

# Sistemas penales y reforma procesal penal en México

---

Pablo Héctor González Villalobos



**JUSTICE IN MEXICO**  
WORKING PAPER SERIES  
Volume 14, Number 3  
October 2015

## **Acerca de Justice in Mexico:**

Desde 2001, el programa Justice in Mexico ([www.justiceinmexico.org](http://www.justiceinmexico.org)) se dedica al análisis de temas en seguridad pública, estado de derecho y derechos humanos en México, que ayuden a la generación de políticas públicas y cooperación entre el gobierno, la academia y la sociedad civil. Justice in Mexico cumple su misión por medio de investigación de vanguardia y con orientación hacia políticas públicas, a través de la difusión pública de información relevante, y mediante la interacción directa con diseñadores de política pública, expertos, y grupos de interés. El programa reside actualmente en el Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales en la Universidad de San Diego (USD), y se compone de profesores, expertos, estudiantes, y voluntarios de los Estados Unidos y México. De 2005 a 2013, el programa residió en el *Trans-Border Institute* de la Facultad de Paz y Justicia de USD, y previamente de 2001 a 2005 en el Centro de Estudios Mexico-Estadounidenses de la Universidad de California, San Diego.

## **Acerca de esta publicación:**

Este trabajo tiene por objeto examinar, de forma reflexiva, las grandes líneas de la evolución histórica del proceso penal, a través del análisis breve de los principios que rigen y las características que dan cuenta de cada uno de los tres sistemas o modelos penales que han aparecido en Occidente. Ello, a fin de facilitar la comprensión del sentido de las instituciones que constituyen cada uno de tales sistemas, de manera que el lector, a su vez, esté en condiciones de entender mejor el por qué y el para qué de las normas que regulan el sistema procesal penal mexicano a partir de la reforma constitucional de 2008.

## **Acerca del autor:**

Pablo Héctor González Villalobos es Magistrado de la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia de Chihuahua. Estudió la licenciatura en derecho y la maestría en derecho corporativo en el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Chihuahua, y acreditó los períodos de docencia e investigación del doctorado en derecho de la Universidad de Navarra. Ha sido profesor de varias asignaturas en la Universidad de Navarra, el Instituto Tecnológico de Monterrey, Campus Chihuahua, la Universidad Autónoma de Chihuahua y el Centro de Formación y Actualización Judicial del Poder Judicial de Chihuahua. Cuenta con certificación como capacitador de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), y ha sido capacitador para operadores del nuevo sistema de justicia penal en varios estados de la República Mexicana. El Magistrado González ha publicado recensiones, artículos y ensayos sobre filosofía del derecho y derecho procesal penal en revistas especializadas de España y México, y fue uno de los expertos en contribuir a la elaboración del Código Nacional de Procedimientos Penales.

© Copyright the Author and Justice in Mexico, 2015.

### **Justice in Mexico**

Department of Political Science & International Relations  
University of San Diego  
5998 Alcalá Park,  
San Diego, CA 92110

# Sistemas penales y reforma procesal penal en México

Pablo Héctor González Villalobos

## INTRODUCCIÓN

Esta participación tiene por objeto examinar la evolución histórica de los sistemas penales occidentales, a efecto de sentar las bases para una adecuada comprensión del tránsito procesal que implica, para México, la reforma constitucional de junio de 2008 y que deberá estar en vigor en todo el país a más tardar en junio de 2016.

Para alcanzar tal propósito, es pertinente invocar en este momento la tesis de Finnis (1980) según la cual la distinción entre los distintos ámbitos de la acción humana, es decir, el político, el ético o moral y el jurídico, sólo es viable para efectos académicos, dada la complejidad de la realidad en la que los tres aspectos de referencia se encuentran indisolublemente mezclados. Por eso, si un estudio jurídico pretende dar cuenta de una realidad, no puede prescindirse de la conexión de su objeto con cuestiones de carácter político y ético. Sólo así puede lograrse, a nuestro juicio, una suficiente profundidad en la comprensión de las normas que regulan el proceso que constituye el objeto de examen de este trabajo.

También conviene precisar, desde ahora, que la reconstrucción histórica de que se trata prescindirá de los detalles que caracterizan o caracterizaron la manera en la que un sistema penal se concretó en un espacio y momento históricos determinados. Porque la tarea que ahora realizamos se limita a extraer las grandes líneas de una evolución tan solo en la medida en que sea necesario para atribuir sentido a las instituciones que conforman lo que, en lenguaje contemporáneo, denominamos proceso penal. Además el énfasis de la reflexión recaerá en la audiencia de juicio como elemento central del sistema acusatorio, sin prescindir, por el motivo ya anticipado, de los juicios de valor que, con elementos éticos y políticos, son indispensables para comprender la evolución del proceso penal. Ello, en el entendido de que una comprensión cabal de la centralidad del juicio oral es necesaria para el entendimiento adecuado de lo que ocurre antes de la audiencia de juicio (etapas preliminares) y después de ella (medios de impugnación).

## LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENALES

Es necesario dejar constancia desde ahora de que, por sistema penal, entendemos el conjunto de instituciones normativas que regulan el trámite de un juicio para establecer la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho que, por atentar gravemente contra los principios básicos de la convivencia humana, compromete la viabilidad de esa misma convivencia. Por ello, para los efectos de este trabajo, hablar de sistema penal es hablar de una teoría del proceso penal. Como todo modelo teórico, su valor depende de su capacidad para dar cuenta suficiente de la realidad que pretende explicar. Se trata, por tanto, de un uso del término teoría no en el sentido de algo que se encuentra divorciado de la práctica, sino como una reflexión que permite entender el sentido de esa práctica.

En este orden de ideas, es un lugar común afirmar que la división de la historia en etapas tiene por objeto facilitar la comprensión de la sucesión de los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de tal ciencia, como también lo es reconocer que la separación entre las distintas etapas suele ocurrir durante períodos de transición en los que no existen soluciones de continuidad. Y esto, por supuesto, es verdad cuando se habla de la historia de los sistemas penales. De hecho, como veremos, el modelo acusatorio puro fue más puro en una etapa tardía de su propia historia, en la que incluso en otras latitudes ya se habían sentado las bases del sistema inquisitivo.

Teniendo esto en cuenta, la reflexión sobre el modo en el que una comunidad humana resuelve conflictos que, en clave moderna, calificamos como penales, puede ubicarse, en perspectiva histórica, a través de la aparición más o menos sucesiva de los tres grandes sistemas que Maier (2002) identifica: el sistema acusatorio puro o antiguo, el sistema inquisitivo y el sistema mixto (en el que teóricamente pueden encontrar cabida modelos tan disímolos como el llamado inquisitivo reformado en su versión latinoamericana, es decir, el modelo escrito del que vamos saliendo, así como el que contiene, en sus grandes líneas, la Constitución Política de México después de la reforma de 2008).

Desde ahora, es posible afirmar, como una verdad empíricamente verificable, que existe una correlación entre sistemas políticos y sistemas penales, pues a regímenes de gobierno autoritarios se corresponden modelos procesales inquisitivos. En tanto que, a sistemas políticos democráticos o cuando menos liberales, corresponden sistemas penales acusatorios. Por ello, no resulta una exageración decir que, aunque los estudiosos del derecho constitucional seguramente no estarán de acuerdo, el derecho penal es el más político de todos los derechos. Y no debe sorprender que así sea, pues la imposición de la pena constituye la expresión más intensa del poder del Estado frente a los gobernados.

## **El Sistema Acusatorio Puro o Antiguo**

Aunque algunos autores suelen ubicar este sistema en la democracia griega y en la República romana, Maier (2002, pp. 264ss) hace notar, a nuestro juicio con razón, que el sistema acusatorio se manifestó, con sus contornos más completos, en los pueblos germánicos antes de su entrada en contacto con la cultura romana. Esto genera una ironía de la historia, porque entonces resulta que, como ya lo sugeríamos, el sistema acusatorio antiguo es, en su expresión más pura, posterior a sistemas que, aunque también acusatorios, no se ajustan de manera exacta a la descripción teórica del modelo, como también resulta que la expresión histórica de ese sistema acusatorio puro llegó a ser contemporánea con las primeras manifestaciones del sistema inquisitivo.

Ahora bien, en el sistema acusatorio puro, la idea central del proceso que, anacrónicamente, podríamos identificar como penal, consiste en que las agresiones graves de los individuos en contra de otros individuos y que además ponen en riesgo la viabilidad de la propia comunidad, constituyen cuestiones que son resueltas por el propio grupo social sin intervención de la corona.

