

CAPÍTULO TERCERO PRUEBA

I. Consideración general	51
II. Admisibilidad	52
III. Objeto	54
IV. Verdad histórica y carga de la prueba	55
V. Contradicción en la prueba	57
VI. Inmediación en la prueba	58
VII. Preservación	61
VIII. Valoración	61
A. Sistema general	61
B. Prueba y resolución	63
IX. Libertad de prueba	65
X. Confesión	65
XI. Inspección	67
XII. Dictamen	68
XIII. Testimonio	69
XIV. Identificación, confrontación y reconocimiento	71
XV. Careo	72
XVI. Documentos	72
XVII. Presunción	73
XVIII. Indicio	74

CAPÍTULO TERCERO PRUEBA

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La prueba constituye uno de los conceptos procesales básicos, con la acción, la jurisdicción y el proceso. En rigor, todo el esfuerzo que implica el procedimiento penal, desde su origen hasta su conclusión por medio de la sentencia, se halla dominado por la necesidad de indagar la verdad a través de la prueba. No es éste el lugar para aportar caracterizaciones sobre la prueba y desarrollar la teoría de esta noción fundamental.

Baste con recordar ahora que el MP está obligado a establecer la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad; es decir, tiene la obligación de probar esos extremos como condición para ejercitar la acción penal o abstenerse de hacerlo. El juzgador, a su vez, se halla obligado a indagar la realidad de los hechos que se someten a su conocimiento, apreciándola a través de las pruebas que le someten las partes o buscándola por medio de pruebas que él mismo disponga para ese fin.

La determinación de ejercicio de la acción a cargo del MP, como factor del proceso, y la sentencia del tribunal, como culminación de aquél, esencialmente son ejercicios de lógica sobre un doble fundamento: las pruebas acerca de los hechos y las consecuencias jurídicas de esos hechos conforme a las normas aplicables.

Por todo ello es preciso que los ordenamientos procesales contengan una regulación adecuada en materia de prueba. De ésta dependerá, en buena medida, la correcta factura del código. El código de Guerrero y los códigos de Morelos y Tabasco dividen la

materia en dos porciones: primero dictan reglas generales; en seguida analizan diversos medios probatorios relevantes, que no son los únicos posibles. Todo esto se halla regido por un principio que figura en el artículo 4 del CPP: la búsqueda de la verdad histórica. Bajo ese principio deben interpretarse e integrarse las normas acerca de la prueba.

II. ADMISIBILIDAD

El primer párrafo del artículo 75 fija la regla general sobre admisión —admisibilidad— de la prueba, que se despliega en dos direcciones: pertinencia y legitimidad. En virtud de aquéllo, sólo son admisibles —es decir, aceptables en el proceso, para quedar luego sujetas al análisis y valoración que correspondan, de lo que dependerá su eficacia para formar la convicción del tribunal— las pruebas que resulten conducentes al esclarecimiento de las cuestiones planteadas en el procedimiento penal de que se trate. El CGRO contiene esta fórmula: “son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral o al derecho, se hayan producido en forma legal, y sean conducentes al esclarecimiento de las cuestiones planteadas en el procedimiento penal” (artículo 103). De forma semejante se pronuncia el artículo 75 del CPP, que agrega: “si la prueba propuesta no reúne estas condiciones, se desechará con audiencia de partes”.

Con ello se trata de evitar, desde el momento en que el juzgador conoce el ofrecimiento de la prueba —esto es, *in limine*— las probanzas impertinentes, que nada aportarán al esclarecimiento de los hechos que efectivamente lo requieren en vista del proceso; en otros términos, son de plano inadmisibles las pruebas frívolas o inconducentes, que pueden proponer, por mala fe o incompetencia, lo mismo quien acusa que quien defiende; aceptarlas es perturbar el proceso, enrarecerlo con cuestiones inútiles, que a la postre confunden o por lo menos consumen tiempo valioso.

Al mismo propósito sirve una útil disposición que se dirige a los proponentes de la prueba: deben manifestar la finalidad que buscan con ella, relacionándola con los puntos que pretende acreditarse

(artículos 103, CGRO y 75, último párrafo, CPP). Aquí se subraya, de nueva cuenta, la necesidad de orientar el proceso probatorio bajo normas de pertinencia. No existe la misma regla cuando el juzgador dispone medidas para mejor proveer. Puesto que la prueba se dirige a formar su convicción, él mismo debe ponderar la eficacia de aquélla para tal fin, tomando en cuenta lo que se quiere y debe conocerse.

Hablemos ahora del principio de legitimidad de la prueba en sus diversas vertientes. Como señalé, tampoco son admisibles las pruebas contrarias a la moral o al derecho (si bien en algunos ordenamientos recientes sólo se prohíbe la oposición al derecho, no así a la moral), es decir, las probanzas ilegítimas. Esta acostumbrada disposición, que no encierra novedad, se complementa con otra, surgida de la jurisprudencia anglosajona bajo el concepto de *exclusionary rule*, o sea, la exclusión de pruebas formadas o recabadas de forma contraria a la ley.

En este punto, conviene hacer una reflexión acerca del sentido de las normas sobre legitimidad en la obtención de la prueba como condición para la admisibilidad de ésta, y por ende, para que tenga eficacia en la formación de la convicción del juzgador y en el contenido de la sentencia. Ya dije que el proceso persigue alcanzar la verdad histórica, es decir, saber lo que en realidad aconteció, por encima de las versiones que suministren las partes. Para ello pudieran emplearse probanzas ilegales u obtenidas por medios que la ley reprueba —*verbi gratia*, una confesión forzada con violencia sobre el inculpado—, que no obstante su ilicitud permitirían adquirir el conocimiento que se busca.

