

## VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Jorge NADER KURI

Cuando estaba revisando material que me permitiera formular algunas ideas relacionadas con la valoración de pruebas en el procedimiento penal, en un ejercicio de actualización, me di cuenta que, al menos durante el lapso de 2004 a lo que va del 2006, hay muy poco que actualizar; yo diría que casi nada. Lo antes dicho tiene una explicación: las normas que regulan el proceso de valoración probatoria en el procedimiento penal no han sufrido mayor modificación, pese a la necesidad obvia de actualizarlas.

Así, en el ámbito constitucional, el artículo 20, apartado A, de nuestra carta magna, que contiene el catálogo de garantías individuales en el proceso penal, varias de ellas referidas a la fase probatoria de los procedimientos de averiguación previa y de instrucción, se mantiene en sus mismos términos desde hace años. Por tanto, desde el punto de vista constitucional, no hay nada que actualizar en lo tocante a la valoración de pruebas en el procedimiento penal y debemos estarnos a su texto vigente.

En lo que corresponde a la legislación secundaria, es muy poco lo que ha sido motivo de modificación y, por lo tanto, de actualización. Cubriendo el mismo espacio de tiempo, es decir, 2004 a lo que va de 2006, las reformas de índole procesal penal relacionadas con la valoración de pruebas, son las siguientes:

1. En materia de delincuencia organizada, la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 15 de septiembre de 2004, contiene un capítulo destinado a la valoración de pruebas.

Según éste, cuando se trate de la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado, el juez de la causa valorará

prudentemente la imputación que hagan los diversos participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa. Me parece que esta nueva valoración “prudente” no resuelve ningún problema práctico. Prudencia es una virtud que permite distinguir lo bueno de lo malo; es sinónimo de buen juicio. ¿Y qué no es esa precisamente la característica de todo buen juez? ¿A qué se referirá el legislador con eso de “valorará prudentemente”? Y si no lo dijera, ¿la valoración probatoria podría ser imprudente? Quizás debamos entender que el legislador quiso reafirmar la potestad judicial de libre valoración probatoria, esa que, como veremos adelante, no siempre es posible.

En esa misma ley, se reitera la regla de que los jueces y tribunales apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca. En este sentido, la supremacía probatoria de la prueba presuncional, contenida desde hace ya tiempo en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se reitera para los casos de delincuencia organizada.

Sí es novedoso que en la ley que se comenta se establezca que las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionados con los delitos a que se refiere esta ley. En este caso, las formalidades establecidas para la obtención, formación y valoración probatoria que se hayan seguido en un caso, quedan obviadas para otros, en perjuicio de las garantías de defensa del segundo o ulterior proceso. Se reproduce aquí el sentido antigarantista y excepcional de las legislaciones destinadas a la persecución de la delincuencia organizada, incluyendo la federal.

Este mismo fenómeno vulnerador del principio de contradicción que como garantía corresponde a todo ser humano, se reitera en la misma ley cuando se señala que la sentencia judicial irrevocable que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada, será prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento, por lo que únicamente sería necesario probar la vinculación de un nuevo procesado a esta organización, para poder ser sentenciado por el delito de delincuencia organizada.

Como se ve, más allá de los nobles fines que entraña la lucha contra la delincuencia organizada, mismos que nadie puede negar, se incurre en la práctica de cancelar garantías a las personas como característica casi única de la política criminal correspondiente. Como se encuentra establecida la norma, cualquier error judicial posible en la determinación de la existencia de una organización criminal, es irremediable.

2. En materia de justicia de menores, o de adolescentes como es la tendencia actual de denominarla, el 27 de octubre de 2004 se publicó un decreto por el que se adiciona el artículo 269 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, según el cual, cuando haya duda sobre la minoría de edad del *inculpado*, porque la norma no se aplica a menores ofendidos, víctimas o testigos, sino inculcados, se presumirá su minoría de edad, de conformidad con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal.

Esta reforma coincide plenamente con el principio *in dubio pro reo* y sólo me restaría insistir en que esta presunción únicamente es aplicable cuando se trate de menores inculcados, es decir, que cuando en un juicio haya duda sobre la edad de un aparente menor que sea víctima, ofendido o testigo, el principio del *in dubio pro reo* debe aplicarse a favor del inculpado, con todas sus consecuencias, incluso cuando la minoría de edad sea elemento del tipo.