Así, si por ejemplo un miembro de la comunidad robaba a otro, entonces la víctima, y sólo ella (principio de acusación privada), tenía el derecho de acusar al autor del hecho. Si ello ocurría, entonces se constituía un tribunal popular, formado por miembros de la propia comunidad. El acusador y el acusado se encontraban en un plano de igualdad y tenían, ambos, el carácter de sujetos de derecho. Existe, por tanto, una estructura triangular, con separación de funciones, entre un acusador privado, el acusado y el tribunal que resuelve el conflicto.

Como segundo rasgo, cabe hacer notar que el fin fundamental del proceso (que como ya se dijo iniciaba sólo a instancia de parte directamente afectada) consistía en la resolución del conflicto (para lo cual la averiguación de la verdad podía servir, pero ello no era indispensable). Por ello, el curso del proceso, por la insuficiencia de la prueba, conducía a privilegiar la posición de los poderosos que podían presionar a sus contrapartes más débiles para generar soluciones autocompositivas no necesariamente justas. En casos extremos, cuando el Tribunal no tenía ante sí más que el dicho del acusador frente al dicho del acusado y no sabía a quién creer, el debate se convertía en combate y quien ganaba la contienda ganaba el juicio en una suerte de ordalía, lo que naturalmente también constituía una fuente de injusticia.

Por otra parte, el juicio se desarrollaba en una audiencia pública, oral, contradictoria, continua, concentrada y en presencia de los miembros del tribunal (inmediación). Al concluir el debate, el tribunal resolvía en conciencia y, por tanto, no estaba obligado a motivar su decisión. Todavía hoy, en los sistemas procesales que

depositan en un jurado la decisión, no existe obligación de los jurados de exteriorizar los motivos que los condujeron al veredicto.

El debate, naturalmente, no se documentaba (la mayoría de la gente ni siquiera sabía leer) y no existían los recursos. Porque no tenía sentido recurrir, si la mejor garantía de justicia consistía en el hecho de que el acusado era juzgado por sus iguales de manera pública y contradictoria.

Si se tiene presente que las islas británicas, por su situación geográfica, permanecieron relativamente inmunes al proceso de inculturación latina, entonces no debe extrañar que, dada la génesis romana de la inquisición, en tales comunidades políticas el sistema acusatorio haya evolucionado, sin solución de continuidad, desde el acusatorio antiguo hasta los actuales modelos procesales vigentes en ellas. En este sentido, no deja de ser una ironía de la historia que, aunque con la caída de Roma los pueblos bárbaros ganaron, Roma acabó imponiendo su cultura a los nacientes estados nacionales.

La anterior descripción del sistema acusatorio puro, permite ya plantar algunas reflexiones útiles para iluminar la comprensión de lo que, de dicho sistema, se conserva hasta nuestros días en los diseños procesales que, como el mexicano después de la reforma constitucional de 2008, suelen identificarse como sistemas de corte acusatorio y adversarial.

En primer lugar, conviene destacar que la solución del conflicto como fin del proceso se corresponde con un medio histórico y cultural en el que la dificultad probatoria es manifiesta. Lo que nos autoriza a inferir que es esta circunstancia histórica la que explica que, en el sistema que ahora examinamos, no exista la pretensión de averiguar la verdad para resolver el juicio.

En efecto, la investigación científica del delito, manifestada sobre todo en la ahora llamada criminalística de campo, no nace hasta el siglo XIX, en Francia, cuando se comenzaron a utilizar las huellas dactilares para identificar a las personas. Antes de eso, en el país galo, que era el más avanzado de esa época, la identificación de los detenidos que ingresaban a centros de detención se producía por el reconocimiento de policías a quienes se ponía a la vista, durante amplios períodos de tiempo, a los detenidos que llegaban a la cárcel. Esos policías eran así el “archivo vivo” de la prisión.

Por tanto, salvo cuestiones que tuvieran que ver con opiniones técnicas sobre artes u oficios, habitualmente marginales, no existía, en el sistema acusatorio germánico, la posibilidad de acudir a los conocimientos científicos como medio de prueba.

Además, la existencia misma de una audiencia pública, oral y contradictoria, hacía inviable la obtención coactiva de confesiones. De manera que, como es inusual que una persona confiese espontáneamente la comisión de un hecho delictuoso, no es de

extrañar que la que, en el sistema inquisitivo, llegó a ser la reina de las pruebas, tampoco estuviere disponible como regla general.

En estas condiciones, la posibilidad probatoria estaba, casi por definición, determinada por la disponibilidad de prueba testimonial. Pero los delitos muchas veces se cometen en ausencia de testigos y, cuando los hay, no es inusual que tengan problemas de credibilidad.

Lo hasta aquí referido parece entonces explicar suficientemente la razón por la cual, en el sistema germánico antiguo, el proceso estaba encaminado a resolver el conflicto y no a averiguar la verdad histórica del hecho atribuido al acusado.

Esta característica, a su vez, permite arribar a una segunda reflexión sobre el sistema antiguo. Se trata de la ausencia de una discusión epistemológica sobre la averiguación de la verdad y, consecuentemente, sobre el valor de la prueba. Ello, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas inquisitivo y mixto de corte acusatorio y adversarial, en los que el problema epistemológico impacta directamente en el diseño y operación de las instituciones procesales.

En tercer término, la ausencia de etapas preliminares anteriores a la audiencia de juicio, así como de medios de impugnación posteriores al mismo, permite establecer una equivalencia (no exenta de alguna objeción por anacronismo) entre los términos juicio, proceso, causa y audiencia de juicio. En el sistema acusatorio puro, juicio y audiencia son sinónimos. Lo que, a su vez, tiene hondas consecuencias cuando, en desarrollos posteriores, se comenzó a reflexionar sobre la idea del debido proceso legal.

En efecto, la centralidad del juicio como fundamento del debido proceso es una idea que sólo tiene sentido en un contexto teórico y normativo en el que existen trámites anteriores y posteriores a la audiencia misma. De manera que, si comulgamos con la expresión de Ferrajoli de que la audiencia (de juicio) es la garantía de las garantías, este aserto, que supone el imperativo de velar por la integridad de la audiencia, no es de ninguna manera problemático en un entorno en el que juicio, audiencia y proceso son expresiones equivalentes.

Vale la pena detenerse en este punto para abundar un poco más en él. Afirmar que la audiencia es la garantía de las garantías, es tanto como decir que la audiencia constituye el espacio natural en el que se tutela el debido proceso. En el entendido de que, por debido proceso legal, se entiende el conjunto de condiciones que permiten calificar como justa la solución al conflicto. En expresión que tomamos prestada del maestro Miguel Sarre, el debido proceso es lo que hace la diferencia entre la justicia y la venganza.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cita extraída del prólogo de Steels (2015). *El teatro del engaño. Buscando a los Zodiaco, la banda de secuestradores que nunca existió*. México: Grijalbo.

Cuando se enfoca así, es posible visualizar al debido proceso como un director de orquesta. Es, por lo tanto y para decirlo con un juego de palabras, el principio rector de los principios rectores. De manera que, de cara a la búsqueda de la justicia, el debido proceso, a imagen del director de orquesta que busca la armonía de la sinfonía, exige que se vele por un equilibrado acatamiento de forma y de fondo en los derechos que lo conforman. Es decir, de las garantías de juez objetivo e imparcial, de audiencia pública, de defensa material y técnica, de justicia pronta, y un largo etcétera.

Como veremos, el sistema inquisitivo, al prescindir de la audiencia, vació de contenido la correspondencia entre juicio y audiencia e hizo impracticable el imperativo subyacente a la afirmación de que la audiencia es la garantía de las garantías. Pero además, por las inercias propias de los no siempre tersos procesos de reforma, la recuperación de la audiencia en un sistema contemporáneo de corte acusatorio y adversarial no ha estado exenta de los riesgos de caer en la tentación de vaciar la audiencia en etapas preliminares (por la anticipación de decisiones de fondo antes de tiempo, como suele ocurrir con la vinculación a proceso) o en etapas posteriores (por la hipertrofia de los medios de impugnación, que acaban sacando de la audiencia decisiones que, en definitiva, resultan siendo tomadas en un tribunal de alzada que no presenció el debate).

Por último, la reflexión acerca de la centralidad del juicio que alcanzó su más pura expresión en el acusatorio germánico antiguo, en el que, como hemos insistido, juicio equivale a audiencia, necesariamente conduce a la pregunta por la justificación de la decisión. Para entender mejor esta interrogante podemos plantearla de la siguiente manera: si en el sistema de que se trata la decisión es tomada conforme al sistema de íntima convicción (jurados o escabinos<sup>2</sup> que no tienen obligación de motivar), luego de un debate del que no quedó registro y sin que exista la posibilidad de impugnar, entonces ¿dónde descansa la justificación de la resolución? Dicho de otra manera: ¿qué o quién garantiza que la sentencia emitida por el tribunal de juicio efectivamente pueda ser calificada como la solución justa al conflicto?