Este método correspondería a la conocida expresión de que “el fin [la verdad] justifica los medios” (la prueba ilegítima, pero persuasiva). Hoy día prevalece una idea diferente: para que una prueba sea aceptable en el proceso, que es un instrumento civilizado para resolver la controversia, es preciso que, además de resultar persuasiva, sea legítima; si no satisface esta última exigencia, ni siquiera deberá ser considerada por el juzgador (o, en su caso, el MP). De esta suerte, se ha introducido en el proceso una regla de

signo contrario a la recogida en la expresión que antes mencioné; en consecuencia, podría decirse que “los medios [la prueba legítima] justifican el fin” (la obtención de la verdad, que así puede constituir, además de una verdad “legítimamente” obtenida, una verdad “legal” en el cuerpo de la sentencia).

III. OBJETO

Es necesario establecer el objeto de la prueba. La doctrina y la legislación han trabajado en este ámbito. El artículo 75 del CPP pretende evitar dudas y por ello se refiere explícitamente, de forma enumerativa, al objeto de la prueba, recogiendo aquí todos los datos, hechos o referencias de carácter fáctico que vienen al caso para el esclarecimiento del asunto controvertido y de sus implicaciones en orden a la responsabilidad del sujeto, la vigencia de la pretensión y la imposición de una pena individualizada.

En seguida, el CPP excluye de prueba los hechos notorios y el derecho positivo, tanto el federal como el local, puesto que el tribunal se halla sujeto a ambos órdenes y está obligado a conocerlos; este deber abarca los tratados internacionales, que son parte del derecho federal: norma suprema de toda la unión, en los términos del artículo 133 constitucional. Es éste el alcance del principio *jura novit curia*.

En cambio, es preciso probar el derecho de otras entidades federativas, al que no se halla sujeto el juzgador, pero que eventualmente pudiera interesar para el ejercicio de su jurisdicción; y también hay que probar los usos y costumbres, punto discutible siempre, sobre todo si se considera el valor normativo de éstas, que conforman un derecho consuetudinario vinculante para el tribunal y quienes ante él comparecen. Sin embargo, en bien de la justicia se dispone la prueba acerca de los usos y las costumbres; piénsese, por ejemplo, en la necesidad de aplicar aquéllos cuando se juzga a personas de grupos étnicos indígenas, expresamente considerados en la legislación penal del estado; sería arriesgado depender del conocimiento judicial de las costumbres jurídicas indígenas, que

en ocasiones son ajenas al conocimiento del juzgador, e incluso se expresan en un idioma desconocido para él.

IV. VERDAD HISTÓRICA Y CARGA DE LA PRUEBA

En el importante capítulo sobre reglas generales de la prueba, se recogen expresamente algunas de las aplicaciones más relevantes de diversos principios procesales, como son: verdad histórica —regla que se halla en el corazón del régimen completo de la prueba—, contradicción, intermediación y legalidad. Otras normas, colocadas al final del título tercero, reglamentan la valoración de la prueba y su impacto sobre la sentencia. Veamos estas disposiciones, con el señalamiento previo de que tanto ellas como las normas sobre las pruebas, en particular, rigen en la etapa de averiguación previa y en el curso del proceso; por ende, obligan al MP que preside aquél y al tribunal que dirige éste, así como a todas las personas que bajo cualquier título participan a todo lo largo del procedimiento.

La aplicación del principio de verdad histórica se asocia a otro principio generalmente reconocido: quien afirma, debe probar; o dicho en otros términos, cada quien debe probar las pretensiones y defensas que esgrime en el proceso. A esto se denomina la “carga de la prueba”; no se trata, en rigor, de un deber. La idea de carga, bien conocida en el derecho procesal, supone la posibilidad de obtener una ventaja —si se satisface la carga— o el riesgo de quedar en desventaja e inclusive recibir una condena de fondo adversa —si aquélla queda sin satisfacción—.

Por ende, el MP y el ofendido, que reclaman y solicitan una condena, deben probar sus pretensiones; y el inculpado, que se resiste, ha de acreditar sus excepciones o defensas, salvo que en su favor exista una presunción legal. En efecto, ésta apareja —como veré al ocuparme de las pruebas en particular— inversión de la carga de la prueba o exclusión de ésta. Es la regla que se aplica a cualquier proceso, principalmente a los de naturaleza civil, que versan sobre bienes disponibles, en los que la sociedad no se interesa especialmente, y que por ello se hallan subordinados al

principio de verdad formal, que puede ser una verdad puramente convencional.

Pero esa regla no prevalece en el proceso penal, donde se trata de relaciones y bienes que revisten suma importancia para la sociedad; aquí domina el principio de verdad histórica o material, que es, bien vista, la única verdad auténtica, a la que por eso mismo se ha llamado, con una expresión redundante, “verdad verdadera”. Si esto es así, ni el MP —cuando actúa como autoridad indagadora, para resolver sobre el ejercicio de la acción—, ni el juzgador, que dictará sentencia en torno a unos hechos y a una responsabilidad bien acreditadas, pueden limitarse a recibir y considerar las pruebas que ofrezcan quienes se presentan ante ellos. Más allá de esto, es preciso que asuman la iniciativa de indagar la realidad, y, por ende, actúen oficiosamente en este sentido.

La indagación oficiosa de la verdad no suele despertar reparos cuando se trata del MP, que realiza actividades cuasijurisdiccionales en la averiguación previa, pero en todo caso no constituye un juzgador por encima de partes que contienden. Fácilmente se admite, e incluso se reclama, que el MP sea diligente en la búsqueda de los elementos de cargo y descargo, y para ello practique todas las pruebas posibles y admisibles.

No sucede lo mismo con el juzgador: la oficiosidad de éste recuerda al tribunal inquisitivo, que abarcaba las tres funciones procesales: acusación, defensa y resolución. Aún así, es necesario que el juzgador inquiera de oficio; es inaceptable, en mi opinión, que se limite a recibir las pruebas que las partes propongan, aunque resulten notoriamente insuficientes para saber lo que verdaderamente sucedió, y, por tanto, para sustentar una sentencia que privará de la libertad a un ser humano.