3. Durante 2005, el 28 de enero y el 22 de julio, la Gaceta Oficial del Distrito Federal publicó decretos de reformas al Nuevo Código Penal, en materia de comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en materia del cuerpo del delito de violencia familiar, respectivamente. No obstante, ninguna de esas reformas tiene relación con la acción valorativa de pruebas que nuestro sistema deposita en el Ministerio Público y en el juez, sino que se dirige a cuestiones más bien sustantivas.

4. En el ámbito federal, durante el periodo que se analiza no se ha emitido ninguna modificación legislativa relacionada con ese acto psicológico tan especial y tan trascendente que es el valorar pruebas. Como se sabe, el debate se ha centrado sobre proyectos de reformas legislativas diversas muchas de ellas dirigidas a la fase probatoria de los procedimientos penales, pero como también se sabe esas reformas se encuentran todavía en el senado y todo parece indicar que allí seguirán el resto del sexenio.

5. En lo que hace a la jurisprudencia, se han emitido algunas tesis que me parece importante comentar con ustedes:

DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INCULPADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculcado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser “en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma”, lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculcado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculcado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que

se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Amparo directo en revisión 600/99. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Fonseca Mendoza.

Amparo directo en revisión 251/2002. 30 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.

Amparo directo en revisión 1317/2002. 12 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Ismael Mancera Patiño.

Amparo directo en revisión 98/2003. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo directo en revisión 1440/2003. 10 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 31/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de abril de dos mil cuatro.

No. Registro: 181,578. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XIX, mayo de 2004. Tesis: 1a./J. 31/2004. Pág. 325.

#### DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la garantía específica del derecho del inculpado de no declarar en su contra, la cual supone la libertad de aquél para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a guardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como la garantía que tiene todo inculpado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la

confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, carecerá de valor probatorio. De dicha garantía no se desprende que el inculcado esté autorizado para declarar con falsedad ante la autoridad, sino solamente a no ser obligado a declarar, pues de las exposiciones de motivos del referido artículo constitucional se infiere que lo que pretendió el Constituyente fue que el inculcado no confesara, por motivos de conveniencia, un delito que no cometió, o que su confesión fuera arrancada por tortura de parte de las autoridades, pretendiendo con ello la veracidad de dicha prueba confesional o, en su caso, que el inculcado tuviera el derecho de guardar silencio. Además, la referida garantía rige todo el proceso penal, incluida la averiguación previa, sin que existan limitaciones al respecto por parte de la ley secundaria, ello en términos del último párrafo del apartado A del artículo 20 constitucional.

Contradicción de tesis 29/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, ahora Primero en Materia Penal del mismo circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

No. Registro: 179,607. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXI, enero de 2005. Tesis: 1a. CXXIII/2004. Pág. 415.

CONFESIÓN RENDIDA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DEL FUERO COMÚN. NO ES INDISPENSABLE SU RATIFICACIÓN ANTE EL DEL ORDEN FEDERAL PARA QUE TENGA EFICACIA PROBATORIA.

De lo dispuesto en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que en el procedimiento penal la confesión sólo puede rendirse ante el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional para que tenga eficacia probatoria. Ahora bien, si se atiende a que entre los requisitos que señala para que la confesión tenga validez jurídica como medio de prueba, no se encuentra el relativo a que cuando aquélla se rinda ante una representación social distinta de la federal, sea ratificada ante el Ministerio Público de la Federación, y que en términos del artículo 180, primer párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, para la comprobación del cuerpo del delito y la

probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, según su criterio, se concluye que, tratándose de delitos federales, válidamente puede tomarse en consideración la declaración rendida por el acusado, ante el órgano investigador del fuero común, aunque no esté ratificada ante la autoridad federal respectiva.

Contradicción de tesis 95/2003-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. 23 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Tesis de jurisprudencia 66/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de julio de dos mil cuatro.

No. Registro: 178,503. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXI, mayo de 2005. Tesis: 1a./J. 66/2004. Pág. 144.