La respuesta, implícita en el aforismo que ha inspirado esta última reflexión, es que la garantía de la justicia de la decisión radica en la audiencia misma. Es decir, podemos confiar en que la resolución es justa porque se produce inmediatamente después de un debate oral, público y contradictorio, de manera que no es razonable esperar un disparate de los jueces, a pesar de que los mismos no tengan la obligación de hacer manifiestas las razones de lo que decidieron.

---

<sup>2</sup> De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, escabino es un miembro de un escabinado. Por su parte, escabinado es un tipo de tribunal de jurado, compuesto por jueces profesionales y por ciudadanos legos designados por sorteo.



Véase entonces la importancia de la audiencia como espacio de tutela natural del debido proceso. Y como corolario de esta conclusión, adviértase como, en el sistema acusatorio germánico antiguo, la sentencia es inseparable de la audiencia en la cual se emite, porque de otra manera no puede entenderse su sentido. Planteamiento que, a su vez, es de vital importancia para la comprensión de una metodología de audiencias incluso en un sistema contemporáneo que, aun siendo mixto, pretende ser de corte acusatorio y adversarial. Porque aunque es verdad que cuando la decisión se encomienda a uno o más jueces profesionales se les exige que ajusten su decisión a los principios de la sana crítica (máximas de la experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicamente afianzados) y que expliquen las razones de su resolución, también lo es que, en el fondo, la comprensión de la motivación misma se torna hartamente difícil cuando se desconoce lo que ocurrió durante la celebración de la audiencia que concluyó con la sentencia.

### **El Sistema Inquisitivo**

La historia de la inquisición ha generado la conciencia colectiva de la triste memoria de los abusos cometidos. Porque, como recuerda el propio Maier (2002, p.448), la inquisición terminó siendo sinónimo de tortura. En cambio, lo que no suele decirse con frecuencia es que el sistema inquisitivo, en sus orígenes, tuvo, entre otras motivaciones (está clara la correspondencia entre un régimen que había dejado de ser democrático con un sistema penal no acusatorio), un impulso civilizador. Porque la inquisición introdujo dos principios que pretendían corregir las injusticias, que ya han sido destacadas, que potencialmente surgían en el sistema acusatorio puro o antiguo, particularmente en su versión germánica que es en la que se encuentra la correspondencia más clara entre el modelo y la realidad que el mismo modelo pretende explicar.

En efecto, recuérdese cómo los principios de acusación privada (sólo el directamente afectado por el ilícito podía accionar al tribunal), así como la admisión acrítica de soluciones autocompositivas (derivadas del fin preponderante del proceso que era resolver el conflicto) acabaron haciendo de ese antiguo sistema una fuente de potenciales injusticias.

Lo anterior, en razón de que, aunque tales características del sistema no serían problemáticas en una sociedad de iguales, lo cierto es que las comunidades humanas, a pesar de que reconozcan el principio elemental de igual dignidad humana y de igualdad ante la ley, están en realidad conformadas por seres humanos que por distintas razones no pueden ser calificados como iguales. Así, en toda sociedad existen ricos y pobres, poderosos y marginados, fuertes y débiles, inteligentes y tontos, guapos y feos (la buena

aparición física, nos guste o no, es fuente de ventajas a la hora de buscar mejores trabajos o posiciones sociales).

Así, resulta que la afirmación del principio de acusación privada y la siempre aceptable solución autocompositiva, se traducían en un estado de cosas en el que el débil se la pensaba dos veces antes de acusar a un poderoso, porque era probable que resultara absuelto. Por razones distintas, es el mismo fenómeno que hasta ahora ocurre en los Estados Unidos de América, en donde hay evidencia empírica que revela que los jurados tienden a perjudicar, con sus decisiones, a los afroamericanos o a los latinos, cuando se les compara con acusados anglosajones.

En este contexto, el sistema inquisitivo, desarrollado a partir de la última etapa del imperio romano y consciente de tal fuente de injusticia potencial, estableció el principio de acusación pública, el que, por una parte, proscribía (al menos en teoría) la posibilidad de que la víctima u ofendido pudieran ser presionados por el imputado para que no ejercieran su derecho de accionar al Tribunal. Y que, por otra parte, incorporó la búsqueda de la verdad histórica como fin del proceso, lo que respondía al mismo ideal que, en clave moderna, llamaríamos igualitario. Es decir, si alguien, con independencia de que fuere rico o pobre, poderoso o débil, cometía un ilícito, sería sancionado. Y, en cambio, si otro individuo, también con independencia de su posición económica o de poder en el grupo social, era acusado de un hecho que no había cometido, esa misma averiguación de la verdad conduciría a su absolución.

El problema surgió por la extralimitación del principio que postula la verdad histórica como fin del proceso, lo cual demanda una explicación un poco más amplia, porque se trata de un tema que impacta directamente en el diseño de las instituciones procesales. Esto hizo añicos el ideal civilizador de la inquisición, pero al postular los principios de que se trata (acusación pública y averiguación de la verdad) generó la base sobre la cual, una vez matizados los mismos por la exigencia de respeto a los derechos humanos, la audiencia de juicio en el sistema contemporáneo de corte adversarial, cuando el sistema funciona, logra aproximarse al ideal igualitario más que cualquier otro sistema procesal.

Pero regresemos al sistema inquisitivo. Al postular la verdad histórica como su fin fundamental, responde a una concepción de la verdad que podríamos calificar como ontológica. Lo que a su vez es consecuencia de la cosmovisión filosófica de la época. En efecto, hablar de ontología es hablar, como se define en los manuales de filosofía, del estudio del ser en cuanto ser. Ello significa que, si la verdad histórica tiene estatuto ontológico, entonces se trata de un objeto del conocimiento cuyo ser, es decir, cuya realidad, es independiente del sujeto cognoscente. Es una verdad que es (con independencia de quien quiera averiguarla) y que está ahí para ser descubierta. Es, asimismo, la Verdad y no una de varias posibles verdades.

Esto significa que esa verdad que se busca en el sistema inquisitivo, al ser una y estar dada, demanda, para ser descubierta por el juez inquisidor, de una tarea que se parece a la acción de quien levanta un velo para observar un objeto que se encontraba oculto tras él. En este contexto epistemológico no resulta extraño que el inquisitivo asuma una confusión de funciones que contrasta con el modelo acusatorio. Pues sobre la premisa de que la verdad es una y está ahí para ser descubierta, la concurrencia en una sola persona de las facultades de investigación, acusación y decisión, no sólo no constituye una inconveniencia procesal, sino que facilita la tarea de descubrimiento de esa verdad que se busca. Como también facilitan tal labor otras características propias del sistema inquisitivo: la generalización del uso de la prisión preventiva, de carácter secreto y por tiempo indeterminado (tanto como sea necesario para el éxito de la investigación), el secreto del sumario (para evitar los inconvenientes propios que suelen generar los curiosos o entrometidos) y la concepción del imputado, no como un sujeto de derecho, sino como un objeto de investigación. Característica, esta última, que implica el desconocimiento del derecho de defensa. Pues la propia concepción ontológica de la verdad la hace innecesaria. Ello, bajo la convicción de que un buen inquisidor sabrá averiguar la verdad y hacer justicia.

Por otra parte, la ya anticipada correspondencia entre el sistema político y el sistema penal, produjo en el inquisitivo una característica que es de especial relevancia para el tema que constituye el objeto de este capítulo. Se trata de la exigencia de documentación de las actuaciones practicadas en secreto por el juez inquisidor. Porque el juez no es el titular originario de la jurisdicción que corresponde al monarca, quien, a diferencia de quienes gobernaban los clanes bárbaros, tiene, en el caso del Imperio Romano, que es en el que se gestó el modelo inquisitivo, la pretensión de aplicar un sistema jurídico relativamente uniforme sobre una gran extensión territorial. Por ello, es necesario que exista un control, que en el fondo es de naturaleza, no jurídica, sino política, sobre los jueces inquisidores, que tienen jurisdicción delegada, para evitar que ejerzan un amplio margen de discreción al interpretar y aplicar la ley. Pero como el inquisidor actúa en secreto, la única manera de verificar su lealtad al sistema consiste en exigirle que documente sus actuaciones. Nace así la metodología del expediente, como el instrumento adecuado para verificar el trabajo de los jueces. En el otro extremo de la pinza que busca controlar tal labor, aparecen los recursos, que eran desconocidos en el sistema acusatorio puro. El recurso de apelación surge de esta manera como el medio de impugnación paradigmático del sistema inquisitivo y responde, como ya se anticipó, a la necesidad de ejercer un control político. Por ello no se le concibe, al menos en lo esencial, como un derecho del justiciable. Nota que, a su vez, se corresponde con la concepción de la apelación como un recurso de plena jurisdicción en su máxima expresión. Porque si el juez de origen tiene jurisdicción delegada y, mediante el recurso,

devuelve la jurisdicción a quien es el titular originario de la facultad de resolver conflictos de derecho, naturalmente cabe asumir que el *Ad-quem* tiene potestad para hacer todo lo que está permitido al *A-quo*, e incluso más. Por tanto, no resulta extraño que, en este sistema, el recurso de apelación frecuentemente resulte en sentencias que confirman, modifican o revocan, por razones distintas de las que esgrimió el Juez de origen y diferentes también de las que invocó el recurrente en su escrito de expresión de agravios. Como tampoco resulta extraño que haya recurso aunque no se expresen conceptos de violación e incluso que se exija la revisión de oficio de lo actuado en la primera instancia. Y en todo este proceso recursivo el expediente se erige como el mecanismo que permite la revisión sin violar el secreto.