En rigor, debiera llegar el momento en que todo juzgador de oficio busque la verdad histórica —así se trate de asuntos civiles patrimoniales—, no tanto para interferir autoritariamente en relaciones jurídicas sobre bienes disponibles, cancelando así la dispositividad de los particulares, sino para evitar que su resolución —la verdad legal— se eleve sobre un artificio o una falacia. No se trata de

sustituir a las partes en la defensa de sus intereses privados, sino de reconocer la majestad de la función judicial, y la dignidad de la sentencia independientemente de la entidad y el carácter de los bienes y las relaciones sobre los que aquélla se ejerce y ésta resuelve.

Acerca de este asunto, el artículo 77 del CPP, que fija la carga de la prueba en la forma acostumbrada, como regla general, añade inmediatamente que, a pesar de ello, el juez y el MP dispondrán la práctica de todas las pruebas conducentes a establecer la verdad. Ahora bien, esta amplitud probatoria tiene un límite en lo que respecta al tribunal, para evitar que éste se convierta en un inquisidor: las diligencias que ordene el juzgador —que son diligencias para mejor proveer— no podrán suplir en ningún caso las omisiones del MP en la atención de su deber probatorio (ya no carga, sino verdadero deber funcional).

En este punto, analizado desde otra perspectiva, se verá una aplicación más de la defensa material del inculcado; es decir, de las disposiciones de la ley y las acciones de las autoridades que se dirigen a proteger los legítimos intereses del inculcado más allá de la actividad propia del defensor y sin perjuicio de ésta.

V. CONTRADICCIÓN EN LA PRUEBA

Un principio característico del proceso penal moderno, de orientación liberal o democrática, respetuoso de la dignidad del individuo —sin perjuicio del aprecio que merecen los intereses generales—, es el de contradicción. Se quiere decir, en esencia, que la igualdad de las partes en el proceso y la consideración que ambas merecen, en aras de la justicia, obliga a dar a cada una oportunidades iguales o muy semejantes para esgrimir sus pretensiones, probar sus afirmaciones y exponer sus razones. El principio de contradicción se proyecta sobre los actos procesales; convoca a las partes hacia éstos; les permite participar en ellos o acerca de ellos.

En la escena del proceso, la parte que demanda —o acusa— habrá de plantear ante el tribunal hechos y pruebas que los acrediten, así como argumentos que sostengan determinada consecuencia

jurídica de aquéllos, en la que se resume el pedimento del actor. La contraparte —el demandado o el acusado— estará al tanto de los planteamientos del actor y podrá analizarlos críticamente; a su turno, hará valer sus defensas, que el actor, por su parte, podrá examinar y controvertir. Todo ello implica una contradicción ante el tribunal, que la observa, pondera y resuelve.

La contradicción procesal —el principio contradictorio— posee especial relevancia en materia probatoria, que el CPP reconoce al puntualizar que las pruebas serán practicadas con citación y en presencia de las partes (artículo 78). De tal suerte, las partes podrán oponerse a la admisión de la prueba, intervenir en su desahogo, participar mediante apreciaciones críticas, contraprobar, razonar sobre la eficacia de la prueba desahogada. Esto se repetirá en la siguiente etapa del proceso, cuando la polémica procesal —la contradicción entre los litigantes— se exprese y documente en las conclusiones.

VI. INMEDIACIÓN EN LA PRUEBA

El CPP exalta particularmente el principio procesal de inmediación. Conviene tomar en cuenta que esta regla, generalmente aceptada, pero a menudo desatendida, es la pieza maestra de la responsabilidad del juzgador respecto al proceso y a la sentencia, y de la individualización judicial en caso de condena. Es inaceptable que el juzgador sea el “gran ausente del proceso”, y en tal virtud permita que éste se tramite ante el secretario judicial —así convertido en verdadero órgano de conocimiento—, y la sentencia sea elaborada por el secretario proyectista —que por ello deviene en genuino órgano de sentencia—.

El motivo aducido para que las cosas ocurran de ese modo, no solamente en el fuero penal, sino prácticamente en todos los órdenes jurisdiccionales, es el exceso de trabajo que recae en los juzgadores. Empero, el trabajo de éstos consiste, precisamente, en conocer a los contendientes, recibir las pruebas y escuchar los alegatos, para formarse una idea —la suya propia, por supuesto— que les permita arribar a una sentencia justa. Del mismo modo que

se combate la atribución de valor pleno a las probanzas practicadas por el MP, arguyendo que éste no es “ojos y oídos” del juzgador, podría decirse que tampoco el secretario judicial —y mucho menos otros auxiliares de la función jurisdiccional— son esos ojos y oídos del tribunal; éste debe actuar por sí mismo, puesto que es suya la responsabilidad de sentenciar, y las partes —más la sociedad— aguardan que la asuma íntegramente.

A mi juicio, la intermediación judicial se halla consagrada por el artículo 20 de la propia Constitución, en diversas fracciones que aluden a la relación entre el juzgador y el inculpado, así como entre aquél, las probanzas y el objeto del proceso. Al respecto, me parece suficientemente explícita la fracción VI, que organiza la diligencia de juicio —la audiencia de fondo— en forma pública ante un juez o jurado. Por cierto, no siempre se respeta esta garantía, que el CPP ha querido preservar claramente, conforme se indicará en otra parte de esta exposición.

El tema es relevante para el proceso penal, pero se inicia en el orden penal sustantivo, habida cuenta de la relevancia que la individualización posee para éste. Así, el artículo 58 del ordenamiento penal de Morelos ordena al juzgador tomar conocimiento “directo” del inculpado y de la víctima, apreciar los datos que arroje el proceso y recabar —y considerar, por supuesto— los estudios de personalidad correspondientes. En el mismo precepto se detalla el conjunto de datos que debe considerar para la individualización penal; cada uno de ellos debe ser apreciado por el juzgador, que no puede limitarse a valoraciones generales.

Este asunto crucial del proceso punitivo se ha visto ya en el título primero del CPP, alusivo a los principios y las garantías procesales. Aquí se subraya la necesidad de que el juzgador conozca debidamente los elementos que debe saber para emitir una sentencia justa; para ello —dispone el artículo 7— se atenderá a las reglas de la intermediación judicial en lo que atañe a la recepción de pruebas y al conocimiento del inculpado y del ofendido.