Otra tesis, más antigua, pero importante en el tema que nos ocupa, ha venido aplicándose con relativa continuidad en los procedimientos penales:

MINISTERIO PÚBLICO. DEJA DE TENER EL CARÁCTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACIÓN DE LA CAUSA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INculpADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EN EL DE SUJECIÓN A PROCESO.

La etapa de preinstrucción que abarca desde la radicación por el juez, hasta el auto que resuelva la situación jurídica del inculpado, constituye un periodo procedimental que debe reunir las formalidades esenciales requeridas por los artículos 14, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las cuales se encuentran las de hacer saber al indiciado, previamente a serle tomada su declaración preparatoria, los nombres de quienes presentaron la denuncia o querrela y de quienes fueron los testigos que declararon en su contra, así como cuáles fueron los hechos que se le atribuyen como delictuosos que hayan motivado la integración de la averiguación previa, y cuáles son los elementos de prueba que pudieran determinar su presunta responsabilidad, ello a efecto de que pueda proveer la defensa de sus intereses y aportar, en su caso, pruebas de

inocencia. Es en razón de lo anterior, que a partir de que el órgano jurisdiccional radica la causa penal, las actuaciones posteriores que llegare a realizar el Ministerio Público en ejercicio de su pretendida atribución investigadora, relacionadas con los hechos respecto de los cuales efectuó la consignación ante el juez penal, no podrá legalmente proponerlas como prueba de autoridad en la fase de preinstrucción, menos una vez que ha sido tomada ya la declaración preparatoria del inculpado, porque se tratará de actuaciones practicadas por quien ya no es autoridad, pues debe tomarse en cuenta que surgieron sin la intervención del órgano jurisdiccional y de las que, como parte en la relación procesal y que debieran constar en formal actuación judicial, no tuvo conocimiento e intervención el inculpado. Sin embargo, ello no impide que el Ministerio Público, como parte, pueda aportar pruebas, mas las que proponga en esa etapa de preinstrucción, deben aportarse y recibirse ante el juez con conocimiento del inculpado. En tal virtud, el juez al dictar el auto que resuelva la situación jurídica del inculpado, deberá cerciorarse del cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento en la preinstrucción y, con base en ello, las pruebas de cargo que presente el Ministerio Público, puede considerarlas para los efectos del acreditamiento del tipo penal y de la presunta responsabilidad del inculpado, si previamente, como se estableció, fueron hechas del conocimiento de éste y de su defensor, pues de esta forma se respeta el equilibrio procesal de las partes.

Contradicción de tesis 63/98. Entre las sustentadas, por una parte, por los Tribunales Colegiados Primero del Décimo Tercer Circuito, Primero del Décimo Cuarto Circuito y Primero en Materia Penal del Primer Circuito y, por otra, por el Segundo del Vigésimo Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 40/2000. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintinueve de noviembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

No. Registro: 190,299. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XIII, febrero de 2001. Tesis: 1a./J. 40/2000. Pág. 9.

Es muy poco, casi nada, lo que puede decirse sobre actualización en la valoración de pruebas en materia penal. Ahora, quisiera hacer algunas

reflexiones que me han llamado la atención desde hace varios años a propósito de ese momento tan íntimo pero tan trascendente en el que el juzgador interpreta un instrumento llamado prueba y le atribuye valor convictivo; pero no en función de lo que se supone que ocurre, sino de lo que me parece que en verdad ocurre. La eterna disociación entre el ser y el deber ser.

Permítaseme aclarar que, aunque fui invitado y me encuentro aquí en mi calidad de director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, invitación que, por cierto, honra y distingue a mi *alma máter* y agradezco subrayadamente otra vez, desde hace unos 18 años me he dedicado preponderantemente al litigio, sobre todo penal, y francamente esa parte de mi ser es la que mayor dominio e influencia tiene en este momento. Es decir, pretendo que hable el litigante y no el académico; la parte de mi cerebro y de mis sentidos que está conectada con el mundo del ser y no la que está divagando continuamente sobre el deber ser. Por cierto que así me siento más tranquilo porque, en el mundo de hoy, a los que se dicen académicos, no se les tolera errar porque el derecho es ante todo ciencia y lo que debe ser, es irrefutable; en cambio, los litigantes vivimos de la experimentación y del error en tiempo real y por tanto percibimos en carne propia cómo la realidad refuta todo el tiempo a la teoría.