Ahora bien, el ya anticipado juicio que afirmaba la extralimitación de la verdad histórica como fin del proceso, responde a la constatación de un proceso histórico que, por la dificultad probatoria y por la excesiva confianza en la capacidad del inquisidor para averiguar la verdad que es una y absoluta, condujo a la situación que pretende describir la idea de Maier de la correspondencia entre Inquisición y tortura. En efecto, como ya se anticipó, los conocimientos científicos que se tradujeron en técnicas de investigación criminal no aparecen, al menos de forma metodológicamente aceptable en términos contemporáneos, hasta el siglo XIX en Francia. Ya se había adelantado cómo esa dificultad probatoria, en el acusatorio puro o antiguo, se traducía en abusos que forzaban soluciones pretendidamente autocompositivas. Y esa misma situación, en el proceso inquisitivo, se tradujo en la necesidad de torturar al procesado. Porque si de saber la verdad se trata, nadie mejor que quien cometió el hecho para que dé cuenta de qué fue lo que ocurrió. Es verdad que existieron normas que pretendieron limitar el ejercicio de la tortura (la prueba semi-plena del cuerpo del delito como requisito mínimo, por ejemplo), pero ello no afecta la relación, casi de ley natural en sentido científico, entre confesión y tortura. El origen de esta penosa situación radica en dos razones, distintas pero complementarias, a saber:

Por una parte, en el hecho de que, para complicar aún más la dificultad probatoria derivada de la habitual ausencia de prueba científica y de los problemas de la prueba testimonial (incluso en un entorno de libre valoración de la prueba), el monarca introdujo un control adicional a la metodología del expediente y a la abundancia de medios de impugnación. Nos referimos al sistema de prueba tasada. Así, aunque el juez inquisidor tenía un margen amplísimo de libertad discrecional para proceder durante la tramitación del proceso, ese margen se reducía muchísimo cuando llegaba el momento de valorar la prueba para dictar sentencia. En el fondo, se trataba de un mandato del monarca a sus funcionarios que podía expresarse más o menos así: tú vas a valorar la prueba, pero yo te voy a decir cómo valorarla.

Cuando se examina la evolución de la prueba tasada hasta su regulación tal como continúa incorporada en algunos códigos contemporáneos, es posible advertir, en lo general, una clara racionalidad abstracta en los criterios tasados de valoración. Piénsese por ejemplo en las reglas según las cuales, para dar valor probatorio (semipleno en el lenguaje inquisitivo), a una prueba testimonial, se requiere: que sean al menos dos testigos que den cuenta de un hecho; que sean mayores de edad; que no tengan problemas de percepción sensorial; que estén en pleno uso y goce de sus facultades mentales; que sean imparciales (que no tengan vínculos afectivos o animadversión con ninguna de las partes); que su relato coincida en lo esencial (pero no totalmente, porque entonces la coincidencia es sospechosa); y que den razón fundada de su dicho, es decir, que expliquen por qué pudieron presenciar lo que afirman que presenciaron. Cuando un juzgador se encuentra con testigos así, su posición es la mejor que puede esperar quien tiene que valorar la prueba. Es algo así como el paraíso del juzgador. Pero, desafortunadamente, pocos hechos ocurren en presencia de testigos y mucho más pocos en presencia de testigos que cumplan esas condiciones. Una de las características más interesantes del sistema acusatorio, es que asume, con un realismo digno de encomio, que los seres humanos somos como somos y que, por tanto, no existen testigos imparciales. Los testigos son de las partes, no del tribunal ni del proceso. En efecto, incluso el testigo que, en principio, aparece como el más imparcial de todos (es decir, el testigo circunstancial, el que pasaba por ahí y, por tanto, no está vinculado con ninguna de las partes), se vuelve parcial inmediatamente después de que su relato apoya la teoría del caso de alguna de las partes (con quien naturalmente empieza a generar empatía, porque es la parte que le cree, la que lo trata bien) y, consecuentemente, descalifica el relato de la contraparte (con quien empieza a desarrollar una muy natural hostilidad, dado que se trata de quien no le cree, de quien lo cuestiona, de quien duda de su sinceridad).

Por tanto, como ya se anticipó, resulta iluso pensar que el sistema inquisitivo, con su prueba tasada, es capaz de descansar, una vez descartada la prueba científica, en la prueba testimonial. Entonces no queda más remedio que recurrir a la confesión. Y aquí aparece la segunda razón por la que la inquisición acabó siendo sinónimo de tortura.

Porque, hasta donde nuestro entendimiento nos da cuenta, una persona confiesa por alguna de cinco razones: una, porque se trata de un individuo con un alto sentido de responsabilidad moral y su conciencia le exige que asuma su culpa. Pero estas personas habitualmente no cometen delitos y, por tanto, esta clase de confesiones resulta relativamente irrelevante para el sistema penal. La segunda, cuando se trata de personas que tienen disminuida su capacidad para tomar decisiones libremente. Es el caso, a mi parecer, de los drogadictos que, al aparecer el síndrome de abstinencia, roban la caja de herramientas del automóvil del vecino para ir a cambiar por una dosis de heroína. Si a

estas personas se les procesa penalmente y se les trata como imputables, es sólo porque se afirma un reducto de libertad que quizá responda, más que a la idea de un juicio de reproche en sentido estricto, a la necesidad de una comunidad política que no sabe qué hacer con ellos. La reciente experiencia de enfoque terapéutico, materializada en los denominados Tribunales de Tratamiento de Adicciones, responde a la idea de dar una respuesta no sólo penal al problema de los drogadictos que, por su condición de salud, son propensos a cometer cierto tipo de delitos. En todo caso, se trata de ilícitos que, aunque son cometidos por personas que causan cierto malestar social (y en las instituciones de policía por sus múltiples ingresos), en realidad no comprometen de manera seria la seguridad pública. La tercera posibilidad, que constituye el ideal de un proceso penal, ocurre cuando la policía hizo su tarea con eficiencia y tiene tantas pruebas en contra del acusado, que para este último ya no tiene sentido seguir negando su participación en el hecho. Es la confesión como punto de llegada, y no como punto de partida, de la investigación. Y aunque deja la satisfacción del deber cumplido, en realidad resulta innecesaria para el proceso penal, que en tal supuesto naturalmente terminará con una sentencia condenatoria, con o sin confesión. En cuarto lugar, una persona confiesa para la obtención de algún beneficio.<sup>3</sup> La norma del sistema que prohíbe que alguien sea condenado bajo el solo mérito de su propia confesión, intenta evitar la compra de chivos expiatorios que asumen falsamente responsabilidad de manera voluntaria. El procedimiento abreviado, típico de los sistemas de corte acusatorio adversarial, puede generar de manera anormal confesiones falsas cuando el sistema es incapaz de garantizar, en el horizonte del imputado, el derecho a un juicio oral en forma, es decir, en condiciones de debido proceso. Así, es la garantía del juicio oral la que proscribe (o al menos reduce significativamente) el riesgo de confesiones falsas en procedimientos abreviados. Finalmente, en quinto y último lugar, confiesa quien es coaccionado física o moralmente. Es evidente que se trata del caso que se generalizó en un sistema que privilegió la confesión como medio de prueba y es el que se tradujo en una proliferación de la tortura.

En suma, en el sistema inquisitivo, la actuación secreta, unilateral y con prisión preventiva ejercida por los jueces inquisidores en aras de la búsqueda, a cualquier precio, de la verdad histórica, generó en el monarca la necesidad de ejercer un control político sobre sus jueces inquisidores. Como hemos visto, esta necesidad encontró respuesta en tres controles complementarios entre sí: la metodología del expediente, la prueba tasada y la abundancia de recursos. Por la importancia y por la subsistencia, hasta nuestros días,

---

<sup>3</sup> Debo esta observación al Magistrado Juan José López Olvera, generoso y brillante amigo que me ha brindado la oportunidad de dialogar acerca de estas ideas.

del primero y el tercero de tales controles, es oportuno abrir un espacio para reflexionar acerca de ellos.