El artículo 79 del CPP es particularmente cuidadoso en el régimen de la intermediación judicial para fines probatorios. Se inicia

con una declaración enfática: “en el procedimiento judicial se observará estrictamente el principio de inmediación”. Luego dispone —como aplicación de esa regla— que todas las pruebas serán desahogadas ante el juzgador; permite que lo sean ante el secretario judicial solamente cuando éste se encuentre a cargo del tribunal por ministerio de ley, en virtud de ausencia o falta del tribunal; es decir, cuando el secretario se halle legalmente investido del poder jurisdiccional. Obviamente, esta última posibilidad debe atenderse en forma restrictiva, que la reduzca a sus términos estrictos y por eso mismo respete la intención del legislador.

El énfasis en la inmediación persiste en la parte final del artículo 79, que prevé sanciones procesales y de otra naturaleza cuando se deje de observar ese principio. En efecto, carecen de valor las pruebas que no sean recibidas por el titular del tribunal (sanción procesal anulatoria del acto viciado, que se vincula con la fracción IV del artículo 208, referente a la reposición del procedimiento), sin perjuicio de las demás sanciones (penales o administrativas) aplicables al juzgador que permita, autorice o no corrija la indebida recepción de pruebas, así como al funcionario o empleado —el secretario, evidentemente, pero no sólo él— que por cualquier motivo participe en ella.

Todo ello ciñe la función secretarial a sus términos precisos. El secretario judicial es auxiliar de la función jurisdiccional, no titular de ella (salvo los casos en que devenga titular, por ministerio de ley, en que cesa su desempeño secretarial y comienza su desempeño jurisdiccional); en consecuencia, debe concentrarse en las actividades auxiliares. El CPP reconoce, por supuesto, que es preciso preparar la prueba para que el juzgador pueda recibirla sin invertir tiempo en actos preparatorios que pueden quedar —ellos sí— en manos del secretario. Por ende, permite al juzgador disponer que su auxiliar, el secretario, prepare la presentación de pruebas, tanto mediante actividades que realice antes de la audiencia, como por medio de actos en esta misma, en la inteligencia —reitera el precepto— de que “en ningún caso delegará el juez la recepción misma de las pruebas”. No tiene caso ampliar el comentario sobre

este punto; es patente el señalamiento legal sobre la inmediatez; desatenderlo constituirá, por lo mismo, flagrante violación de una forma esencial del procedimiento.

VII. PRESERVACIÓN

Es importante preservar las pruebas, así como proteger los órganos de prueba, que pudieran verse amenazados por el o los participantes a quienes perjudique el conocimiento de la verdad. En consecuencia, el tribunal debe adoptar todas las medidas conducentes a esas preservación y protección, de las que depende el buen éxito del proceso. Ahora bien, tales precauciones indispensables no pueden implicar el desvío del proceso, que ocurriría —por ejemplo— si, con el pretexto de asegurar la disponibilidad de cierta prueba, el estado incurriese en la ligereza de “pactar” con el individuo que funge como órgano de prueba algún beneficio improcedente a cambio de su declaración. Bajo el artículo 80, el principio de legalidad rige invariablemente y proscribese esos pactos inadmisibles.

VIII. VALORACIÓN

A. *Sistema general*

Hasta aquí me he referido al primer capítulo del título tercero del CPP, que alude a las reglas generales de la prueba. Sin embargo, no son éstas las únicas normas de alcance genérico: también lo son las que versan sobre la valoración de la prueba y acerca de la influencia o el papel de ésta en la sentencia que debe dictar el juzgador. Sin embargo, suelen incluirse al cabo de la regulación de las pruebas en particular. Para los fines de esta exposición, considero preferible tratar ahora esas disposiciones generales, dejando para el examen específico de cada prueba las referencias de valoración que le sean aplicables en lo particular, las cuales se hallan agrupadas en los artículos 109 y 110.

Hay diversos sistemas de apreciación de la prueba. En síntesis, hay un régimen de valoración tasada, que guía rigurosamente el jui-

cio del tribunal; prevalece un prejuicio legal sobre el juicio del tribunal, puesto que la norma predetermina el valor que debe atribuirse a cada probanza, según sus características; aquí el juzgador vuelve a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Existe igualmente un sistema de libre apreciación o valoración en conciencia, que no reclama del juzgador otra cosa que su íntima convicción, sin exigirle que exponga las razones que sustentan su determinación, es decir, el valor que atribuye a cada probanza y los motivos por los que le reconoce ese valor.

Por último, hay un régimen de sana crítica, que es el admitido por el CGRO y el CPP. En sus términos, el juez hará la crítica de la prueba, que le llevará a asignarle cierta eficacia, tomando en cuenta para ello las reglas que fija la ley, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia (artículo 108). El CGRO es más conciso: “el tribunal apreciará las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y expondrá en sus resoluciones los motivos que hubiese tenido para asignarles valor probatorio” (artículo 122).

Esta forma de apreciar las pruebas, única que parece racional, y por ello admisible, obliga tanto al juzgador en las resoluciones que dicte, como al MP por lo que toca a las determinaciones que adopte en la averiguación previa. Ambas autoridades deben expresar los elementos en que se funden para asignar o negar valor a las probanzas desahogadas y manifestar qué eficacia les conceden respecto a los hechos sujetos a prueba. En otras palabras, han de quedar a la vista los motivos y las razones del acto de autoridad. Es así como el sistema de sana crítica enlaza con la regla del artículo 16 constitucional, que obliga a motivar y fundar los actos de autoridad que afecten derechos de los particulares.

En este punto surge una antigua cuestión que el CPP ha resuelto adecuadamente. ¿Cuál es el valor que el tribunal puede o debe reconocer a las pruebas practicadas ante el MP que actuó como autoridad en la averiguación previa? Me refiero, desde luego, a pruebas que reúnen las condiciones para ser consideradas como admisibles y eficaces en la propia averiguación, a la luz de la ley.