Comprenderán entonces que las siguientes reflexiones pretenden ser formuladas por el litigante, mayormente defensor, que trata de ver la realidad y formular alguna posible solución, y en este sentido pido su entendimiento y valoro su paciencia.

Se dice con razón que el objetivo principal del juzgador es determinar si un hecho ocurrió y cuáles son sus consecuencias. Tan breve expresión implica severas complicaciones porque, en verdad, ni un juzgador, ni nadie, puede estar seguro de que un acontecimiento histórico ha sucedido; sólo puede darse un grado de aproximación al que se le llama certeza o convicción judicial. Parafraseando a Jesús Zamora Pierce, a diferencia de lo que ocurre en una relación de naturaleza civil en la que las partes procuran dejar rastros de lo que están haciendo, mismos que son el contenido de los juicios de esa naturaleza, en los fenómenos penales ocurre todo lo contrario, es decir, los delincuentes procuran esconder cualquier rastro del hecho no sólo a través de acciones objetivas, sino también jurídicas, por ejemplo cuando se niega a declarar o bien declara mentiras.

Así, mientras que el juez civil analiza instrumentos preelaborados por las partes y por tanto lo que debe presumir es mínimo, el juzgador penal se convierte en un auténtico historiador que generalmente constata lo menos y presume lo más. Precisamente por eso es que la prueba documental tiene relevancia en los procedimientos civiles, a veces indiscutible, y en cambio en los procedimientos penales se acude a la prueba llamada indiciaria o presuncional como la predominante.

PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.

En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión.

Contradicción de tesis 48/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 28 de mayo de 1997. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta.

Tesis de jurisprudencia 23/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

No. Registro: 198,452. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: V, Junio de 1997. Tesis: 1a./J. 23/97. Pág.: 223.

Hay otros factores que complican el panorama: Solo las afirmaciones dotadas de referencia empírica que describen hechos o situaciones determinadas sensorialmente son verificables. No lo son, en cambio, los juicios de valor y las afirmaciones de hechos elaborados a partir de un lenguaje abstracto o impreciso del legislador o del juzgador. No es lo mismo investigar que, por ejemplo, Juan conducía un vehículo de motor a 70 kilómetros por hora, a que Juan tocó lascivamente a Elena. Tales juicios de valor, si no son verificables, mucho menos son refutables.

¿Cómo puede defenderse Juan de un concepto y no de un hecho? ¿Cómo puede probar en contra de lo no verificable?

Nuestra legislación sustantiva contiene varios ejemplos de tipos delictivos con elementos valorativos, como el abuso sexual, la corrupción de menores, el ejercicio indebido del servicio público y muchos otros, que estarán muy bien cuando se aplican al otro, pero no así cuando se nos apliquen, o a nuestros familiares.

Escribe Luigi Ferrajoli que sólo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos —la acción, el resultado, la culpabilidad— puede ser objeto de prueba en sentido estricto, así como de comprobación contradictoria e imparcial; en cambio, no se puede probar y todavía menos contradecir una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones inverificables o no refutables.

La verificación fáctica de un hecho físico en el proceso penal, por ser histórica, es el resultado de una ilación entre hechos probados del pasado e inferencias probables del presente deducidas racionalmente a través de la lógica y el razonamiento. Estas inferencias, que a su vez producen la convicción judicial y provocan la argumentación motivada que exige toda sentencia, no dependen en su totalidad de cuestiones jurídicas sino, en factores propios de la subjetividad, del juzgador. Así se explica que, ante un mismo expediente, un juzgador vea algo distinto de lo que ve otro, incluso si ambos fueron a la misma escuela en la misma época, tienen la misma antigüedad como juzgadores y trabajan para el mismo tribunal superior.