El expediente surge de la necesidad de garantizar que lo actuado, una vez que se documenta, adquiera permanencia mediante un conjunto de formalidades que impidan o al menos dificulten la alteración de las actas. Herencia de esta metodología es el expediente judicial que todavía se conserva en nuestros días, con sus características típicas: hojas (fojas, como se dice, en un anacronismo que no hace sino revelar su carácter vetusto y obsoleto) foliadas y cosidas, escritura de lado a lado y sin dejar espacios en blanco (los que existan deben llenarse con una línea tirada hasta el final), la necesidad de testar algún error con una línea que permita leer el texto original y de salvar el error al final de la constancia, la firma del declarante, del funcionario que la recibe y de dos testigos o de un secretario que den fe, la prohibición de números o abreviaturas, etc.

Ahora bien, como de alguna manera ya se ha sugerido en este trabajo, la necesidad de garantizar la autenticidad de lo actuado responde a la necesidad de control en un entorno caracterizado por la secrecía y unilateralidad de las actuaciones judiciales. Lo mismo ocurre todavía hoy en el sistema escrito. Si el expediente es formalizado, es porque el mismo pasa de mano en mano sin que existan testigos del trabajo que cada funcionario realiza con él: primero, el agente del Ministerio Público que recibe la denuncia; luego, el que dirige la investigación; después, el que acuerda la consignación; enseguida, el Ministerio Público adscrito al Juzgado en el que se llevará la causa; toca entonces el turno al Secretario de Acuerdos del Juzgado; agotado el trámite, pasa al proyectista a quien se encomienda la elaboración del proyecto de sentencia; hecho lo anterior, lo recibe el Juez que revisa y firma; si hay recurso, el ciclo vuelve a empezar con el Secretario de Acuerdos de la Sala; luego el proyectista; finalmente el Magistrado; y, finalmente, el ciclo puede repetirse una vez más en el Tribunal Colegiado de Circuito que conoce del amparo directo. Nótese cómo, en cada uno de esos pasos, cada funcionario tiene el expediente bajo su poder y trabaja con él en ausencia de testigos. De ahí que las formalidades del expediente sean un elemento esencial para determinar la validez de los actos documentados en él. Por ello, las mismas formalidades se convierten en condiciones de validez (formal) y su ausencia conduce directamente a la nulidad del acto documentado en la constancia que carece de alguna de ellas.

En estas condiciones, cobra pleno sentido el aforismo clásico del expediente inquisitivo: lo que no obra en el expediente, no existe en el mundo. Así, se establece una identidad conceptual entre juicio, proceso, causa y expediente, que se conserva hasta nuestros días en los tribunales que siguen operando procesos escritos. En efecto, no es inusual escuchar a un Juez o Secretario pedir a una oficial o escribiente: por favor pásame la causa o el proceso número tal. Qué lejos se encuentra este contexto del sistema acusatorio puro, en el que la equivalencia de significado se producía entre audiencia y

juicio o proceso. Y en el que, como en su momento se anticipó, su lema podría ser: lo que no se ventila en la audiencia no existe en el mundo. Como en la audiencia el control de la información lo realizan las partes en el debate oral y contradictorio, no es concebible un sistema de formalidades como las del expediente.

Como puede verse después de esta reflexión, las formalidades del expediente pueden ciertamente dificultar la alteración de las actuaciones, pero entonces el riesgo consiste en que, como efectivamente ha ocurrido en entornos dominados por la metodología del expediente, se pierda de vista el fondo por la forma. Lo que resulta incluso más evidente cuando las exigencias formales de un expediente se complementan, como en el sistema inquisitivo clásico, con un sistema de prueba tasada.

Finalmente, como la prueba se confunde con el acta en la que se documenta su recepción, resulta que, una vez que se delegan las facultades para documentar actuaciones, la posición del Juez frente a la prueba es la misma para el Juez de primera instancia que para el Juez de apelación o incluso para el Juez de amparo. Todos tienen a la vista, por sí o por conducto de su secretario proyectista, las mismas actuaciones que para ellos son la prueba y todos, por tanto, están en igualdad (por no decir identidad) de condiciones para valorarla. Por tanto, el que el Tribunal de alzada (a quien se devuelve la jurisdicción) sustituya totalmente al Juez de origen en el ámbito de la valoración de la prueba, no representa ningún problema jurídico ni epistemológico. Es más, si la posición del Juez frente a la prueba es la misma en los tres ámbitos, qué mejor que la misma sea valorada en definitiva en sede de amparo directo, por un tribunal integrado no por un juez, sino por tres magistrados bien pagados y de carrera judicial.

Por la misma razón (confusión expediente-proceso y prueba-acta), no resulta perjudicial que abunden los recursos y que los mismos sean de plena jurisdicción en el sentido más amplio posible. Ello, incluso en una concepción, como la del inquisitivo puro, en la que el recurso se concibe, no como un derecho del justiciable, sino como un instrumento para controlar políticamente a los jueces. Porque siendo la posición del tribunal de alzada frente al expediente exactamente la misma que la del tribunal de juicio, no viene mal (de cara a una eventual justicia que indirectamente se alcance) una revisión total de lo actuado hasta el punto de considerar al recurso, como ocurre en la doctrina procesal tradicional, como una etapa más del proceso o procedimiento. Idea que expresa, quizá mejor que cualquier otra, la ordinaria (por abundante) desembocadura del juicio en la resolución de apelación.

## **El Sistema Mixto**

El ideal ilustrado, que se materializó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, era incompatible con un sistema penal que privilegia



la tortura. Por ello, el proyecto revolucionario exigía la abolición de la Inquisición. Francia entonces intentó, en un primer momento, importar el sistema inglés que, como ya se anticipó, había evolucionado como un sistema acusatorio sin solución de continuidad. Así se diseñó un proceso (relativamente) a imagen y semejanza del proceso inglés, con división de funciones, publicidad, concentración, contradicción, continuidad e intermediación, y se depositó la decisión en un jurado. Estaba claro que el acusatorio era el único sistema penal compatible con el recién estrenado discurso que afirmaba la universalidad de los derechos humanos.

Sin embargo, las convulsiones políticas propias del período inmediato posterior a la Revolución Francesa, produjeron una crisis de seguridad que puso en jaque al sistema acusatorio. Surgieron los señalamientos que acusaban a dicho sistema de ser el responsable de la inseguridad. Y con ellos aparecieron los nostálgicos de la Inquisición que exigían mano dura para enfrentar a los criminales. En tanto que quienes se tomaron en serio los derechos humanos seguían defendiendo la necesidad de conservar el sistema acusatorio.

En estas condiciones llegó Napoleón al poder. Como es sabido, el emperador, a pesar de ser monarca, se sentía heredero del ideal de la ilustración. Por ello no estaba dispuesto a renunciar al discurso que defendían quienes seguían abogando por el sistema acusatorio. Pero también sufría las presiones de quienes sentían desesperación por el clima de inseguridad. Por ello Maier juzga con razón que el sistema mixto que nace con el código napoleónico es fruto de un compromiso político. El propio Napoleón encomendó al Consejo de Estado la elaboración del Código de Instrucción Criminal de 1808, que en palabras del propio Maier intenta responder a la pregunta de “¿cómo conciliar una persecución penal eficiente, meta de la Inquisición; con el respeto a la dignidad y libertad humanas?” (2002, p. 352)

Ahora bien, el nombre de Sistema Mixto responde a la mezcla de elementos inquisitivos (acusación penal pública, búsqueda de la verdad histórica, averiguación previa escrita y secreta) con características propias del sistema acusatorio (audiencia de juicio con división de funciones, pública, contradictoria, oral, continua, concentrada, etc.). No obstante, debe tenerse cuidado de no pensar que el Sistema Mixto es un concepto unitario, ya que, como ya se anticipó, en esta etiqueta caben variantes que aumentan si se atiende a un criterio puramente formal. Porque el diseño procesal que todavía conserva en México el Código Federal de Procedimientos Penales, así como el que tenían Chihuahua y Oaxaca antes de 2006, son modelos que formalmente son mixtos, pues tienen una averiguación previa de corte inquisitivo (en la que, sin embargo, en las últimas décadas había intentado garantizarse una defensa efectiva), y una etapa de juicio que pretendía materializar los principios del sistema acusatorio (que se supone que se hacía realidad en la audiencia final). Como también es formalmente mixto el diseño

procesal que, a partir de 2008, se incorporó a la Constitución de la República y los que contienen los códigos de Chihuahua y de los demás estados que han pretendido implantar un sistema acusatorio que, sin embargo, conserva elementos del inquisitivo (fundamentalmente la acusación pública y la verdad histórica como uno de los fines del proceso).

