal incorporado al marco jurídico mexicano, con motivo de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, denominado “sistema acusatorio”, constituye un cambio de paradigma en la temática de enjuiciamiento penal en nuestro país, no sólo por razón de los postulados que le dan orientación, sino por la transformación integral de que es objeto la función jurisdiccional, en donde si bien, el cambio más visible lo es su metodología predominantemente oral, abandonándose en mayor posibilidad la escrituralidad, lo cierto es, que no es lo único ni lo esencial, pues sólo constituye el método o mecanismo adjetivo que se traduce en el vehículo de aplicación del derecho sustantivo penal.

Sin embargo, para cumplir con su objetivo teleológico, definido en lo que el legislador señaló como objeto del proceso penal, es decir, alcanzar 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; era necesario que todos los órganos de autoridad, particularmente el órgano jurisdiccional, contaran con atribuciones más amplias que orientaran su función, dotándolo no sólo de la rectoría de legalidad, sino que se transformara como garante en la cotidianeidad, de la vigencia del Estado Democrático de Derecho. Para ello fue necesaria la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, referente a la preponderancia de los derechos humanos, contenida en lo dispuesto en el artículo 1 de la norma basal, que impone a toda autoridad la obligación en el ámbito de su competencia, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

* Licenciatura en *Derecho*, Posgrado en *Ciencias Penales* y Doctorando por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Máster Internacional en *Derecho Penal* por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. A lo largo de más de 30 años de experiencia profesional se ha desempeñado en diversos cargos públicos dentro de la administración de justicia de la rama penal en México. Actualmente ocupa el cargo de Magistrado integrante de la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

progresividad. Así llegamos a un nuevo mecanismo de enjuiciamiento, eminentemente público y transparente en la actuación judicial, con un control y dirección horizontal inter partes, enfocado en la rectoría de legalidad pero con la obligación de garantizar la vigencia y respecto de los derechos humanos, derivado del control de convencionalidad que le fue dotado al titular judicial.

Con esa tónica, tenemos que el sistema procesal penal acusatorio presenta una directriz metodológica diversa, pero que finalmente como todo mecanismo de enjuiciamiento tiene como propósito establecer las etapas necesarias para la administración de justicia que culmina con la decisión judicial de fondo; para ello es claro y fundamental la parte de la etapa demostrativa, pues es la esencia misma del objeto del proceso penal a que se refiere la fracción I del apartado a) del artículo 20 Constitucional, es decir, el esclarecimiento de los hechos que finalmente en este particular es en donde se centra todo mecanismo de procesamiento de orden jurisdiccional; en particular en el tema que nos ocupa, cabe primeramente distinguir que es necesario recordar antes de abordar nuestro tema central sobre la valoración de la prueba en segunda instancia, que en el actual sistema se contienen las etapas de investigación con dos fases, una inicial y otra complementaria, en

donde por ahora es suficiente establecer que en las mismas se recopilan, con las reglas procesales establecidas, simples datos denominados de prueba pero que se encuentran despojados del llamado principio de prevalencia de prueba, que ha caracterizado al anterior sistema; la etapa intermedia se traduce en la preparación del juicio y por tanto trasciende al ofertorio y admisión de los datos de demostración que a la postre se convertirán en los medios de prueba, por ende, es en esta etapa en la que también se comprende la depuración de los hechos controvertidos, como de los medios que llegaran a pretender las partes incorporar como prueba; finalmente la etapa de juicio que corresponde a aquella en donde se concreta la decisión de las cuestiones fundamentales del proceso y que se desarrollarán invariablemente atendiendo a los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad. De ese modo el Órgano Jurisdiccional de primera instancia arriba a la decisión final, es decir, a una sentencia que define las pretensiones imputativas y de defensa, sobre la base de un razonamiento jurisdiccional que comprenda la motivación, es decir, la expresión de las causas, motivos y razones que generan en el ánimo del juzgador el sentido de su determinación, empleando para ello el método de la sana crítica; en donde

la apreciación si bien es libre, debe ser lógica y racional atendiendo a la convicción plena en el ánimo del juzgador más allá de toda duda razonable.

Y así arribamos a la materia del tema, puesto que para poder abordar la valoración de la prueba en segunda instancia, debemos partir bajo una óptica genérica de que se ha formado un recurso judicial por el cual se impugna una determinación judicial recurrible, en la que existió una valoración probatoria que generó una definición judicial que causa inconformidad. Considerando lo antes dicho, no debemos perder de vista que respecto de las resoluciones del Juez de Control, conforme al artículo 467 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, ninguna de ellas conlleva la valoración de prueba, sino de la apreciación de datos aportados para sustentar la afirmación de un hecho fáctico y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; incluso, en la sentencia definitiva dictada en procedimiento abreviado, se tiene que la misma al provenir de un mecanismo alterno de solución de controversia, constituye en sí misma el pronunciamiento de una determinación judicial de fondo en la que particularmente se hace excepción al cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pues en síntesis hay un allanamiento a la imputación ministerial, pues se requiere que el

imputado reconozca saber su derecho a un juicio oral, los alcances y consecuencias de ese procedimiento abreviado, renuncie al derecho de juicio y sobre todo, por una parte, admita su responsabilidad por el delito imputado y, segundo, acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que solamente serán expuestos por el Ministerio Público al formular la acusación. Luego entonces no existe una valoración de esos medios de convicción, generados con motivo del debate contradictorio inter partes, y además porque nunca cumplen esos datos expuestos por la Representación Social, con la introducción formal para ser elevados a medios de prueba; por tanto se confirma nuestra opinión de que el tema que nos ocupa, al referirse sobre la valoración de la prueba en segunda instancia no abarca ninguna determinación del órgano jurisdiccional de control.