Aquí se plantea una alternativa. Por una parte, se dice que el juzgador debe acoger, con amplio valor probatorio, los elementos reunidos por el MP, habida cuenta de que éste es una autoridad que actúa conforme a sus atribuciones legales para investigar y resolver el ejercicio de la acción. Por otra parte, se afirma que el juez tiene plenas facultades para desechar las pruebas aportadas por el MP; la convicción de éste no basta para formar de veras la convicción del tribunal.

Entre ambas posiciones hay una tercera posibilidad que informa el artículo 108 del CPP. El juez reconocerá el valor de las pruebas reunidas en la averiguación previa, bajo dos condiciones: que se hayan practicado legalmente (condición que en todo caso debe tomar en cuenta el MP para sus propias determinaciones) y que no queden desvirtuadas por probanzas desahogadas en el proceso (la segunda prueba puede desacreditar a la primera; se trata de una posibilidad, no de una regla imperiosa).

Si ocurre esto último, que invalida un sustento de la acción penal y desecha la apreciación del MP, el juzgador debe manifestar las razones que le asisten para descartar la prueba cuestionada. Aun cuando la redacción del segundo párrafo del artículo 108 es discutible y parece referirse solamente al caso en que una prueba del proceso vulnere otra de la averiguación, es razonable entender que abarca tanto esta hipótesis como el supuesto de que se rechace una prueba estimada por el MP en virtud de que no se practicó con apego a la ley. De lo contrario, el desechamiento de la prueba, sin expresión de motivos, tendría la apariencia de un capricho inaceptable en el desempeño de la autoridad jurisdiccional.

B. *Prueba y resolución*

La prueba permite al tribunal adquirir un razonable grado de convicción acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del inculcado. En otros términos, a partir de la fuerza persuasiva que posean las pruebas sobre el ánimo del juzgador, éste podrá considerar que se han acreditado suficientemente los elementos del tipo y la responsabilidad plena —ya no sólo probable— del incul-

pado. Si es así, habrá sentencia condenatoria; lo establece el artículo 111 del CPP: se condenará al sujeto cuando se pruebe que “existió el delito” que se imputó al procesado; que “él intervino bajo cualquiera de los títulos de autoría y participación previstos en el Código Penal”: autoría material, coautoría, autoría intelectual o inducción, complicidad, encubrimiento por compromiso previo a la comisión del delito (aquí se alude, desde luego, al ordenamiento sustantivo de Morelos; el de Tabasco, como hemos visto, aborda de otra manera este asunto); que “no hay causas que excluyan el delito o la responsabilidad”; esto es, causas excluyentes de incriminación, y que tampoco las hay que extingan la pretensión punitiva.

Ahora bien, es igualmente posible que la debilidad de las pruebas de cargo o la fortaleza de las pruebas de descargo impidan esa convicción condenatoria. En este punto hay dos supuestos: por una parte, que el juzgador considere que no existe tal delito o que el imputado no es responsable de él, y por la otra, que tenga duda acerca de alguno de esos extremos: ¿hubo delito?, ¿es penalmente responsable el inculpado?

Sobre este último caso, el mismo artículo 111 dispone: “en caso de duda se debe absolver”. Así se entroniza el conocido principio *in dubio pro reo*. Emitida la condena, habrá que tener en cuenta otra regla: *ne bis in idem*, estatuida por el artículo 23 de la Constitución: a nadie se juzgará dos veces por el mismo delito, sea que se le absuelva, sea que se le condene. En otro lugar de este trabajo aludo a los alcances que nuestra legislación asigna al principio *ne bis in idem*. Tómese en cuenta, asimismo, que la duda del juzgador no le permite abstenerse de sentenciar —*non liquet*— o absolver de la instancia (en ocasiones se dice “de la acción”, como mera actividad procesal), aunque no de la responsabilidad (se acostumbra decir “de la pretensión”), en espera de que aparezcan mejores elementos probatorios para fundar la condena o la absolución. Esto se halla proscrito por el artículo 23 constitucional: “queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

La norma *in dubio pro reo* es aplicable al juzgador; en ella se reconoce una expresión de la defensa material del inculpado, que

repudia la posibilidad de condenar a un inocente, aunque por eso mismo deba admitir que en ocasiones —bajo el manto de la duda judicial— se absuelva a un culpable. Es un caso elocuente de la regla general de favorecimiento al reo: *favor rei*. Empero, no se aplica el mismo principio al MP, representante social. Cuando éste abriga dudas acerca de la pretensión, debe estar a lo que favorezca a la sociedad: *in dubio pro societate*. En consecuencia, deberá ejercitar la acción penal.

Eso dispone el artículo 6 del Código de Procedimientos Penales de Tabasco, no así el de igual número de Morelos. Por lo tanto, es posible concluir que, en Morelos, la duda del MP se zanjará en favor del inculcado, aplicando al caso la disposición concerniente al juzgador, conforme a la regla de que todas las normas sobre prueba rigen en la averiguación previa y en el proceso, salvo las excepciones que prevea la ley —que no existen en este supuesto—, y que “las referencias hechas al juzgador son aplicables, en lo conducente, al Ministerio Público” (artículo 81). La misma razón habría para que el MP promoviera el sobreseimiento o se abstuviera de acusar (en las conclusiones).

IX. LIBERTAD DE PRUEBA

Ya mencioné que son admisibles todas las pruebas legítimas y pertinentes; no existe, pues, un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de probanzas, sino un régimen de prueba libre. Esto no impide que cada una de las pruebas tradicionales —que en la práctica suelen ser las únicas requeridas— sean objeto de regulación legal. Es preciso que el CPP disponga las características de esas pruebas, para asegurar su idoneidad, admisibilidad y eficacia.