Lo anterior encuentra fundamentación en la ley procesal y especialmente fuera de la ley procesal. En la norma, cuando los artículos 245 y 261 del Código de Procedimientos Penales, a pesar de sus deficiencias expresivas, establecen respectivamente que las presunciones o indicios, que se deducen de los hechos conocidos, permiten fundar una opinión razonable sobre la existencia de los hechos que se buscan; y que enlazada más o menos la verdad conocida y la que se busca, esas presunciones adquieren el carácter de prueba plena.

Dicho en otras palabras, la presunción, que es eso, una suposición, se convierte en prueba plena bastando que haya una liga más o menos congruente entre los hechos conocidos y los que se investigan.

Entonces, si Juan es visto con una daga ensangrentada en su puño y momentos después aparece un cadáver apuñalado, la prueba de lo ante-

rior mas la ley, mas la subjetividad del juzgador, llevan a uno a presumir a grado pleno un homicidio, mientras a otro, un encubrimiento, o cualquier otra situación, y todas son válidas porque en cualquiera de ellas se puede argumentar más o menos lo que se quiera bajo las reglas de la lógica y la argumentación.

Lo anterior me ha parecido, siempre, al menos inquietante ¿cuál es la razón de la apuntada diferencia de criterios? Más aún, ¿está bien que eso suceda? ¿Es lo normal?

Como de paradoja, que viene muy al caso, les platico que hace unos días comentaba con un alto funcionario de la procuraduría sobre un artículo periodístico según el cual, de 35 sentencias, 33 son condenatorias y 2 absolutorias, es decir, que las sentencias condenatorias oscilan alrededor del 92%. Yo le decía que, en mi opinión, en general esa cifra no dependía de la calidad de las averiguaciones previas ni del trabajo de la adscripción, sino en mucho de tribunales atados de manos por la ley y por factores fuera de la ley, que en muchas ocasiones tenían que condenar aun en contra de su convicción.

Aun sin saber si en ese momento sería yo arraigado, le seguí diciendo que, sin negar la existencia de notables funcionarios de la procuraduría y de extraordinarias investigaciones, en general la integración de las averiguaciones previas es deficiente y superficial y sin embargo se tienen cifras del 92% de condenas. Ya no sólo el juez tiene que asesorar al Ministerio Público según el artículo 36 del código procesal —le dije—; por si fuera poco, tiene que darle valor probatorio pleno a toda suerte de ilegalidades, que todos sabemos que ocurren en la integración de una averiguación previa, aunque la ley hable de buena fe. Y le platicaba de uno y otro y otro caso, en los que, por ejemplo, el perito en tránsito dijo que el inculpado se pasó la luz roja del semáforo, el criminalista afirmó como mecánica de hechos la que le fue platicada en la Agencia Investigadora; dos testigos que declararon exactamente lo mismo, con puntos, comas y hasta faltas de ortografía y de dicción; de un menor que lo es porque le faltan tres dientes... etcétera; casos todos en los que el tribunal había avalado la averiguación previa y condenado al inculpado, pese a todo lo que hubiese hecho en su defensa.

Mi amigo me miró atentamente, maduró lo que me diría, y me habló de lo muy en contra que se pronunciaba con respecto a mis afirmaciones, pues en su experiencia como funcionario de la procuraduría, que por

cierto es muy basta y muy digna, su opinión era que los tribunales despreciaban el trabajo del Ministerio Público, no lo valoraban y con gran facilidad y ligereza de criterio negaban órdenes de aprehensión, arraigos y decretaban absoluciones. Y me comenzó a platicar de uno y de otro y de otro caso, en los que el juzgador había valorado incorrectamente el expediente y decidido a favor del reo, restándole crédito al dicho de los peritos, haciendo caso de la hipótesis de defensa, o desestimando testigos contestes que habían declarado ante el Ministerio Público.

Al más puro estilo de nuestro sistema de careos, ambos sostuvimos nuestro punto de vista y me parece que seguimos convencidos, al menos en mi caso, de lo que dijimos.