«...para poder abordar la valoración de la prueba en segunda instancia, debemos partir bajo una óptica genérica de que se ha formado un recurso judicial por el cual se impugna una determinación judicial recurrible, en la que existió una valoración probatoria que generó una definición judicial que causa inconformidad.»

Cuestión aparte, es la sentencia definitiva emanada como resolución pronunciada por un tribunal de enjuiciamiento, pues en ella se cumple con la definición del asunto sobre los hechos controvertidos y la responsabilidad o no del imputado, emanado de la atención valorativa del órgano jurisdiccional de todos los medios de prueba introducidos en los que se dio la inmediación, publicidad y contradicción; y por tanto se arribó al convencimiento de la determinación mediante la apreciación de la prueba extraída de la totalidad del debate, a través de una crítica racional y por tanto, abarcando motivacionalmente todo el conjunto demostrativo; es así, que sobre de esta base se puede enmarcar primeramente lo relativo a la valoración de la prueba en segunda instancia, de lo que más adelante nos ocuparemos para definir si realmente existe dicha valoración o no; y además cuándo y con qué alcances. Otro tópico que también queda abarcado sobre la base de la valoración demostrativa en la segunda instancia, es cuando dicho ejercicio probatorio no se refiere a lo valorado por el órgano jurisdiccional A quo, sino a lo que se pretende por alguna de las partes de mostrar mediante una vía de ofrecimiento de prueba y con ello justificar aspectos de los agravios formulados.

Luego entonces, cabe precisar que el desarrollo del tema sobre la valoración de la prueba de segunda

instancia, se abordará sobre dos vertientes; la primera, relativa a la atribución que tiene o no, el órgano jurisdiccional de alzada para valorar la prueba que sustenta la determinación del tribunal de enjuiciamiento contenida en la sentencia emitida con motivo del juicio oral; la segunda, sobre los aspectos de valoración probatoria ofertados ante el propio tribunal de alzada como mecanismo de demostración de los contenidos de agravio.

I. La valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida

Tal como se desprende del artículo 468 fracción II del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, se establece como resolución del tribunal de enjuiciamiento que resulta apelable la sentencia definitiva; esto es, corresponde a la determinación final del juicio oral en la que se define lo relativo a la esencia de la controversia penal, la que puede ser objeto de impugnación a través del recurso de apelación. Sin embargo, el dispositivo adjetivo nacional en comento, plantea por su redacción una problemática de singular reflexión, pues expresamente establece que la sentencia definitiva puede ser impugnada en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, pero distintas a la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave

del debido proceso. En esa tesitura, conviene hacer una reflexión sobre los parámetros de permisibilidad valorativa que le brinda al tribunal de alzada la norma adjetiva nacional, para efectuar un juicio analítico de valor, sobre la prueba producida en el juicio oral y que sustenta, como consecuencia, el sentido de la resolución que es materia del recurso. A este respecto es necesario señalar que existen, desde nuestra percepción tres corrientes o criterios de interpretación y aplicación del dispositivo adjetivo en comento, a saber: a) La Interpretación Restrictiva; b) La Interpretación Abierta; y, c) La Interpretación Extensiva o Convencional.

A) Interpretación restrictiva

Bajo este criterio, se comprende la aplicación literal del contenido de la fracción II del artículo 468 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en donde se sustenta la aplicación limitativa del alcance del recurso, puesto que en estricto sentido de permisibilidad normativa, no es posible asumir como tema en el recurso de apelación, aspectos de valoración y alcance demostrativo de la prueba introducida en el juicio oral, apoyándose básicamente para este criterio, en que resultaría la actividad jurisdiccional de alzada, violatoria de los principios fundamentales que rigen el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, ya que todo juicio de análisis y consecuentemente de

valor, sobre la prueba producida durante la etapa de juicio, tendría lugar por el tribunal de alzada en desapego a los principios rectores contenidos en el artículo 4 del Código adjetivo nacional, particularmente los principios de publicidad, contradicción e inmediación. En efecto, si el principio de publicidad de acuerdo al espíritu legislativo que impuso la creación del artículo 5 del Código Procesal Nacional, lo es precisamente que la publicidad rija en el procedimiento, para establecer un mecanismo de transparencia y por tanto de corresponsabilidad en la vigilancia de la actuación jurisdiccional por parte del colectivo social, democratizando con ello las atribuciones de control y vigilancia del órgano jurisdiccional; situación que no ocurriría ante el tribunal de alzada, puesto que en primer lugar, la prueba a justipreciar ya fue producida y por tanto tendría que ser apreciada al interior del órgano judicial, excluyéndose así la publicidad que rige el sistema.