En estas condiciones resulta necesario preguntarse cuál es la diferencia entre unos y otros sistemas mixtos. La respuesta se ubica en la inclusión o exclusión de una norma que, a nuestro juicio, constituye la piedra angular del sistema. O sea la que prohíbe que puedan ser valorados y, por tanto, tomados en cuenta, datos contenidos en medios de prueba cuyo desahogo no haya sido producido en la audiencia pública, en presencia de los jueces y ajustándose al contradictorio. Los países europeos que abandonaron el inquisitivo fueron incorporando procesos mixtos que tendían a respetar esta norma. No fue así el caso de América Latina, en la que sus procesos formalmente mixtos no tenían dicho precepto y en muchos casos ni siquiera tenían Ministerio Público, sino jueces de instrucción. Por ello, incluso en México, que cuenta con una ya centenaria tradición de división de funciones, el inquisitivo reformado continuaba siendo fundamentalmente inquisitivo. Porque se privilegiaban las pruebas recabadas, de manera prácticamente unilateral, por la autoridad investigadora durante la Averiguación Previa. Lo cual fue reforzado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sostuvo que, por el principio de inmediatez procesal, debían prevalecer las informaciones tempranas sobre las tardías. Ello dificultó enormemente la posibilidad de que las pruebas desahogadas en la etapa de instrucción pudieran tener mayor valor que lo actuado durante la averiguación previa. Naturalmente la audiencia final, que es en la que se supone que se materializaba el aspecto acusatorio del proceso, acabó siendo una simulación que ni siquiera suponía la reunión de las partes, pues ordinariamente una oficial o escribiente levantaba un acta (y recababa las firmas correspondientes) en la que se asentaba que se había celebrado la supuesta audiencia, en la que, en presencia del Juez (que por supuesto no estaba) y del Secretario (que tampoco estaba), el Ministerio Público (que también se encontraba ausente) había ratificado sus conclusiones, que la defensa (igualmente ausente) había hecho lo mismo (o incluso que, ante la ausencia del escrito correspondiente, había pedido que se le tuvieran por formuladas conclusiones absolutorias) y que el acusado (que tampoco había sido sacado de su celda en la que, por regla general, padecía prisión preventiva) se adhería a lo manifestado por su defensor.

En consecuencia, el proceso de reforma penal que comenzó, hace ya varias décadas, en la provincia de Córdoba, en la Argentina, y a la que se sumaron Chihuahua y Oaxaca de forma temprana en México, como es natural, incluyó la regla de clausura que, para preservar el principio de inmediación, estableció que sólo las pruebas recabadas en presencia de los jueces podrían ser tomadas en cuenta por éstos para fundar una

sentencia. Sólo así se puede garantizar que el proceso mixto preserve la parte acusatoria que es indispensable para desincentivar la tortura. Sin embargo, a diferencia del acusatorio puro, en el que no existía registro de la investigación y, por lo tanto, era imposible la introducción mediante lectura de declaraciones previas, los actuales sistemas denominados acusatorios contienen, en prácticamente todos los casos, excepciones a la norma fundamental de que se trata. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, que es un país con larga tradición acusatoria, se admite, en algunos supuestos, la introducción de declaraciones previas.<sup>4</sup> Y en Chile, de manera análoga al texto original del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, se establecen hipótesis que admiten la introducción mediante lectura de tales informaciones.<sup>5</sup> Ello es así no solamente porque

---

<sup>4</sup> En efecto, las denominadas *Federal Rules of Evidence*, que rigen en el ámbito de la justicia federal norteamericana, establecen supuestos que resultan aplicables a documentos, en algunos casos con independencia de la disponibilidad del declarante (regla 803) y en otros cuando el declarante no está disponible (regla 804). En todo caso, resulta de gran interés la regla residual que en realidad es un principio (que a su vez constituye la excepción genérica a la regla general que prohíbe la prueba referencial) que recoge la regla 807 cuyo tenor literal es el siguiente: *Rule 807. Residual Exception*

(a) *In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:*

(1) *the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;*

(2) *it is offered as evidence of a material fact;*

(3) *it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and*

(4) *admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice.*

(b) *Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.*

Regla 807. Excepción residual (a la regla que prohíbe la prueba referencial)

(a) En general. Bajo las siguientes circunstancias, el testimonio indirecto (concepto que incluye el registro de una declaración previa) no está excluido por la regla contra la prueba referencial incluso si el mismo no se encuentra previsto expresamente por las reglas 803 u 804:

(1) Existen indicios que garantizan la confiabilidad de la declaración;

(2) Es ofrecida como evidencia de un hecho material;

(3) Tiene mayor valor probatorio que cualquier otro medio de convicción que razonablemente esté al alcance del oferente;

(4) Su admisión contribuye de la mejor manera a los propósitos de estas reglas y a los intereses de la justicia.

(b) Restricción. La declaración será admitida sólo si, antes del juicio o de la audiencia, el oferente da a su contraparte noticia razonable de su pretensión de ofrecerla y de sus características, incluidos el nombre y domicilio del declarante, de manera que pueda tener oportunidad de reunirse con él.

<sup>5</sup> Al efecto establece el código de la materia: Art. 331. Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;

la existencia de registros hace posible lo que no lo era en el sistema acusatorio puro, sino además porque el sistema penal se encuentra frente a un aparente dilema: garantizar la seguridad de los ciudadanos o respetar las garantías del debido proceso, que a su vez son garantes de la libertad. En el primer caso, se acepta el costo de que algunos inocentes resulten condenados. En el segundo, en cambio, se afirma que el precio que se paga es que algunos culpables resulten absueltos.

Cuando un Estado opta por privilegiar la seguridad sobre el debido proceso, se encuentra en la concepción que se ha denominado *modelo del control social del delito*, como alternativa al *modelo del debido proceso*. (Bacigalupo, 2005) La base del argumento, del que da cuenta Bacigalupo, consiste en que, “partiendo del potencial peligro de la criminalidad organizada, la protección de la libertad y la lucha contra la criminalidad son dos caras de la misma medalla; ‘no se trata sólo de la seguridad del ciudadano *frente* al desorbitado poder estatal, sino de la seguridad del ciudadano *a través* del Estado mediante la lucha contra la criminalidad organizada’”. (p. 28s)

En contrapartida, se ha denunciado “la ‘introducción demagógica del control de criminalidad como una finalidad absoluta’. Desde esta perspectiva... ni siquiera es correcto lo que se propone mediante la reducción de la finalidad del proceso penal al control de la criminalidad, ‘pues el poder descontrolado no es especialmente efectivo, sino destructivo, con una tendencia a la autodestrucción’ y porque es extremadamente dudoso que ‘la arbitrariedad sea lo mejor para crear orden’”. (p. 29)

Parecen convincentes los argumentos que, en teoría, afirman la falsedad del dilema aparente de referencia. Porque no hay estrategia de seguridad que sea viable a mediano y largo plazo si no se respeta el debido proceso. Dicho en otras palabras, aunque es verdad que sin seguridad la justicia es una ilusión, también lo es que sin justicia no hay seguridad. Además, la idea de que el modelo del control social del delito disminuye la impunidad es sólo aparente. Pues la reducción de garantías aumenta el riesgo de que inocentes resulten condenados. Y esta situación implica impunidad porque por cada inocente en la cárcel existe un verdadero delincuente (el que en realidad cometió el delito) en la calle. La única diferencia con la impunidad resultante de culpables absueltos, es que se trata de una impunidad que no se traduce en un costo político inmediato porque el caso formalmente está resuelto. Pero constituye una aberración jurídica y moral que al final resulta autodestructiva, ya que la policía y la fiscalía no tienen incentivos para hacer un trabajo de calidad y la ciudadanía, a medida

---

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

que los abusos se multiplican, comienza a desconfiar de las instituciones de procuración y administración de justicia. Desconfianza que, a su vez, entorpece la posibilidad de que la propia policía y la fiscalía obtengan información de los ciudadanos. De manera que se torna prácticamente imposible que puedan hacer un buen trabajo. Porque no hay policía, por muy apta en lo técnico y muy honrada que sea, que pueda dar resultados sin una red de informantes que supone una relación de confianza que se pierde cuando surge la arbitrariedad. Por eso, un sistema flexible con las exigencias del debido proceso, al final, no produce justicia, debilita las instituciones y genera impunidad e inseguridad en el largo plazo, aunque en el corto aparentemente funcione porque formalmente da resultados.

