

Capítulo IV

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

1. LAS GARANTÍAS PROCESALES

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

2. DOS MODELOS PROCESALES: EL DECISIONISTA Y EL GARANTISTA

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

CUADRO 4.1. *Modelos procesales decisionista y garantista*

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

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

2.1. La verdad controlada y controlable

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

CUADRO 4.2. *Garantías procesales primarias y secundarias*

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

⁶¹ Art. 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶² Art. 371 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

⁶³ Artículo 348 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

3. LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO Y ORAL

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

** Tomadas del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

4. EL CARÁCTER EPISTÉMICO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

⁷¹ Popper, Karl, *op. cit.*, p. 61.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

⁷² *Ibidem*, p. 46.

⁷³ *Ibidem*, p. 48.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 605 y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 605.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

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

⁷⁵ Popper, Karl, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 76-77.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

⁷⁸ Art. 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

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

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

⁸² *Idem.*

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

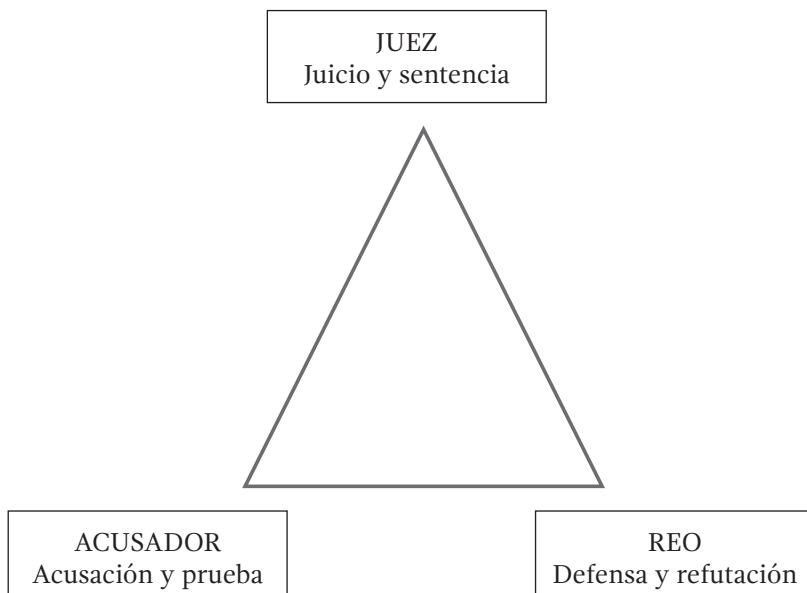
⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 613 y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontanara, 2004, p. 613.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

FIGURA 1. *Modelo triangular con actores y funciones*



⁸⁵ *Ibidem*, p. 674.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

⁸⁷ *Ibidem*, p. 70.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

⁸⁸ *Ibidem*, p. 67.

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

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

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

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

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

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

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

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

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

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

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

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

Así, la epistemología del proceso está determinada por:

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

⁹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6^a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 546 y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontanara, 2004, p. 546.

La epistemología del proceso penal acusatorio y oral

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

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

⁹³ Lo único que modifcó de este concepto es “íntima convicción” por “valoración libre y lógica”, porque es el sistema de valoración de nuestro procedimiento penal. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 564.