En ese mismo orden de ideas, la interpretación restrictiva del precepto apuntala que la valoración del material demostrativo producido durante el debate en el juicio oral, cumplió con el principio de contradicción ante el tribunal de enjuiciamiento, pues las partes conocieron y tuvieron oportunidad de confrontar y controvertir los medios de prueba de su contraparte, incluso pudieron oponerse a sus pretensiones

y generar los alegatos de su interés; situación que sería nulificada al ser efectuada diversa valoración por el tribunal de alzada, en donde no existe la posibilidad de confrontación y por tanto del ejercicio real y cierto de un control jurisdiccional horizontal, puesto que, simplemente ante el tribunal de alzada no hay ejercicio de debate en este supuesto. Además también se argumenta que la restricción interpretativa en la aplicación de la fracción II del artículo 468 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, se sostiene y justifica porque de lo contrario se violaría además el principio de inmediación, dada cuenta que la producción de los medios de prueba que tendrían que ser objeto de análisis valorativo por parte del tribunal de alzada, no se desarrolló en presencia del mismo, es decir, no lo conoció directamente y por tanto se incumpliría con el mandato normativo en el sentido de que el órgano jurisdiccional no puede delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o valoración de las pruebas, mucho menos puede delegar la emisión y explicación de la sentencia respectiva, pues justamente, esa explicación que mandata la ley procesal, tiene por objeto conocer la motivación generada en el ánimo del juzgador al conocer directamente la prueba producida, situación que es materialmente imposible que tenga lugar ante el tribunal de alzada.

«la interpretación restrictiva del precepto apuntala que la valoración del material demostrativo producido durante el debate en el juicio oral, cumplió con el principio de contradicción ante el tribunal de enjuiciamiento, pues las partes conocieron y tuvieron oportunidad de confrontar y controvertir los medios de prueba de su contraparte, incluso pudieron oponerse a sus pretensiones y generar los alegatos de su interés; situación que sería nulificada al ser efectuada diversa valoración por el tribunal de alzada.»

Es por lo anterior, que la interpretación restrictiva de los alcances del recurso de apelación contra sentencia definitiva emanada del tribunal de enjuiciamiento, la norma procesal establece que tendrán que ser respecto de consideraciones distintas a la valoración de la prueba o bien de actos que implique una violación grave al debido proceso. Expuesto lo anterior, podemos concentrar la idea del sentido restrictivo del recurso de alzada y por tanto del tema de la valoración de la

prueba en segunda instancia con respecto a la sentencia definitiva apelada, en que se sustenta fundamentalmente en el argumento de que el tribunal de alzada está jurídicamente impedido para hacer un pronunciamiento valorativo respecto de medios de prueba que no fueron producidos ante sus miembros que lo integran, por tanto, llevar a cabo tal juicio de valor, daría lugar a la violación de los principios de publicidad, contradicción e intermediación.

B) Interpretación abierta

En contra posición a la postura anterior, se cuenta con el criterio de quienes sustentan que la valoración probatoria contenida en la sentencia definitiva materia del recurso de apelación, sí es susceptible de ser objeto de análisis justipreciativo por parte del tribunal de alzada, ya que incluso se afirma que, ello constituye la esencia del medio de impugnación, atentos a lo dispuesto por el artículo 479, párrafo primero del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en el que se establece que la sentencia de alzada confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada. De manera que ello sólo puede ocurrir, una vez que el *Ad quem* efectúe el análisis del juicio de valor producido por el juzgador primario y llegue a la determinación de que resultó apegado a la lógica racional, acorde con lo que demuestra la gama probatoria producida en el juicio oral.

Aunado, a que también se refuta el argumento sobre la violación a los principios rectores del sistema aludidos, aduciendo que la actividad jurisdiccional del tribunal de alzada, no está ajena del conocimiento que en su momento tuvo el juzgador primario, pues se apoya en el contenido de los registros video-gráficos generados como respaldo documental de todo lo ocurrido durante la etapa de juicio oral. A su vez, otro argumento que sustenta esta postura, es que incluso no puede afirmarse la violación a dichos principios del sistema, en función de que éstos, sólo rigen en la etapa de juicio; idea que algunos desprenden apoyándose en el contenido del artículo 348 del Código Adjetivo Penal Nacional, en el que se prevé al juicio, como la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso, que se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de intermediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad. De manera que si por disposición del árbitro en comento de la norma procesal, se prevé que es en la etapa de juicio en donde tiene lugar la vigencia de la intermediación, contradicción y publicidad (entre otros principios), es claro a su entender que la sentencia definitiva emergida en cumplimiento de los mismos en el juicio oral, puede ser perfectamente revisada en vía de

apelación, incluso respecto del criterio valorativo del material de prueba empleado por el juzgador primario, de modo que es preciso establecer que al señalar la norma procesal nacional en su artículo 468 fracción II, que será materia de apelación de la sentencia definitiva del tribunal de enjuiciamiento, las consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba, siempre que no comprometan el principio de inmediación, sólo establece la limitante para el tribunal de alzada, de no abarcar aspectos que no hayan sido producidos en la presencia directa del juzgador; en consecuencia, todo lo demás que fue producido como medio de convicción debidamente respaldado en los registros de audio y vídeo, es perfectamente dable que sea abarcado en su revisión por el tribunal de alzada; resaltando con lo anterior, que al asumir la postura de la interpretación abierta, es de especial importancia dejar claro, que sus partidarios la apoyan en una interpretación directa y diversa del precepto en cuestión, sin acudir al argumento de abandonar su aplicación, sino que sólo lo interpretan para efectos de practicidad de modo distinto de aquellos que se identifican con su visión restrictiva o cerrada a la literalidad de precepto.