¿Qué es lo que hace a un juzgador ver lo que otro no ve? He expresado que, en primer lugar, ello se debe a razones legales y a razones extralegales. Las primeras consisten en el binomio entre la amplia facultad del juzgador de apreciar las pruebas libremente a grado tal de poder atribuirle valor probatorio pleno a su presunción, frente al contrapeso que supone la prueba legal positiva, es decir, aquellos datos probatorios que, por ministerio de la ley, obligan al juzgador a asumir una conclusión y que, por tanto, excluyen la investigación y la libre valoración del juez por un juicio infalible y superior dado por la ley. La prueba legal positiva puede anular la mayor parte de las garantías procesales, es decir, la carga de la prueba a cargo del acusador y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, el contradictorio entre las partes como método de búsqueda de la verdad, la imparcialidad y la ajenidad del juez respecto de la contienda, la prudencia y la duda como método de investigación y estilo intelectual, los criterios de exclusión de las pruebas increíbles por la fuente o irrelevantes por el objeto y, sobre todo, la libre convicción argumentada del juez. Y, por tanto, puede obligar al tribunal a condenar a pesar de su convicción en contrario.

En nuestro sistema procesal, a pesar de la consagración de los principios de suficiencia probatoria y de duda absolutoria, y de ciertas reglas para la práctica de diligencias procesales, el artículo 286 del código procesal dispone que las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial tendrán valor probatorio pleno; es decir, serán prueba legal positiva, y me parece que ésta norma es el motivo legal principal por el que en ocasiones los tribunales tienen que condenar a pesar de su convicción. Se me podrá decir que también por ello es que los

tribunales a veces tienen que absolver a pesar de su convicción, y puede ser que sea cierto, aunque desde luego que soy partidario de la afirmación según la cual es preferible un culpable en la calle que un inocente en la cárcel; y no se nos olvide que todos los aquí presentes podemos ser injustamente encarcelados bajo el argumento de que lo actuado por el Ministerio Público, a pesar de lo que ocurra, tiene valor probatorio pleno.

En virtud de que la prueba legal positiva cancela las garantías procesales ya señaladas y sobre todo impiden la posibilidad de defensa, porque el criterio judicial está predeterminado en la ley, he venido proponiendo desde hace ya algún tiempo la derogación del artículo 286 ya indicado; es decir, que las actuaciones del Ministerio Público no tengan valor probatorio pleno, y que se devuelva, así, al juzgador, su potestad.

La continua reflexión sobre este tema me ha llevado a la conclusión de que existen cuatro canales a partir de los cuales se realiza la valoración probatoria. Uno de ellos es la ley y sus reglas de valoración libre o tasada, con respecto a lo cual ya les he hablado.

Los otros tres, que constituyen el 75% de la función, están representados por razones ideológicas, culturales y de actitudes.

Es indudable que la ideología de quien valora pruebas les da un contenido distinto a cada una de ellas; no es lo mismo que valore el Ministerio Público a que valore el juzgador o el defensor. Su respectiva ideología influye en la interpretación.

Están también los factores culturales. Es humano y por lo tanto irremediable que las creencias, experiencias personales y entorno social y familiar del valorador de pruebas influya en la interpretación de estos instrumentos de reproducción de hechos. No aprecia igual el que no ha vivido cercanamente un secuestro, que quien ha resultado afectado por tan deleznable fenómeno. No interpreta lo mismo quien tiene ciertas inclinaciones favorables a las drogas, que quien piensa lo contrario.

Finalmente, las actitudes de las partes, de los auxiliares y de los espectadores, influyen en la valoración probatoria. Algún día escuché a un juzgador notable decir que cuando un juez dicta una sentencia, no solo se dirige a las partes, sino también a sus superiores y a quienes están interesados en el caso. Y yo creo que tiene razón; hay factores externos, que no son propios de la naturaleza humana, que determinan al valorador de pruebas. Estos factores se encuentran fuera del expediente pero influyen notablemente en éste. Cuántas veces no hemos sabido de casos en los

que la defensa o el Ministerio Público amenazan al juzgador con denunciarlo por delito contra administración de justicia si no resuelve en determinado sentido, de suyo grave, pero más cuando quien amenaza es el que luego se encargará de la investigación y consignación. Tengo la firme convicción de que en los últimos años se ha llevado a cabo una estrategia intimidatoria que ha logrado asustar a juzgadores débiles de carácter.