Sin embargo, el proceso de construcción de instituciones constituye un camino largo y tortuoso. Y no se puede pedir de una policía en construcción lo mismo que razonablemente se exige de instituciones con una experiencia consolidada. Porque sigue siendo verdad que de nada le sirve al Estado respetar los derechos fundamentales si ese mismo Estado es incapaz de defender a sus ciudadanos de los ataques de sus conciudadanos.

En estas condiciones, parece sensato afirmar que, aunque en teoría el dilema es falso, la construcción de las instituciones debe realizarse en un entorno de equilibrio entre las exigencias del debido proceso y el deber del Estado de investigar los delitos y castigar a los delincuentes. Equilibrio que, en relación con el tema que constituye el objeto de examen de este trabajo, se manifiesta en la forma en la que, en un sistema mixto, se conserva la regla general que, para preservar la inmediación, prohíbe la introducción mediante lectura de declaraciones previas y las excepciones a esa regla. Y que se refleja con mucha claridad en el texto de la regla residual para la admisión de prueba referencial en los tribunales federales norteamericanos (Regla 807), que ya ha sido transcrita a pie de página, particularmente cuando en el apartado a4 establece que la prueba indirecta será admisible si “contribuye de la mejor manera a los propósitos de estas reglas y a los intereses de la justicia”.

Ahora bien, una reflexión sobre las tendencias que, en función de la presencia o ausencia de la regla de que se trata, puede seguir un modelo mixto (hacia lo inquisitivo cuando no existe garantía de la inmediación y, consecuentemente, de la contradicción; o hacia lo acusatorio en caso contrario) pasa por advertir que, aunque la motivación histórica del precepto en cuestión estaba directamente vinculado con la exigencia del discurso de los derechos humanos de que se desincentivara la tortura, existe otra razón que lo justifica y que guarda relación con el derecho de defensa y con la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso. En efecto, el sistema acusatorio post inquisitivo nace en el contexto de una cosmovisión filosófica diferente del pensamiento teocéntrico medieval que consolidó el sistema inquisitivo. Ya entonces, al analizar este sistema, se apuntó que respondía a una concepción ontológica de la verdad, que postulaba que ésta

era una sola, que estaba dada y que el juez era el indicado para descubrirla (literalmente desvelarla). En cambio, la reforma producto de la Ilustración se corresponde con la consolidación de la modernidad que sustituyó a la antigüedad filosófica. Aunque un examen profundo de las implicaciones epistemológicas de tal cambio de cosmovisión excede los límites de este trabajo, cabe apuntar que la concepción de la verdad del sistema acusatorio contemporáneo es una concepción que podríamos calificar de dialéctica y que, como recuerdan Duce y Baytelman (2008, pp. 78ss), es producto de una actividad contradictoria profundamente estratégica. Ello significa que la verdad procesal, aunque debe corresponderse con la verdad histórica (porque éste continúa siendo uno de los fines del proceso), no es concebida de manera absoluta porque el acceso al hecho, ocurrido en el pasado, encuentra obstáculos que tienen que ver con la disponibilidad de la prueba y, en un nivel más profundo, con las limitaciones propias de la capacidad de conocimiento humano.

En efecto, reconstruir un hecho a partir de medios de convicción implica admitir como cierto un conocimiento que, cuando mucho, es probable. En este sentido, no deja de ser convincente la idea, sostenida, entre otros, por Marina Gascón, de que es artificial la distinción entre prueba directa y prueba indirecta, ya que incluso el relato de un testigo presencial es indirecto en cuanto está mediatizado por la memoria, la capacidad de percepción y los prejuicios del propio declarante. No hay que olvidar que presenciar un hecho no es garantía de saber qué fue lo que ocurrió. Por ello, el sistema adversarial que pretende prescindir de la confesión, es también un sistema que busca poner el mayor énfasis probatorio en la llamada prueba científica, que no es otra cosa que la evidencia material procesada por exámenes practicados por expertos conforme a la metodología adecuada para cada ámbito del saber humano. A partir de ahí, se obtienen datos que, entrelazados en un proceso inductivo que se apoya en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, se obtiene una conclusión que debe superar el estándar recogido por la expresión “más allá de toda duda razonable”. Lo que, para decirlo en lenguaje llano, sólo significa que la conclusión que se admite como verdadera no es la única posible, pero sí es aquella que aparece como la más probable y con suficiente garantía probatoria para satisfacer la conciencia de un observador imparcial y razonable. A nuestro parecer, este proceso es lo que conforma el sistema de la sana crítica, que ha sido estudiado, entre otros autores que han examinado la cuestión a partir del proceso de reforma procesal penal, por Rodrigo Cerda (2009).

Si esto es así, entonces el juicio penal, en el aspecto probatorio, ya no consiste en el descubrimiento o desvelamiento por el tribunal (que frecuentemente actúa de oficio) de una sola y única verdad dada, sino en la competencia de dos versiones de un solo hecho (la de la fiscalía y la de la defensa) por alcanzar, ante los ojos de un tribunal imparcial (y que sólo excepcionalmente actúa de oficio), el aludido estándar de convicción. Todo ello,

en un proceso dialéctico en un doble sentido. En primer lugar, porque se trata, como ya se dijo, de dos versiones de un evento que compiten entre sí para obtener la mayor credibilidad del tribunal. Y en segundo lugar, porque la credibilidad del relato depende de la calidad de la información que se obtiene de los órganos de prueba. Lo cual supone, a su vez y de manera muy sintética, dos tareas: acreditar al declarante o al objeto que se pretende introducir como evidencia material y obtener del órgano de prueba o del objeto introducido información que, en el contexto de una teoría del caso, se ajuste a la lógica, a la experiencia y a los conocimientos científicos.

Ahora bien, en este proceso el contradictorio es imprescindible (y éste es el segundo sentido en el que se afirma que el proceso es dialéctico) para que la ejecución de tales labores (acreditación y obtención del relato) produzca la información de calidad que se requiere para que un tribunal pueda aceptar como verdadera una conclusión fáctica. Porque el proceso asume, con un realismo que choca con la exigencia de imparcialidad, casi angelical, que las normas de sistemas de prueba tasada exigían como requisito, entre otros, para dar valor a un testimonio, que no existe declarante (testigo o perito) que sea imparcial. Pues incluso el testigo circunstancial que parece no estar vinculado con ninguna de las partes, en la medida en que su relato naturalmente tenderá a beneficiar a alguna de ellas, deja de ser, en sentido estricto, imparcial. Porque en tal supuesto se generará una empatía entre el órgano de prueba y la parte a la que su relato apoya o al menos apoya en mayor medida que al de la contraparte. Esta circunstancia, por otra parte, es la que subyace al precepto que prohíbe las preguntas sugestivas en el examen directo y las permite en el contra-examen, dado que se parte del supuesto de que el declarante tiene algún grado de compromiso con la teoría del caso del oferente de la prueba.

En estas condiciones, el contrainterrogatorio se constituye como el garante de la calidad de la información, tanto por lo que hace a las credenciales del declarante (¿es sincero? ¿pudo percatarse de manera directa de lo que dice que vio? ¿tiene prejuicios serios que comprometen su imparcialidad más allá de la que es razonable esperar de una persona en sus circunstancias? Si es perito, ¿tiene la experticia necesaria para pronunciarse sobre la materia de su examen? ¿se ajustó al método aceptado por la ciencia que practica?), como también para garantizar que el contenido de su relato sea el adecuado (que no contenga exageraciones sin fundamento y que no oculte información relevante). Y no es difícil ver con claridad que el contra-examen es una tarea que sólo puede llevarse a cabo, de manera idónea, en una audiencia oral. Por ello, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido, de manera desafortunadamente aislada hasta ahora, en el caso *Karttunen contra Finlandia* (1993, párr. 7.3), que un proceso escrito y no oral violenta el debido proceso porque imposibilita una cabal evaluación de las pruebas y los argumentos de la defensa.

Siendo esto así, la posibilidad de que un sistema procesal penal admita la introducción mediante lectura de registros de declaraciones previas debe ser verdaderamente excepcional y se justifica sólo, como ya se anticipó, por el deber del Estado de tener un sistema penal eficiente y eficaz, en situaciones en las que, por las circunstancias particulares del caso, tal desiderátum no puede ser realizado por medios ordinarios. Porque la introducción mediante lectura compromete siempre, en alguna medida, el contradictorio (ya que no se puede conainterrogar a un documento) y, por tanto, la calidad de la información que es vital para que la sentencia del tribunal se encuentre, en cuanto sea humanamente posible, apegada a la verdad histórica del hecho juzgado. Lo cual implica, como un efecto adicional, que la valoración de tales declaraciones que se introducen mediante lectura supone una carga argumentativa mucho mayor para el juzgador que decide acogerlas.