C) Interpretación extensiva o convencional

Por otra parte, tenemos que lo dispuesto por el artículo 468, fracción II del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en cuanto a que el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación será su materia aquellas consideraciones distintas a la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, se posiciona en clara colisión con la norma suprema de la nación, por tanto, esta postura asume como mecanismo de aplicación, la obligación del órgano jurisdiccional de segunda instancia de dejar de aplicar ese dispositivo adjetivo nacional. Explicándonos, tenemos que bajo una visión distinta, la aplicación valorativa de pruebas en segunda instancia tiene que ser visualizada a la luz de un control de la norma interna, frente a la obligación del Estado Mexicano en razón de los tratados internacionales de que forma parte; en efecto, cabe destacar que acorde con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se tiene que la ley suprema de la Unión, la conforma la constitución general de la república, las leyes emanadas del Congreso de la Unión que son acordes a aquélla, y todos los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, que hayan sido ratificados por el Senado, por tanto, corresponde a los órganos jurisdiccionales mexicanos, como órganos del Estado

apegarse en sus decisiones y forma operativa a esta ley suprema, aún a pesar de las disposiciones internas que se tengan en contrario.

«... tenemos que lo dispuesto por el artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto a que el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación será su materia aquellas consideraciones distintas a la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, se posiciona en clara colisión con la norma suprema de la nación, por tanto, esta postura asume como mecanismo de aplicación, la obligación del órgano jurisdiccional de segunda instancia de dejar de aplicar ese dispositivo adjetivo nacional.»

Dicho lo anterior, cabe indicar que el Estado Mexicano forma parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 25.1 dispone como parte de las garantías judiciales, que toda persona tiene derecho a un recurso judicial, que sea sencillo, rápido y efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución del Estado parte, sus leyes o dicha convención; siendo a este respecto importante destacar, que acorde a la norma convencional en comento, se precisa definir qué se entiende por el concepto de efectividad del recurso. A este respecto debe ponderarse que de un análisis sistemático de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el tema de garantías judiciales y principio de legalidad, destacan las resoluciones emitidas en los casos: a) Reverón Trujillo vs. Venezuela¹ y b) Mendoza vs. Argentina²; solo por citar algunos de ellos, que se refieren precisamente a la interpretación que dicho organismo de administración de justicia internacional ha resuelto dando a

¹ Información disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf], consultada en 2017-04-17.

² Información disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf], consultada en 2017-04-17.

conocer la conceptualización de lo que debe entenderse entre los Estados parte, por un recurso judicial efectivo, de manera que de ese análisis podemos encontrar que la positivización en la norma procesal penal interna del país miembro de la convención, es insuficiente para considerar la efectividad del recurso. En ese mismo orden de pensamiento, podemos ponderar que no es suficiente que la norma nacional adjetiva penal mexicana cuente con un capítulo debidamente desarrollado sobre recursos judiciales, su definición, clase y tramitación para que se cumpla por el Estado Mexicano con lo dispuesto en el precepto 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues como se ha indicado, con independencia de la denominación y mecánica operativa del recurso que se prevea en el derecho interno, la sola existencia o previsión normativa es ineficaz a la luz de la norma convencional, pues la corte interamericana es precisa en su jurisprudencia en señalar que un recurso judicial cumple con la característica de efectividad cuando permite al órgano revisor la revisión de las cuestiones de hecho, de prueba y de derecho, pues de otra forma no se puede cumplir con un objetivo base del proceso penal en cualquier legislación que tenga como eje rector la protección de derechos humanos, si dicha legislación no establece un mecanismo idóneo que le permita a

quien conoce de la impugnación establecer si se ha incurrido por el juez primario en una violación de derechos humanos y por tanto tener la facultad de proveer lo necesario para remediarla, de suerte que, no puede considerarse efectivo cualquier recurso, que por las condiciones generales impuestas en la legislación, no permitan que el juez o tribunal de revisión de manera ágil materialice la protección del derecho reconocido, por tanto, de esta conceptualización podemos identificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado dos obligaciones específicas de cada Estado parte para cumplir con la previsión en su legislación de un recurso judicial efectivo; la primera de tales obligaciones, es ciertamente la positivización en su legislación de un mecanismo jurídico procesal que permita combatir las determinaciones de la autoridad y por tanto que todos los interesados bajo su jurisdicción puedan acceder a tal recurso; en segundo plano, se tiene la obligación de garantizar los medios para ejecutar las decisiones adoptadas a través de un recurso que asegure la posibilidad del revisor de corregir eficazmente los yerros directamente.

En esa tesitura encontramos que el artículo 468 fracción II del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, al establecer que la sentencia definitiva emitida por un tribunal de enjuiciamiento, es apelable, pero en relación a aquellas consideraciones

contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien, aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso, en su aplicabilidad cerrada, el hecho cierto, es que se aparta de la concepción de la efectividad del recurso judicial a que se refiere el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dada cuenta que al restringirse la materia del recurso a cuestiones distintas a la valoración de la prueba y más cuando comprometan el principio de inmediación, es evidente que el tribunal de alzada, no podrá atender ni aún hecho valer en vía de agravio, a las deficiencias que en opinión del impugnante presente la valoración probatoria; menos incluso lo relativo al juicio de valor que se le haya asignado, pues es en ese mismo ejercicio, donde se establecen los alcances valorativos de la prueba; de manera que el recurso se reduce en las atribuciones del tribunal de alzada a aquellas consideraciones de la sentencia que no revelen o involucren el juicio de valor o bien respecto de aquellas cuestiones que se traduzcan en una violación grave a las normas del debido proceso.