La opinión pública, la fama o posición de las partes y las presiones de todo género provenientes de los medios de comunicación, entornos sociales e incluso de los órganos de control y vigilancia de la función jurisdiccional, han provocado en algunos juzgadores la renuncia a su potestad interpretadora y generado en ellos actitudes acordes a las pretensiones del órgano de la acusación. Quién puede negar que no es lo mismo juzgar por el homicidio del señor X que por el de Colosio; y me refiero a juzgar, a valorar pruebas, y no a la individualización de la pena en donde sí que deben influir algunos factores más allá de los hechos.

Es propio de la naturaleza humana interpretar las pruebas de acuerdo a la ideología y a la cultura, es decir, a la subjetividad toda. Y que bueno que así sea, porque tampoco queremos una justicia por computadora; los sentimientos, los afectos, las emociones del juzgador son imprescindibles en el sano desarrollo de la justicia. También es propio que los juzgadores, que son seres humanos, tengan miedo de resolver en determinado sentido porque serán despedidos o serán investigados o serán sancionados. La subjetividad es irremediable.

Sin embargo, considero que puede darse un paso hacia la solución de este problema si se reformula el sistema de responsabilidades penales de los juzgadores, a efecto de ajustar los tipos penales respectivos a los principios de estricta legalidad y de necesidad del derecho penal, cuidando que de ninguna manera se afecten los fundamentos esenciales de la jurisdicción, como lo son, la independencia y la imparcialidad del juzgador.

Bajo el sistema actual, se sanciona penalmente al juzgador, entre muchos otros casos, cuando dicta una sentencia o cualquier resolución de fondo que viole un precepto terminante de la ley o que sea contraria a las actuaciones legalmente practicadas en el proceso. Pienso que ello ha abierto la puerta para que las partes amaguen al juzgador con denunciarlo o, de hecho, se inicien averiguaciones previas, si éste no procede conforme a sus intereses. No se olvide que, en los procedimientos penales, el Ministerio Público es una parte; la misma que podría iniciar una averigua-

ción previa y, más aun, ejercer acción penal, en contra del juez que no resolvió a su favor. Más que un problema de “juez y parte”, se trata de de casos de “parte y juez del juez”, por ridículo que suene (pero así es).

Se me podrá decir que es justo sancionar con cárcel al juzgador que desvía los fines de la justicia y que el tipo penal no es confuso; y se me podrá decir también que casi nunca se ejercita acción penal en contra de algún juzgador por estos hechos. A ello contesto que, en primer lugar, se debe sancionar a todo servidor público que corrompa su actuar y no nada más al juzgador; que el tipo penal no remedia los problemas de injusticia y que, si bien es cierto que no se conocen muchos casos de juicios por ese delito, nadie puede negar las incomodidades que supone una averiguación previa y la privación de la tranquilidad con saberse probable responsable en un procedimiento que no tiene fin cierto y que se sigue en forma inquisitiva. La sola averiguación previa victimiza al juzgador, sobre todo si es un juzgador penal que sabe a dónde puede llegar una averiguación previa a pesar de su mala integración sólo porque se trata de una prueba plena, que además depende en muchos casos de quien no resultó favorecido por su decisión y que, por tanto, insta como venganza y no como fórmula para el logro del orden social.

Estoy convencido que replantear el sistema de responsabilidades penales alrededor de los juzgadores sería un paso importante para acortar los márgenes de discrecionalidad mal entendida del juzgador, y me centro en el tribunal porque, paradójicamente, la ley penal no sanciona al Ministerio Público que resuelva una averiguación previa en contra de la letra de la ley o de las constancias de autos, y eso que el Ministerio Público también valora pruebas, y por tanto debía estar sujeto al mismo sistema. Derogar la norma devolvería al juzgador su libertad, su independencia y mejoraría el sistema de valoración probatoria.

Quiero subrayar que no estoy proponiendo la impunidad del juzgador que tuerza la aplicación de la ley. Todo acto que implique la corrupción del juez, pero también del Ministerio Público y de cualquier autoridad, sea del Legislativo o del Ejecutivo, debe ser sancionado; pero no cuando la amenaza de pena se suspende en cuestiones de criterio y se manifieste en actitudes más bien de venganza y control.