X. CONFESIÓN

La primera prueba en el orden de presentación en el CPP —que alguna vez también lo fue en el orden de importancia y confiabilidad— es la confesión. El CGRO la define como reconocimiento sobre participación en los hechos que se imputan a quien confiesa

(artículo 104); otro tanto hacen los de Morelos y Tabasco (artículo 82). No se alude a reconocimiento de culpabilidad, que significa una apreciación más compleja; lo que realmente caracteriza la confesión es la admisión por parte del declarante de que efectivamente realizó lo que se le atribuye, es decir, cierta conducta que se encuadra en un tipo penal. En el caso de Morelos, esto debe ponderarse a la luz de los artículos 18 y 19 del Código Penal. No ocurre lo mismo bajo el Código Penal de Tabasco, que regula de otra forma esta cuestión. Aquí habrá que considerar la admisión de la conducta atribuida en los términos de los tipos correspondientes —autoría material, invariablemente—, puesto que no existe un elenco de formas de autoría o participación delictuosa.

Los requisitos legales de la confesión —sin los cuales es inadmisibles, por ilegal— son: que se produzca ante el juzgador o el MP (aun cuando la emitida ante éste no basta para sustentar el procedimiento sumario, como antes señalé); que se rinda con plena conciencia (es decir, a sabiendas de lo que se manifiesta) y libertad, sin coacción ni violencia (de cualquier género; física o moral, puesto que la ley —cuyo fundamento es la fracción II del artículo 20 constitucional— no distingue entre formas de violencia); y en presencia del defensor del inculcado (se trata de quien ostenta legalmente este carácter, por haber asumido ante la autoridad la función de defensa; no basta con que esté presente otra persona, así sea merecedora de la confianza del declarante, si no tiene acreditado dicho carácter).

Para la eficacia de la confesión, es menester que esté corroborada por otros datos que la hagan verosímil. Este apoyo no es indispensable para que la confesión sea admisible, pero lo es para que alcance —formalmente— fuerza persuasiva. Algunos ordenamientos procesales exigen, más modestamente, que la confesión no se halle contradicha por otras probanzas; el CGRO y el CPP, más exigentes, piden que haya pruebas que sostengan su verosimilitud, esto es, que permitan al juzgador suponer que la confesión efectivamente expresa la verdad. Si no existen tales datos de corroboración, el tribunal no puede asignar a la confesión valor probatorio, aunque

el juzgador se halle persuadido de que lo tiene; aquí campea una limitación legal y formal, consecuencia del propósito de mirar con suspicacia y rodear de garantías un medio de prueba que se ha prestado —sobre todo cuando se le tuvo como *regina probatorum*, reina de las pruebas— a innumerables abusos.

A propósito del valor jurídico de la confesión, la fracción I del artículo 109 reitera las estipulaciones antes mencionadas, con el evidente propósito —que ha campeado en la legislación nacional de los últimos años— de prevenir abusos y, para ello, restar eficacia a esta probanza. El juzgador debe cuidar “de que la confesión se rinda con riguroso apego a las normas aplicables de este Código”, cuidado que también es aplicable, sin duda, a otros medios de prueba.

Asimismo, el precepto manifiesta que la confesión, por sí misma, no basta para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del sujeto; debe estar corroborada por otras pruebas legales. De primera intención, podría pensarse que aquí se trata de bloquear el valor de la confesión cuando ésta es el único sustento de la consignación, y por ende, de la orden de aprehensión o presentación, e inclusive del auto de formal prisión; empero, no hay otra cosa que una aplicación específica —y por lo tanto reiterativa— del principio genérico contenido en el artículo 82 acerca de la validez de la confesión: en todo caso y para todos los efectos probatorios —lo mismo cuando están vinculados a la consignación que cuando lo están a la condena— debe estar corroborada por otras pruebas que le confieran verosimilitud. Ya dije que ésta es una verosimilitud formal, preordenada legalmente, por encima de la que pudieran abrigar el MP o el tribunal a la luz de la simple confesión, sin más.

XI. INSPECCIÓN

Es materia de inspección, por parte del MP o del juzgador, “todo aquello que pueda ser apreciado por medio de los sentidos” (artículos 105, CGRO, y 83, CPP). La inspección judicial, con su modalidad de reconstrucción de hechos, se regula en la forma acostumbrada

(artículos 83 y 84). Por demás está destacar la importancia —mejor aún, la absoluta necesidad— de que sea precisamente el juzgador quien practique el reconocimiento: de nueva cuenta insistiré en que nadie puede ser tenido por ojos y oídos del tribunal.

XII. DICTAMEN

El dictamen es la culminación y expresión de la prueba pericial, que se plantea cuando para la apreciación de ciertos hechos sea necesario contar con conocimientos especializados que no posean el MP, en la averiguación previa, o el juzgador, en el proceso. La fórmula que a este respecto contiene el CPP expone el fundamento racional y genérico del dictamen, sin deslizarse en casuismo: “cuando sea necesaria la aportación de conocimientos especiales para el esclarecimiento de los hechos, que no se hallen al alcance del común de las gentes ni sean accesibles al juzgador en función de su competencia profesional” (artículo 85).

Por lo que toca al juzgador, pues, hay que tomar en cuenta dos aspectos: de una parte, los conocimientos que posee en virtud de la profesión que ejerce: conocimientos jurídicos principalmente; de la otra, los que tiene como cualquier individuo; es decir, lo que sabe de la misma manera que lo saben, en general, los miembros de la comunidad a la que pertenece, dotados con cierta experiencia e información adquirida por los medios acostumbrados para ello.

La evolución del delito, que adopta formas cada vez más complejas, acrecienta la importancia del dictamen en el procedimiento penal. Además, hay casos en que la ley dispone la práctica de prueba pericial, específicamente, para comprobar los elementos de ciertos tipos penales: así, homicidio, lesiones, aborto y fraude (artículo 138, fracciones I, II, III y V).

Se prefiere la intervención de dos peritos, no uno sólo; que tengan título y registro profesional, cuando sea posible y debido; que ejerzan una función pública, presten sus servicios en instituciones públicas de enseñanza superior o sean miembros de organizaciones profesionales o académicas de reconocido prestigio. Este amplio horizonte permitirá a la justicia disponer del mejor auxilio

pericial, sin integrar una crecida nómina de peritos incorporados en los órganos de procuración y administración de justicia. El juzgador y las partes pueden formular preguntas a los peritos (artículo 86). El artículo 89 fija la estructura del dictamen, que reproduce los pasos que deben seguirse en el conocimiento, la valoración y la documentación a cargo de los peritos.