En ese tenor, es claro que lo dispuesto por el artículo 479 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* que faculta al tribunal de alzada para que en su sentencia confirme, modifique o revoque la

resolución impugnada, se acota excluyendo esa posibilidad en función de los aspectos de valoración de la prueba y en consecuencia acorde al entendimiento que de la efectividad del recurso se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el recurso de apelación previsto en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, no satisface la exigencia convencional de ser un recurso judicial efectivo; por tanto, en esta posición y visión de control convencional aunado a las atribuciones que se desprenden a la autoridad jurisdiccional, en el artículo 1 de la Constitución Federal, respecto a que sea garante en la protección de los derechos humanos, es que se asume como facultad y obligación del órgano de alzada, de dejar de aplicar el ámbito restrictivo de valoración probatoria, en atención a las propias facultades que le confiere el artículo 133 de la Constitución Federal, que ordena a la autoridad judicial prescindir de la aplicación de las normas de derecho interno que se encuentren en colisión con la ley suprema de la nación, entre la cual, están los tratados internacionales como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y en esa tesitura darle efectividad al recurso judicial para que el tribunal de alzada aborde las cuestiones de valoración probatoria que sean materia de agravio y no solo aquellas que trasciendan a la vulneración de

derechos fundamentales, puesto que en realidad, acorde a la fracción I, del inciso a) del artículo 20 Constitucional, es objeto del proceso, el esclarecimiento de los hechos, pero también la protección del inocente, de modo que ello debe ser eje rector en la operatividad del tribunal de alzada al resolver los recursos que dota la norma, particularmente, el de apelación contra sentencia definitiva dictada por el tribunal de enjuiciamiento.

Nuestra postura

Una vez señaladas las posturas que existen en torno al aspecto de valoración de la prueba en segunda instancia, respecto de la materia del recurso, cuando esta se trate de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de enjuiciamiento, estimamos necesario exponer nuestra postura. Para lo cual en primer término, debemos establecer un criterio basado en una visión integral de la norma que rige la materia y desde luego sin perder de vista la jerarquización de las mismas; así tenemos que por disposición del artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Federal, se impone a toda autoridad la obligación en el ámbito de su competencia de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, dispositivo que se articula con el arábigo 133 de la propia norma fundamental, de donde emana la concepción de la ley suprema de la

nación, integrada por las normas constitucionales, las leyes que de ella emanan y desde luego los tratados internacionales; siendo de este modo, que el órgano jurisdiccional de alzada para llevar a cabo una efectiva garantía en la protección de los derechos humanos debe establecer una interpretación judicial de las normas adjetivas penales de corte nacional, que den oportunidad a que el gobernado cuente con un recurso judicial efectivo, entendido como aquel que le permite al tribunal de alzada subsanar las deficiencias que constituyan una desviación en el objeto del proceso penal, esto es, remediar aquellas deficiencias aún de valoración probatoria que evidencien que no se han esclarecido los hechos, que desprotegen al inocente o que generan impunidad e incluso que trascienden a ser nugatorio el derecho al resarcimiento de los daños causados, actuando bajo esos postulados superiores oficiosamente, pero también, limitándose en su actuación, *motu proprio* en aquellos supuestos en donde del conocimiento de las resoluciones recurridas no se advierta la necesidad de reparar tales violaciones, pues tampoco se trata, de incurrir en la práctica del sistema abandonado, de efectuar la revisión oficiosa e integral, pues ello traería como consecuencia un impacto negativo sobre la operatividad del sistema; de modo que debe armonizarse el cumplimiento de la efectividad del recurso en aras de

protección de derechos humanos o incluso derivado de violaciones graves al debido proceso, con el contenido del artículo 461 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* que prevé el alcance del recurso, estableciendo la prohibición de extender la decisión a cuestiones no planteadas en los agravios, y a su vez atender a la última parte de su primer párrafo que posibilita esa extensión al encontrarse violaciones a derechos fundamentales, imponiendo la obligación de repararlas de oficio; de esa manera, estimamos que debe armonizarse el marco jurídico interno en sus niveles constitucional y secundario con el control convencional a través de una interpretación hermenéutica del marco jurídico integral.

II.- La valoración de la prueba ofrecida en Segunda Instancia

En otro tópico, también relacionado con el tema de valoración de la prueba en segunda instancia, se tiene lo referente a cuando la prueba a valorar no es la contenida en la resolución materia del recurso, sino que se trata de los elementos de demostración que el artículo 484 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* dispone que pueden ser ofrecidos y desahogados ante el tribunal de alzada. Sobre este particular, primeramente, consideramos precisar los requisitos de admisibilidad probatoria durante el recurso de apelación.

Así tenemos que la norma adjetiva nacional, al establecer que el ofertorio probatorio en el recurso de apelación presenta tres supuestos que son los siguientes:

a) El medio de impugnación se funde en un defecto del proceso, en función de alguno de los siguientes motivos:

- a1) Se afirme que la forma en que fue llevado a cabo el acto es en contraposición a lo asentado en actuaciones.
- a2) En el acta respectiva.
- a3) En los registros de debate.
- a4) En la sentencia definitiva.

b) También será admisible la prueba, cuando sea indispensable para sustentar el agravio formulado por el imputado o a su favor.

c) Cuando tengan el carácter de supervenientes.