En otro sentido, no independiente de lo expuesto en párrafos precedentes, la justificación de la centralidad del juicio que debe cuidarse en un sistema mixto de corte acusatorio y adversarial (en el que, a diferencia del acusatorio puro, siempre existe el riesgo de vaciar la audiencia), tiene que ver con la importancia de la inmediación y la problemática de los recursos.

A nuestro juicio, la inmediación tiene sentido como único instrumento que, por regla general, legitima a un juez para valorar la prueba, no sólo por el hecho de que el propio resolutor está en condiciones de ver la imagen del declarante y apreciar su lenguaje corporal de manera unidireccional, sino además, por el hecho de que entre Juez y declarante existe un espacio propicio para la interacción entre órgano de prueba y titular de la jurisdicción (que entre otras cosas permite, así sea de manera excepcional, que el Juez plantee preguntas aclaratorias). Esto supone que se logre una situación en la que quien escucha al testigo o perito, en alguna medida llega a conocerlo.

Estas reflexiones pueden ilustrarse con un ejemplo. Si la inmediación tiene sentido, no es lo mismo ver a una actriz famosa en una película que se proyecta en el cine, que ir a cenar con ella. Quien la ve en el cine percibe su imagen, pero difícilmente puede decirse que la conoce, aunque sea en mínimo grado. En cambio, quien cena con ella alcanza algún grado de conocimiento, precisamente por la interacción que se logra producir, que es impensable en el espectador de cine.

Por ello, es imprescindible que el necesario control de los hechos que, vía recurso, debe darse si se toma en serio la exigencia del Pacto de San José, a través de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó en el caso Herrera Ullúa contra Costa Rica, se realice de forma indirecta para preservar el principio de inmediación y para evitar así que el recurso acabe vaciando la audiencia (porque propicia una decisión de fondo en un ámbito separado de la audiencia de juicio).



Por su importancia, es pertinente examinar esta cuestión con un poco de detenimiento. El Pacto de San José, en su artículo 8.2.h, establece que todo acusado en un proceso penal tiene derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el aludido fallo, sostuvo que, con independencia de cómo se llame el recurso, el mismo, si ha de cumplir con el tratado de referencia, debe permitir el examen integral de la cuestión decidida.

Por tanto, para que el recurso cumpla con esta exigencia sin violentar el principio de inmediación, es necesario que el control de los hechos, en principio, se produzca en el ámbito de la justificación de la valoración de la prueba. Para ilustrar esta expresión, es útil acudir a la distinción, habitual en los teóricos de la argumentación jurídica, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El primero ocurre cuando el Juez, por ejemplo, al estar escuchando el testimonio de María, de pronto adquiere la convicción de que está diciendo la verdad, es decir, decide creerle. Luego, en el contexto de justificación, deberá construir los argumentos para justificar por qué le cree a María. Ello, conforme a las exigencias de la sana crítica. Así, cuando el recurso se interpone y se invoca una causal relacionada con el control de los hechos, el Tribunal de alzada verificará si las razones que dio el Tribunal de Juicio Oral para creerle a María, son buenas razones en términos de lo que exigen las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Si encuentra que las razones dadas por el tribunal de origen no son ilógicas, contra-experienciales o acientíficas, entonces concluye que la prueba no tiene defectos de justificación y niega el recurso. Pero si halla que existió ese vicio en la justificación, y se trata una prueba sin la cual no es posible sostener el sentido del fallo, en ese momento el Tribunal de alzada debe abstenerse de sustituir al de juicio realizando una nueva valoración directa del testimonio de María, por la sencilla razón de que se trata de un tribunal que no escuchó a María. Entonces el efecto del recurso necesariamente será ordenar la realización de un nuevo juicio ante un tribunal distinto que, una vez que escuche la prueba, proceda a valorarla y a resolver lo que corresponda. En este nuevo juicio es en el que se agota la exigencia del Pacto de San José, porque en él se materializa el nuevo examen de los hechos, mediante un procedimiento que, al mismo tiempo, salva el principio de inmediación.

Lo mismo cabe apuntar, por supuesto, para el amparo directo que no deja de ser una casación encubierta bajo la máscara de un juicio autónomo de control constitucional. De hecho, cuando el amparo directo admitió el examen de la legalidad de una sentencia a través de las garantías de seguridad jurídica, se hizo sobre la base de que el control de los hechos sería indirecto como ocurre precisamente en el recurso de casación. Luego el amparo acabó metiéndose “hasta la cocina” de la valoración de la prueba mediante una “hipertrofia” de las implicaciones de la exigencia de motivación. Y ello, por las razones que se adelantaron cuando se examinó el sistema inquisitivo, no resulta perjudicial

cuando el proceso es un expediente. Porque en este caso la posición del juez de primera instancia frente a la prueba (frente a las actas), es la misma que la del magistrado de segunda instancia y que la de los magistrados del tribunal de amparo. Por ello no pasa nada si se hacen valoraciones sucesivas. En realidad, todos los jueces, para continuar con la analogía del ejemplo antes mencionado, lo único que tuvieron a la vista fue una constancia en la que se transcribió un diálogo supuestamente realizado por una actriz famosa. Pero ello no ocurre en el sistema mixto cuando se trata de un sistema que pretende conservar su énfasis acusatorio y adversarial. Porque para que esto ocurra, debe cuidarse la centralidad de la audiencia de juicio y ello supone que sólo el tribunal que cenó con la actriz, puede emitir un juicio de valor sobre ella. Porque los otros, el de alzada y el de amparo, sólo la vieron en el cine (si el registro audiovisual es bueno) o, en el peor de los casos, en una imagen mala de un canal de televisión.

### **LOS GRANDES RASGOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL MEXICANO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008**

A estas alturas de la exposición seguramente quedó ya claro que el sistema mexicano que incorporó dicha reforma constitucional (y que tuvo como antecedentes los códigos de Oaxaca y de Chihuahua, inspirados, a su vez, en el código Chileno), es un sistema mixto de corte acusatorio y adversarial, en el que, sin embargo, se conservan del sistema inquisitivo: el principio de acusación pública, el esclarecimiento de los hechos como uno de los fines del proceso y la posibilidad de recurrir ante tribunales superiores.

El proceso comienza con una etapa de investigación (con dos sub-etapas, una desformalizada y otra formalizada), en la que el Ministerio Público realiza los actos necesarios para esclarecer un hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado en su comisión. Debe enfatizarse que, para cuidar la centralidad de la audiencia de juicio, la investigación se concibió como una etapa flexible y desformalizada. La confección de la carpeta de investigación no conlleva (salvo excepciones) la obligación de cumplir con exigencias formales y, cuando éstas aparecen, deben interpretarse más como condiciones de confiabilidad de la información de cara a una valoración probatoria futura (como la rueda de testigos), que como condiciones de validez formal. Estamos muy lejos del expediente en el que las formalidades cumplen esta función para preservar la prueba que, una vez incorporada al expediente de forma unilateral, pasa por muchas manos que lo manejan en ausencia de testigos. En el sistema de corte acusatorio, el control de la información se produce *ex post*, en la audiencia en la que el debate de las partes es la que garantiza que la información es confiable.

Luego aparece una audiencia intermedia, en la que se depuran los hechos materia de la acusación, se discute sobre presupuestos procesales, se admite la prueba y, en su caso, se pactan acuerdos probatorios.

Finalmente, ante un Tribunal distinto, se produce la audiencia de juicio, en la que, luego del alegato de apertura de las partes, se recibe la prueba de la fiscalía y de la defensa, se escucha el alegato de clausura de las partes y, después de una deliberación si el tribunal es colegiado, se resuelve de forma inmediata. Es una audiencia en la que rigen, en su máxima expresión, los principios de oralidad, continuidad, concentración, contradicción e inmediación. Y es ella la que, cuando se respeta su integralidad, garantiza el corte acusatorio y adversarial del sistema.

Por último, cabe apuntar que el recurso contra sentencia dictada en juicio oral, sólo permite un control indirecto de los hechos para preservar la vigencia de los principios rectores, sin dejar de ajustarse a lo que exige el Pacto de San José.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. (2005). *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- CERDA, Rodrigo. (2009). *Valoración de la prueba. Sana crítica*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- CERDA, Rodrigo. (2010). *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. (1993). Caso Karttunen c. Finlandia.
- DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés. (2003). *Litigación oral, juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FINNIS, John. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- GASCÓN, Marina, *La prueba judicial: valoración racional y motivación*, [http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf) (consultada el 17 de enero de 2012).
- MAIER, Julio. (2002). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.