No obstante la complejidad de la prueba pericial, que se funda en conocimientos especiales acerca de una disciplina, conocimientos que no poseen ni el agente del MP ni el juzgador en virtud de su profesión, subsiste la plena responsabilidad de aquéllos para apreciar la prueba como lo consideren razonable. De antiguo se ha sostenido que el juez es “perito de peritos”; le corresponde valorar el dictamen, admitirlo o rechazarlo; no deviene suscriptor de la conclusión a la que llegaron los peritos; esa conclusión debe ser suya, puesto que es responsable de la resolución que dicta. Pero tampoco puede negar eficacia al dictamen sin razonar la negativa; prevalece, obviamente, la regla de sana crítica: si el juez —y otro tanto debe decirse del MP— “desecha los resultados de un dictamen, deberá manifestar las razones en que se apoya el rechazo” (artículo 109, fracción III). El desacierto del MP en este punto será corregido por el tribunal, cuando éste conozca de la pretensión, y el del juzgador de primera instancia lo será por el superior en grado, cuando éste resuelva la apelación, en su caso, tomando en cuenta las reglas sobre valoración de la prueba.

Como se advierte en otro lugar de estos comentarios, es relevante la pertenencia del inculcado —agréguese al ofendido y a otros participantes en el procedimiento— a un grupo étnico indígena. Esa pertenencia genera consecuencias importantes; para apreciar la cultura y las costumbres del inculcado y del ofendido es preciso contar con el apoyo de peritos (artículos 110, CGRO, que sólo alude al inculcado, y 87, CPP).

XIII. TESTIMONIO

En las disposiciones acerca del testimonio, se toma en cuenta la obligación de declarar que tienen todas las personas que pueden

aportar datos para el esclarecimiento de los hechos investigados: así, son testigos “quienes han tenido conocimiento de las cuestiones que son materia del procedimiento o de otras conexas con ellas”, sin olvido de las causas que legitiman la dispensa cuando hay estrechos vínculos entre el inculpado y el testigo (artículos 111, CGRO y 90, CPP). El tribunal (y el MP, en su caso) debe observar y ponderar los elementos que pueden influir en la credibilidad del testigo. Desde luego, el funcionario que valora la prueba testimonial, sea para ejercitar la acción, sea para formular conclusiones, sea para sentenciar, ha de considerar cuidadosamente las enseñanzas de la psicología del testimonio, que han puesto en entredicho las declaraciones de testigos a partir de la deficiente percepción, interpretación, evocación o narración de los hechos, sin que las inexactitudes o los tropiezos del testimonio dependan en modo alguno de la malicia o la grave negligencia de quien rinde testimonio.

Es interesante la preservación del testimonio, como de cualesquiera otras pruebas. En este caso, puede ser necesario el arraigo del testigo que se dispone a abandonar el lugar en que se desarrolla el procedimiento, medida que durará el tiempo necesario para tomar declaración al arraigado, y nunca más de cinco días (artículo 94; conc. artículo 114, CGRO, que reduce ese período a sólo tres días), puesto que únicamente se trata de recabar un testimonio y no de integrar una averiguación, como ocurre cuando el arraigo se dirige al indiciado.

En cuanto a la apreciación del testimonio, el artículo 109, fracción IV, contiene varias reglas detalladas, que son guía para el oficio del juzgador —y del MP—, tendientes, todas ellas, a favorecer la credibilidad y eficacia del testimonio. Esas reglas, ampliamente conocidas, provienen de la lógica y de la experiencia. Considero que, en el análisis de la prueba —inherente al sistema de sana crítica—, el MP y el tribunal deben considerar explícitamente los datos de dicha fracción IV para sustentar el valor que atribuyan a la prueba confesional. Tómese en cuenta que ésta pudiera ser la única prueba de cargo; vale por sí misma, a diferencia de la confesión, que debe ser corroborada por otros datos.

El arraigo implica una limitación del derecho contenido en el artículo 11 constitucional. Por ello, el arraigo del testigo sólo puede ser autorizado por la autoridad judicial; difícilmente podría sostenerse la constitucionalidad del arraigo cuando éste implica, en esencia, una detención, como ocurre con el discutible “arraigo domiciliario”, que no contempla el CPP. Ahora bien, cuando se ve que el arraigo fue infundado, quien lo sufrió puede exigir al solicitante indemnización por los daños y perjuicios causados.

La solicitud de testimonio —y por ende la de arraigo— puede emanar de cualquiera de las partes —inclusive la parte civil, por supuesto— en el proceso. Es más interesante la cuestión que se plantea en el caso de que el ofendido por el delito, que coadyuva con el MP en la averiguación, pero no es parte en ésta —en la que no hay partes, propiamente—, ni puede acudir al juzgador antes de que se ejercite la acción penal, considera necesaria la práctica de una prueba. Evidentemente, puede solicitarla al MP (artículo 258); sin embargo, éste no está obligado a proceder como lo desea el ofendido. Por ello, la petición de éste puede ser infructuosa en la averiguación previa.

Quizá el desarrollo del papel del ofendido en el procedimiento penal, que el CPP ha emprendido con gran empeño, pudiera conducir, en el futuro, a la legitimación del ofendido para formular peticiones al juez penal relacionadas con su interés jurídico, aunque no se haya radicado aún el asunto ante ese órgano jurisdiccional, cuando el MP desatiende esas mismas peticiones en la averiguación previa.

XIV. IDENTIFICACIÓN, CONFRONTACIÓN Y RECONOCIMIENTO

No es preciso formular comentarios especiales a propósito de la identificación, la confrontación y el reconocimiento. La primera y la segunda son el medio para precisar el señalamiento que se hace a propósito de cierta persona, a la que en tal virtud es necesario identificar; y el tercero atiende al mismo objetivo en relación con objetos.

XV. CAREO

Por lo que hace al careo, el CPP contiene las tres categorías generalmente reconocidas en la legislación mexicana: el constitucional, entre el inculcado y las personas que formulan imputaciones en su contra (que deben ser careadas con aquél, por imperativo de la ley suprema: artículo 20, fracción IV); el legal (entre participantes en el proceso, cuando difieren sus declaraciones), y el supletorio (que se hace sobre documentos en que consten las declaraciones, cuando no es posible colocar frente a frente —“cara a cara”: careo— a los declarantes).

Existe una tendencia a suprimir de la legislación el llamado careo supletorio. Independientemente de la pertinencia o impertinencia de la designación —que parece impropia, porque precisamente en estos casos se prescinde de esa colocación “cara a cara” de la que toma su nombre el careo—, parece preferible mantener la regulación de la diligencia para darle sustento legal cuando sea conveniente practicarla.

Por otra parte, obsérvese que el párrafo penúltimo del artículo 20 constitucional no incluye el careo entre el inculcado y quienes declaran en contra de él, entre las garantías del procesado aplicables al indiciado en la averiguación previa. Esto implica que el indiciado no puede exigir al MP que se le caree con sus acusadores, pero de ninguna manera impide que el propio MP disponga el careo como medio legítimo para adquirir un mejor conocimiento de los hechos que investiga.

XVI. DOCUMENTOS

En lo que atañe a la prueba documental, se establece la regla de que tienen carácter público los documentos a los que el Código de Procedimientos Civiles, o cualquier otra ley federal o local, les asigne esa naturaleza; además de los que, procedentes del extranjero, posean ese mismo carácter, que sólo podría otorgarles la legislación —igualmente extranjera— con arreglo a la cual se formularon (artículo 102). Son privados los restantes documentos,

que deberán ser reconocidos o cotejados (artículo 103). Si no hay reconocimiento o cotejo, carecerán de validez en el proceso, es decir, de eficacia, aunque pueden ser admitidos a la causa, a diferencia de las pruebas ilegales, que deben ser rechazadas de plano.

XVII. PRESUNCIÓN

A menudo, la legislación nacional confunde el indicio con la presunción, elementos, ambos, para la adquisición de la verdad —material o formal, según el caso—, y por ello los maneja como una sola figura. Sin embargo, se trata de figuras completamente distintas. El CGRO no se refiere a la presunción. La regula, en cambio, el CPP. La presunción —humana o legal, sobre todo ésta— implica la inversión o la exclusión de la carga de la prueba (artículo 106).

Así, quien debiera probar, conforme a la regla general sobre carga probatoria —a la que anteriormente me referí— se ve favorecido por la presunción; en el peor de los casos, esa carga se traslada a su contraparte, y en el mejor, la ley excluye la carga y atribuye la razón —como si se hubiera probado— al beneficiario de la presunción; en suma, aquí la ley considera probado aquello que, en principio, estaría sujeto a comprobación.

Pongamos algunos ejemplos. La afirmación de que todos conocen la ley constituye una típica —y muy injusta, por cierto— presunción de carácter absoluto, contra la cual no se admite prueba. Sin embargo, en materia penal tiene cierto escape a propósito del error de derecho, que excluye la incriminación, cuando es invencible, en los términos del artículo 23, fracción X, del Código Penal de Morelos, o modera la sanción, cuando es vencible, al amparo del artículo 65 del mismo ordenamiento. En cambio, la presunción de legítima defensa, establecida en los párrafos segundo y tercero de la fracción IV del propio artículo 23, rige “salvo prueba en contrario”, esto es, se trata de una presunción relativa que dispensa al inculpado de probar la excluyente de incriminación, y traslada al MP la carga de probar que no se configura esa excluyente.

La omisión absoluta de presentación de conclusiones por parte del MP implica una presunción *juris et de jure* de que éste se abstiene de acusar. La falta de rectificación o aclaración de las conclusiones erróneas o incompletas del representante social aparea la presunción, asimismo *juris et de jure*, de que esos actos han sido confirmados, por una especie de *afirmativa ficta*.

El CPP toma en cuenta que puede haber diversidad de opiniones acerca de una presunción legal de carácter relativo. Si así fuere, la discrepancia será materia de conocimiento y resolución judicial bajo forma de incidente no especificado. Desde luego, esto opera cuando la discrepancia aparece en el proceso, no así cuando se manifiesta—entre el MP y el ofendido—en la averiguación previa. Aquí el MP es autoridad y resuelve como tal; ahora bien, pudiera ocurrir que ese criterio del MP informara una resolución de no ejercicio de la acción; de ser así, la diferencia se trasladaría al conocimiento de un órgano jurisdiccional mediante la impugnación del no ejercicio de la acción, en su caso.

XVIII. INDICIO

Los indicios son “hechos conocidos, de los que se infiere, lógicamente, la existencia de los hechos que se pretende acreditar” (artículos 121, CGRO y 107, CPP). Aquí hay algo que se sabe: los hechos conocidos, sobre los que existe certeza, y algo que se ignora: los posibles hechos desconocidos, de cuya comprobación derivarán determinadas consecuencias jurídicas, que a la postre influirán en la sentencia. Hay que llegar al conocimiento de éstos a partir de aquéllos, mediante un proceso lógico de inferencia, que relacione a los unos con los otros, o dicho en términos populares, es preciso “atar los cabos” que permiten recorrer el camino que media entre lo que se conoce y lo que se ignora. Al final se localiza la verdad.

Hoy día, suele decirse que los indicios constituyen la prueba más atendible, una moderna “reina de las pruebas”, como antes lo fuera la confesión. En el manejo de los indicios es posible, y desde luego probable que el MP o el juzgador recurran a otras pruebas que permiten establecer los hechos conocidos. En tal virtud, las proban-

zas tradicionales —confesión, testimonio, dictamen, documento privado, etcétera— suministrarán indicios para arribar a la verdad; por ende, tendrán valor indiciario. En suma, cada prueba provee al juzgador de un indicio; la ordenada reunión de todos los indicios fincará la prueba plena que permita absolver o condenar con razonable certeza.