Como puede verse, bajo los supuestos indicados en los incisos a) y b), el material de prueba ofrecido, tiende a establecer la demostración argumentada en vía de agravio, que se dice trastoca la forma en que tuvo lugar un acto procesal, o bien, que existe diferencia entre lo ocurrido procesalmente y lo asentado en el registro escrito, en los casos en que así lo mandata la propia norma, como es el caso, por citar algún ejemplo, el acta mínima de audiencia o bien la versión escritural del auto de vinculación o sentencia en el que se

argumenta una afirmación no realizada en el acto procesal, o en su caso, realizada pero no con los alcances establecidos que se motivan en la versión escrita. En tanto que en el supuesto del inciso c) abarca la demostración de los hechos controvertidos sobre el fondo del reclamo mismo, pero sólo cuando tiene en carácter de supervenientes; es decir, que emergen al conocimiento de su existencia de la parte oferente con posterioridad a la determinación recurrida y que tiene trascendencia para la definición del fondo mismo de la controversia, ya sea para desvirtuar la concepción del evento imputado o bien respecto de la responsabilidad del imputado.

Ahora bien, es importante establecer que el artículo 484 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, no establece la forma y términos para hacer el ofrecimiento de prueba, bajo alguno de los supuestos antes indicados, por tanto, debemos extraer el mecanismo ofertorio y tiempo para hacerlo de la interpretación hermenéutica de la norma adjetiva nacional; esto es, debemos partir de considerar que acorde con el artículo 471 del mismo cuerpo legal, al interponerse el recurso de apelación contra sentencias definitivas dictadas por el tribunal de enjuiciamiento, se llevara a cabo dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución combatida, interponiéndolo por escrito, en el que se expresaran los

agravios que se dicen causados, debidamente motivados con precisión de las disposiciones violadas; es resaltable que el párrafo tercero del dispositivo en comento prevé que en el escrito de interposición se deben señalar los elementos de identificación y mecanismos de notificación y en el párrafo siguiente la expresión de agravios que desde luego tendrá que ser acorde a lo señalado por el diverso numeral 458 del Código Adjetivo Nacional; es decir, el recurso debe sustentarse en la afectación que causa el acto impugnado y desde luego con expresión de los motivos que lo originan; en consecuencia, si la prueba a ofertar y desde luego que deba ser objeto de recepción por el tribunal de alzada debe tender a: 1. Demostrar un defecto del proceso; o, 2. Demostrar que la forma del acto procesal esta contrapuesto con sus registros o argumentaciones; es evidente que el momento procesal en que debe tener lugar el ofrecimiento de la prueba es precisamente al momento de la expresión de agravios, pues precisamente al formular éstos, la parte impugnante tiene perfecto y completo conocimiento de lo que impugna y en su caso como demostrarlo, por tanto al alegarse un defecto en el acto procesal o una inconsistencia entre lo ocurrido y lo registrado escrituralmente, es preciso que se aporte el ofrecimiento probatorio relacionado con los agravios expuestos. De ese modo, las

otras partes procesales al conocer los términos del agravio y ejercer su derecho de contestarlo o adherirse podrán ejercer su derecho de contradicción; siendo evidente que la prueba admitida será desahogada conforme a las reglas y técnicas que rigen para la audiencia de debate, siguiendo los mismos protocolos para su incorporación y desahogo, del cual será rector en la conducción de la audiencia respectiva el tribunal de alzada, el cual igualmente deberá apreciar la prueba conforme a las reglas y principios de la sana crítica, esto es, apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica, sometándolo a la crítica racional los medios de prueba lícitamente incorporados, y en consecuencia pronunciándose motivadamente sobre la totalidad de los medios de prueba producidos, para establecer si se alcanza o no la demostración pretendida.

Situación distinta, que ocurre con respecto al ofrecimiento de prueba que tiene lugar con motivo de su carácter superveniente y que tiende a incidir respecto de los hechos imputados, en cuanto a su materialidad o forma y características de actualización; o bien, respecto de la convicción de responsabilidad plena a que se arribó o no, por el tribunal de enjuiciamiento; pues a este respecto consideramos, que el momento del ofrecimiento demostrativo, debe ocurrir en forma inmediata a que se

tenga conocimiento de la existencia de dicha prueba superveniente y podrá tener lugar, hasta antes de que el tribunal de alzada resuelva el recurso emitiendo la sentencia correspondiente. En el entendido, desde luego que este medio de prueba deberá ser incorporado en la audiencia que al efecto se señale bajo los parámetros antes referidos.

«... es evidente que el momento procesal en que debe tener lugar el ofrecimiento de la prueba es precisamente al momento de la expresión de agravios, pues precisamente al formular éstos, la parte impugnante tiene perfecto y completo conocimiento de lo que impugna y en su caso como demostrarlo, por tanto al alegarse un defecto en el acto procesal o una inconsistencia entre lo ocurrido y lo registrado escrituralmente, es preciso que se aporte el ofrecimiento probatorio relacionado con los agravios expuestos.»

Conclusiones

Primera.- En el recurso de apelación interpuesto contra resoluciones emitidas por el Juez de Control, no existe posibilidad de valoración probatoria por parte del tribunal de alzada, pues tales determinaciones se asumen sustentadas en datos de prueba, que sólo permiten establecer la razonabilidad del sentido de la determinación.

Segunda.- Incluso, en la sentencia emitida por el Juez de Control, con motivo del juicio abreviado, no existe posibilidad de que el tribunal de alzada se pronuncie sobre valoración demostrativa alguna, pues como mecanismo alternativo de solución de controversias, el juicio abreviado y su sentencia, constituyen una excepción al cumplimiento de los principios de publicidad, inmediatez y contradicción, al carecer de debate y consecuente valoración probatoria, para sustentar el sentido de la sentencia que en dicho juicio se pronuncie.

Tercera.- Los alcances del recurso de apelación, con respecto al tema de la valoración de la prueba en segunda instancia, presentan dos supuestos normativos distintos: Uno, el referente a la posibilidad jurídica valorativa que tiene el tribunal de alzada para resolver el recurso de apelación y por tanto involucrándose en la revisión del juicio de valor plasmado en la sentencia, es decir, analizando el criterio expresado como

motivación del fallo recurrido. Dos, la afirmación de que los aspectos restrictivos que prevé el recurso de apelación contra sentencia definitiva emitida por tribunal de enjuiciamiento, impiden en estricto derecho, abarcar aspectos de valoración probatoria contenidos en la sentencia impugnada.

Cuarta.- Son tres los criterios que teórica y dogmáticamente se ocupan de analizar la facultad del tribunal de alzada para valorar el material de prueba contenido en la sentencia definitiva emanada del tribunal de enjuiciamiento: a) Interpretación Restrictiva; b) Interpretación Abierta; y, c) Interpretación Extensiva o Convencional.

Quinta.- En nuestro concepto, se debe asumir una postura ecléctica en la que rijan la protección jurisdiccional de los derechos humanos y por tanto, dando efectividad al recurso judicial como derecho convencionalmente reconocido, con una aplicación necesariamente oficiosa en caso de advertirse violaciones graves que afecten los derechos fundamentales de cualquiera de las partes.

Sexta.- La valoración probatoria en segunda instancia, también tiene posibilidad de ocurrir, cuando el medio demostrativo es objeto de ofertorio, en los casos y supuestos que así lo permite el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, siguiendo para su incorporación las reglas del debate; en el entendido que deberán ser

objeto de ofrecimiento probatorio, aquellos medios que así lo estimen las partes, en el mismo curso de agravios, cuando precisamente se pretenda demostrar la deficiencia de un acto procesal o la inconsistencia de su registro o argumentación con lo ocurrido en el desarrollo del mismo. En tanto que, tratándose de la prueba superveniente, ésta podrá ser ofertada y recibida con las reglas de incorporación general hasta antes de que el tribunal de alzada pronuncie su sentencia.

«Los alcances del recurso de apelación, con respecto al tema de la valoración de la prueba en segunda instancia, presentan dos supuestos normativos distintos: Uno, el referente a la posibilidad jurídico valorativa que tiene el tribunal de alzada para resolver el recurso de apelación y por tanto involucrándose en la revisión del juicio de valor plasmado en la sentencia, es decir, analizando el criterio expresado como motivación del fallo recurrido. Dos, la afirmación de que los aspectos restrictivos que prevé el recurso de apelación contra sentencia definitiva emitida por tribunal de enjuiciamiento, impiden en estricto derecho, abarcar aspectos de valoración probatoria contenidos en la sentencia impugnada.»

Fuentes consultadas

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Primera Edición, México 2003.
- BINDER, Alberto M., *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio (Para Auxiliares de la Justicia)*, Campomanes Libros, Argentina 2000.
- CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián, *Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Segunda Edición, Bogotá, Colombia 2008.
- CARBONELL, Miguel y CABALLERO GONZÁLEZ, Edgar S., *Código Nacional de Procedimientos Penales, con jurisprudencia nacional e interamericana*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2016.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Teoría del Delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Straf, México 2006.
- ELBIO DAYENOFF, David, *El Juicio Oral en el Fuero Penal*, Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina 1998.
- FONTANET MALDONADO, Julio E., *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, Tercera Edición, Jurídica Editores, Puerto Rico 2010.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *El Juicio Oral Abreviado*, Porrúa, México 2011.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, (Tomo I y II), Editorial Jurídica de Chile, Chile 2007.

NADER KURI, Jorge, *La Investigación en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: [www.juridicas.unam.mx], consultada en: 2017-04-21.

NATAREN NANDAYAPA, Carlos F. y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E. *Aspectos relevantes de la litigación oral en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ubijus, México 2008.

TARUFFO, Michelle, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid 2008.

_____, *La Prueba de los Hechos*, Trotta, Madrid 2009.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Guía de Apoyo para el Estudio y Aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, Primera Edición, México 2014.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tesis XVII.1o.P.A.44 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de

Circuito, visible en la página 2908, Libro 40, marzo de 2017, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2014000, bajo el rubro: RECURSO DE APELACIÓN PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SENTENCIADO, OBLIGA AL TRIBUNAL DE ALZADA DEL CONOCIMIENTO A ESTUDIAR DE OFICIO LA DEMOSTRACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO, LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, PARA CONSTATAR SI EXISTE VIOLACIÓN O NO A AQUÉLLOS, AUNQUE NO SE HUBIERA ALEGADO EN LOS AGRAVIOS (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 457, 461 Y 481 CON EL DIVERSO 2o. DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

Tesis XVI.P.10 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2886, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2012639, bajo el rubro: PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SALVO LAS EXCEPCIONES LEGALES, LA ÚNICA INFORMACIÓN QUE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN PUEDE VALORAR PARA SU

DECISIÓN, ES LA ENTREGADA POR LOS TESTIGOS DURANTE EL JUICIO, POR LO QUE TODA DECLARACIÓN PREVIA NO TIENE VALOR NI PUEDE UTILIZARSE EN REMPLAZO DE LA DECLARACIÓN PERSONAL DE ÉSTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

Tesis XVI.P.9 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2879, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2012636, bajo el rubro: PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NO IMPIDE QUE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN, ANTE LA EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, PONDERE LA VEROSIMILITUD CON QUE SE CONDUCE UN TESTIGO PARA DETERMINAR SI ES FACTIBLE O NO CONCEDER VALOR PROBATORIO A SU DICHO.

Tesis XVII.1o.P.A. J/12 (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 3290, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2010441, bajo el rubro: RECURSO DE APELACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA. AL RESOLVERLO EL TRIBUNAL DE

ALZADA ESTÁ OBLIGADO A ANALIZAR OFICIOSAMENTE LA LITIS E INCLUSO CUESTIONES NO PROPUESTAS POR EL RECURRENTE EN SUS AGRAVIOS PARA ANULAR LOS ACTOS QUE RESULTEN CONTRARIOS A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, PUES NO HACERLO IMPLICA UNA VIOLACIÓN GRAVE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PARTES [APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 18/2012 (10A.)].

Tesis XVII.1o.P.A.23 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 4079, Libro 23, octubre de 2015, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2010197, bajo el rubro: RECURSO DE APELACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA. SI EL INculpADO OPTÓ POR EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y AL INTERPONERLO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA, MANIFESTÓ EXPRESAMENTE QUE LO HACÍA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CONTRA LA NEGATIVA DEL BENEFICIO DE LA CONDENA CONDICIONAL, ES LEGAL QUE LA SALA DEL CONOCIMIENTO OMITA EL ANÁLISIS DEL DELITO Y LA PLENA RESPONSABILIDAD DE AQUÉL EN SU COMISIÓN.

Tesis XIII.P.A.5 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible

en la página 2433, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2007482, bajo el rubro: INMEDIACIÓN. LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO POR UN JUEZ DE GARANTÍA DISTINTO AL QUE CELEBRÓ LA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN, VIOLA DICHO PRINCIPIO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ORAL EN EL ESTADO DE OAXACA).

Tesis II.1o.22 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2424, Libro 19, junio de 2015, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2009403, bajo el rubro: SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL. PARA QUE LA SALA PUEDA REVOCARLA CON MOTIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN SU CONTRA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, NECESARIAMENTE DEBE ANALIZAR SUS AGRAVIOS CONFORME AL PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO, CONFRONTARLOS CON LAS RAZONES SUSTENTADAS POR DICHO ÓRGANO Y DETERMINAR SI RESULTAN APTOS, BASTANTES, FUNDADOS Y EFICACES PARA PROCEDER A ESA DECISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Tesis XVII.1o.P.A.9 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por

Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1853, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2004766, bajo el rubro: RECURSO DE APELACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA. AL RESOLVERLO EL TRIBUNAL DE ALZADA ESTÁ OBLIGADO A ANALIZAR OFICIOSAMENTE LA *LITIS* E INCLUSO CUESTIONES NO PROPUESTAS POR EL RECURRENTE EN SUS AGRAVIOS PARA ANULAR LOS ACTOS QUE RESULTEN CONTRARIOS A SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, PUES NO HACERLO IMPLICA UNA VIOLACIÓN GRAVE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PARTES [APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 18/2012 (10A.)].

Tesis IV.1o.P.5 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1522, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 2, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2002373, bajo el rubro: PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

Tesis II.2o.P.272 P (9a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales

Colegiados de Circuito, visible en la página 1754, Libro I, octubre de 2011, Tomo 3, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 160744, bajo el rubro: SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. ACTUACIÓN QUE EL JUEZ DEBE TENER PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD, CONTRADICCIÓN Y EQUILIBRIO PROCESAL PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Legislación Internacional

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C. No. 16.

_____, Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22.

_____, Caso Genie Lacayo, Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C. No. 30.

_____, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C. No. 33.

_____, Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C. No. 34.

_____, Caso Suarez Romero, Sentencia de 12 de

noviembre de 1997, Serie C. No. 35.

_____, Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C. No. 36.

_____, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C. No. 37.

_____, Caso Benavides Cevallos, Sentencia de 19 de junio de 1998, Serie C. No. 38.

_____, Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C. No. 52.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Aplicación No. 41099/14. Molamphy vs. Portugal, 4 de abril de 2017.

_____, Aplicación No. 33482/14, Plochocki vs. Poland, 4 de abril de 2017.

_____, Aplicación No. 2582/16, Butuc vs. Portugal, 4 de abril de 2017.

_____, Aplicación No. 27183/08, Malbasic vs. Slovenia, 4 de abril de 2017.

_____, Aplicación No. 12309/09, Kvaratskhelia vs. Georgia, 4 de abril de 2017.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, Protocolo No. 7.

Declaración Americana de los
Derechos y Deberes del
Hombre.

Declaración Universal de Derechos
Humanos.

Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos.