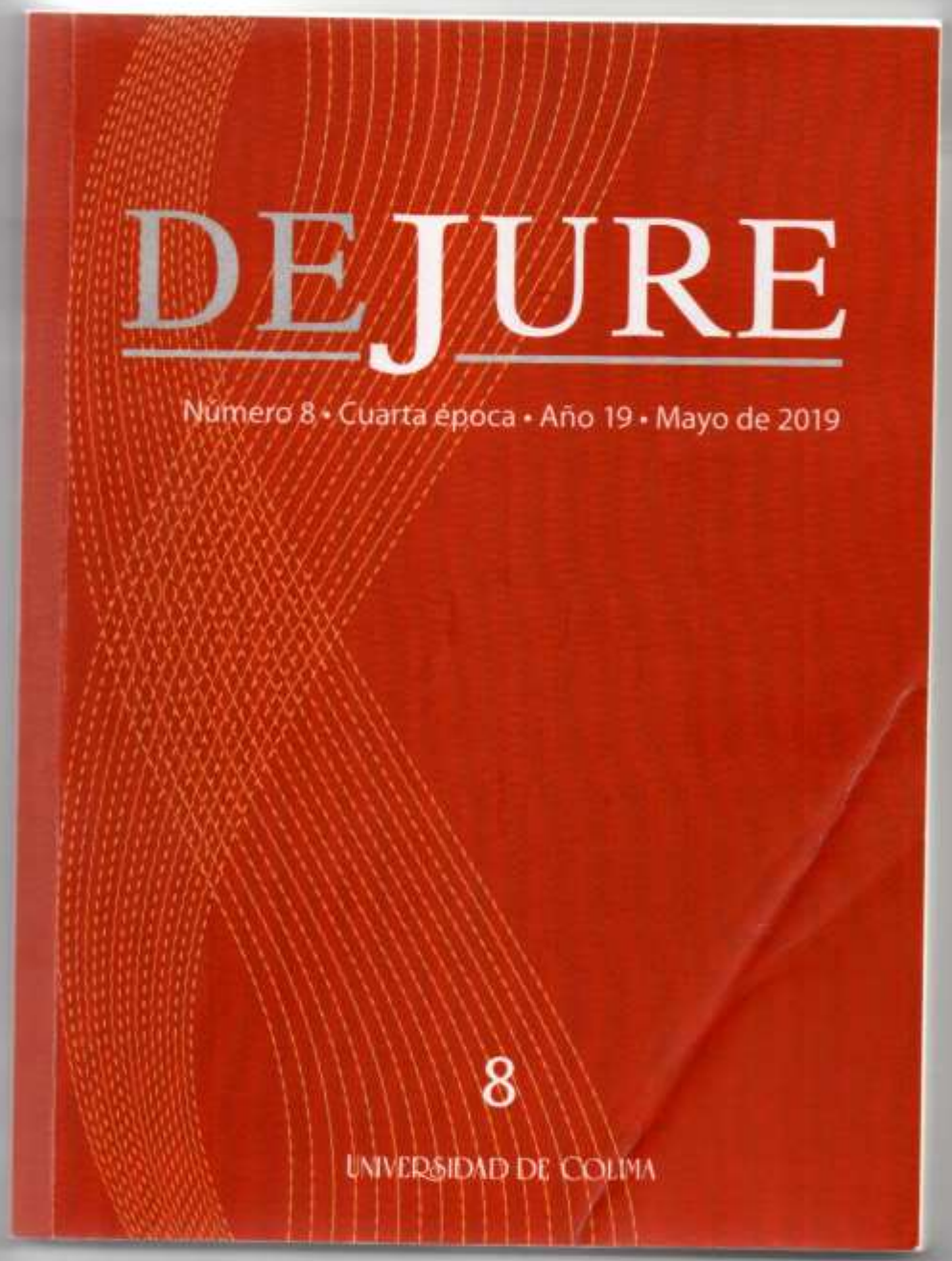

DEJURE
Número 8 • Cuarta época • Año 19 • Mayo de 2019
8
UNIVERSIDAD DE COLIMA

DE JURE

Número 8 • Cuarta época • Año 19 • Mayo de 2019

Revista semestral de investigación y análisis editada por la Universidad de Colima, de carácter científico, y orientada a la investigación jurídica, con un enfoque interdisciplinar hacia las demás ciencias sociales.

UNIVERSIDAD DE COLIMA

Mtro. José Eduardo Hernández Nava
Rector

Dr. Christian Jorge Torres Ortiz Zermeño
Secretario General

Mtra. Vianey Amezcua Barajas
Coordinadora General de Comunicación Social

Mtra. Gloria Guillermina Arriza Torres
Directora General de Publicaciones

Dr. Carlos Garibay Paniagua
Director del Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas

DIRECTOR CIENTÍFICO
Dr. Julio César Kala

COORDINACIÓN EDITORIAL
Mtro. Zeus Adrián Munguía Ramos

ÍNDICES A LOS QUE PERTENECE
Sistema Regional de Información en Línea para revistas científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal, http://www.latindex.unam.mx/ • vLex México. Información Jurídica, http://vlex.com.mx/ • CLASE UNAM, http://clase.unam.mx

Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas
Kilómetro 3.5, carretera Colima-Guadalajara, Colima, México
Teléfono 01 (312) 316 10 29, conmutador 01 (312) 316 10 00, ext. 31101
Correo electrónico: dejure@ucol.mx
http://portal.ucol.mx/iuij/ • http://dejure.ucol.mx

ISSN 1870-2457-DE JURE
No. de certificado de licitud de títulos y de contenido en trámite.
No. de reserva al título de derechos de autor 04-2015-061513933300-102.
De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados, responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de alguna manera que esta revista del Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho esté de acuerdo con su contenido.

CONSEJO ACADÉMICO

Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel
Universidad Autónoma de Aguascalientes

Dra. Encarna Bodelón González
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Rafael Rebollo Vargas
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. José Carlos Remotti Carbonell
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez
Universidad Autónoma de Nuevo León

Dra. Nayibe Chacón Gómez
Universidad Central de Venezuela

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara

Dr. Leonel Pérez Nieto Castro
Universidad Nacional Autónoma de México

COMITÉ DICTAMINADOR

Dra. Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex
Universidad Autónoma de Baja California

Dra. Myrna Elia García Barrera
Universidad Autónoma de Nuevo León

Dr. Guillermo González Rivera
Universidad Autónoma de México

Dra. Raquel Gutiérrez Nájera
Universidad de Guadalajara

Dr. José Israel Herrera
Universidad Autónoma de Campeche

Dra. María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen
Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Rafael Luviano González
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dr. José Ángel Méndez Rivera
Universidad de Colima

Dr. Marcos Pablo Moloeznik Gruer
Universidad de Guadalajara

Dr. Enoc Francisco Morán Torres
Universidad de Colima

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dra. Jessica Cristina Romero Michel
Universidad de Colima

Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga
Universidad de Guanajuato

Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz
Universidad Autónoma del Estado de México

DE JURE

Revista de investigación y análisis
Número 8 • Cuarta época • Año 19 • Mayo de 2019

Contenido

3 Presentación

5 La penta-dimensión del derecho ambiental.
Una nueva perspectiva de la clasificación clásica del derecho
Benjamín Revuelta Vaquero

29 Los derechos humanos en relación con los exámenes de control de confianza para la permanencia de los policías en Guanajuato
María Inés Reynoso Orneñas

57 De las penas y de las pasiones en la criminología
Ricardo Rodríguez Luna

73 Derechos humanos de la población LGBTI: invisibilidad y discriminación en México
Xochithl Guadalupe Rangel Romero

101 El derecho penal del enemigo o las contradicciones de la posmodernidad
Everardo Rodríguez Durón

119 El hecho como objeto de prueba en el proceso penal
Rafael Santacruz Lima

141 Colaboran en esta edición

El hecho como objeto de prueba en el proceso penal

Rafael Santacruz Lima

Resumen

En el presente artículo se realiza un estudio de la forma de comprobar el hecho delictuoso en el proceso penal, bajo el entendido que se deben seguir una serie de requisitos y formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico, que tiene como pilar fundamental el respeto de los derechos humanos de las partes en el proceso penal.

Palabras clave

Hecho, reconstrucción, verdad, prueba, derechos humanos.

Abstract

In the present article a study of the way of verifying the criminal act in the criminal process is carried out, under the understanding that a series of requirements and formalities established in the legal system must be followed, which has as a fundamental pillar the respect of the rights of the parties to the criminal proceedings.

Keywords

Fact, reconstruction, truth, proof, human rights.

Artículo recibido el 20 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 12 de marzo de 2019.

Introducción

La reconstrucción del hecho delictuoso en el proceso penal, tiene como base fundamental establecer hechos pasados para averiguar cómo sucedieron, y en determinar el caso *sub judice;* y también, en encontrar cuál es la ley que rige el caso. Es por ello, que la reconstrucción del hecho, debe realizarse en un contexto de valores fundamentales que se han introducido en los ordenamientos jurídicos, elementos axiológicos que se han plasmado a través de los derechos humanos, los cuales se deben respetar de manera igualitaria.

El dieciocho de junio de 2008, en México se implementó un sistema acusatorio-adversarial en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, lo que originó que el cinco de marzo de dos mil catorce, se publicara en el Diario Oficial de la Federación, el Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que estableció en el artículo 259 que: "Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito".

De tal manera que, la reforma constitucional desarrolló una serie de principios que deben seguirse durante la aplicación y desarrollo del sistema acusatorio, y por supuesto, cuando se tenga que reconstruir el hecho delictuoso; sin embargo, surge la posibilidad de establecer de manera excepcional, principios que deben regir la investigación de hechos presuntamente estimados como delitos, en materia de delincuencia organizada, lo que genera una cierta contradicción con los principios del sistema acusatorio.

Por lo tanto, siguiente hipótesis, en México se desarrollan dos formas diferentes de reconstruir el hecho delictuoso, por un lado, cuando se presente dentro del sistema acusatorio; por otro lado, cuando se inicie por delincuencia organizada. En tal sentido, al materializarse estas dos formas, el proceso penal se legitima en la medida en que sea capaz de lograr una correcta reconstrucción del hecho delictivo.

En ese tenor de ideas, la reconstrucción del hecho delictuoso al momento de probarse, se debe alcanzar bajo una serie de pasos que aseguren la mayor racionalidad y solidez de las distintas etapas del proceso. No se trata, en esa virtud de alcanzarla a toda costa, si así fuera, la prioridad sería la razón del Estado sobre la razón jurídica.

Con lo anterior, se puede asegurar que, para lograr la reconstrucción del hecho, se tiene que realizar la actividad respetando los derechos de los sujetos en el proceso penal, bajo una correcto desarrollo de las pruebas; lo anterior, porque el proceso penal en un Estado democrático, tiene por finalidad el respeto los derechos y libertades de los ciudadanos, otorgando un máximo de seguridad jurídica y un mínimo de violencia. Sin estos derechos y garantías, todo Estado se pone en tela de juicio, y sus actuaciones pueden caer en el autoritarismo. (García, 1997, p. 260).

Reconstrucción del hecho

La noción de prueba, se fundamenta sobre la idea de que sirve, o debería servir, para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que es probado en el proceso (Taruffo, 2008, p. 89).

Por lo tanto, del delito y su realización material lo mejor que se tiene es una serie de versiones acerca de lo que *"sucedió"*. El acusado tiene una versión, la víctima tiene la suya, el perito hace lo propio y lo mismo cada uno de los testigos. En ciertos hechos se trata de versiones completas, en ocasiones se trata de versiones parciales; en ocasiones dichas versiones se construyen sobre la base de la información (Baytelman y Duce, 2009, p. 80).

Así las cosas, el hecho delictivo es, una serie de circunstancias que se adecúan a la norma penal abstracta —delito— que se obtiene a través del proceso cognoscitivo que demuestre la necesaria vinculación material de comprobación, analizados en el proceso penal. Cuando los jueces dictan una sentencia, desarrollan una versión acerca de lo que "verdaderamente sucedió" se acepta esa versión como la versión jurisdiccional, en ciertos casos, adoptando la versión de una de las partes, o en su momento, tomando versiones de cada una de las partes (Baytelman y Duce, 2009, p. 80).

De tal forma, los hechos mediante actividad jurisdiccional, suelen reflejar un estudio y análisis de los mismos como resultados naturales, previa y definitivamente constituidos desde el momento de la producción, que sólo se trataría de encuadrar en su desarrollo (Andrés, p.49). Siendo así, se interpreta que no se puede hablar del *hecho* dividiéndolo del *derecho* u olvidando sus implicaciones en el escenario penal. Con lo anterior, se tiene que dejar en claro que en el presente artículo, no se pretende estudiar la problemática, en muchos aspectos agotada, de las *relaciones entre el hecho y el derecho* (Taruffo, 2008, p. 46).

Luego entonces, un elemento importante: en el proceso penal, son los hechos que hay que probar para reconstruir lo que sucedió, los cuales son identificados sobre la descripción que realiza la norma jurídica, representados por la norma secundaria que se tiene como objetivo garantizar los derechos en el enjuiciamiento penal. Para usar una fórmula sintética: *"es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho"*.

En ese sentido, no debe confundirse entre el *hecho y el derecho*, ni mucho menos a quitarle sentido al hecho para descalificarlo y anularlo en la estructura jurídica de la controversia. Por lo tanto, resulta poco importante realizar la diferencia entre el hecho y derecho, pero si hay que tomar en consideración las distintas modalidades con las que se presenta el hecho, que busca ser el objeto de la prueba, por medio de las normas aplicables al caso concreto (Santacruz, 2015, p. 54).

De tal modo, que reconstruir implica por un lado, comprobar la realidad de un hecho, que éste efectivamente tuvo lugar en la realidad y no en un supuesto imaginario de quien lo narra, esto es, que la forma en que ocurrieron los hechos coincida y se equipare a la presentada en el relato, y por otro lado que esa narración, la cual contiene un versión real que coincida y que pueda ser encuadrada en la que está descrita en la norma jurídica que se invoca (Natarén, 2011, p. 117).

Por lo tanto, como sostiene Taruffo, la decisión como sentencia jurisdiccional, en función de la cual se define el hecho como objeto de la prueba, establece dos directrices de definiciones del hecho, distintas pero vinculantes precisamente hacia la individualización de lo que constituye el objeto de la prueba (Taruffo, 2008, p. 89). En ese entendido, y siguiendo las ideas de Taruffo, la primera perspectiva está referida directamente al contexto de la sentencia, en el sentido de que se obtienen de él las coordenadas que definen *teóricamente* el objeto de la prueba. La segunda perspectiva está referida a las modalidades mediante las que el objeto de la prueba es individualizado y fijado al concreto supuesto de hecho controvertido.

De tal manera que, el contexto de referencia es también la decisión específica que debe ser tomada por el juez, pero es sobre todo el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de pruebas. Por lo tanto, ambas perspectivas, en cierta forma son distintas, sin embargo, tienen una finalidad que es producir o recaer en la decisión. En ese entendido, podemos considerar que la primera perspectiva, que hace alusión a la decisión, realiza un estudio y análisis del hecho desde un punto de vista teórico de la prueba; mientras que la segunda, que se enfoca al enjuiciamiento como tal, está referida en esencia al objeto de la prueba (Santacruz, 2015, p. 35).

En ese tenor de ideas, la prueba debe servir y establecer coherencia con el relato, es decir, con la descripción y comprobación de lo que realmente ocurrió. De esta aseveración se puede decir que, establecer que la prueba es un elemento del enjuiciamiento, que habla por sí solo, es una idea de corte inquisitivo, ya que en dicho sistema, la prueba necesitaba ser ofrecida para que lograra un convencimiento, es decir, que "hablaba por sí sola".

La carencia de prueba y la negligencia o impericia en obtenerla, impiden la facultad de perseguir e impiden la función de juzgar. Se habría enrarecido, merced a la impunidad —procurada o no—, una de las misiones nucleares del Estado. Los sujetos que intervienen en el enjuiciamiento, tiene la responsabilidad de probar sus versiones, lo mismo cuando atribuyen que cuando rechazan, así el fiscal y el inculpado, y en su propia suposición el ofendido que reclama el resarcimiento (Ribeiro, 2006, p. 39).

La búsqueda de la verdad ha sido, por lo regular, una pre-condición fundamental del proceso judicial. El objeto de controversia en el proceso judicial, es la propuesta de versión que cada una de las partes en el enjuiciamiento propone (Ribeiro, 2006, p. 39). La verdad ha tenido

en diferentes momentos, formas de presentarse en el ámbito jurisdiccional, cada una de las narraciones que llega a conocer el juez, también están condicionadas al tiempo y a su cultura. Esto quiere decir que las formas de presentarse los hechos no ha sido un constructo cambiante, así como la idea de verdad.

Por lo tanto, cuando se plantea una controversia ante el órgano jurisdiccional, se busca que el juez realice dos tareas diferentes, es decir, buscar valorar y deducir hechos pasados, y a partir de los elementos ofrecidos, conocer cómo sucedieron, y por ende determinar el caso *sub judice*. La segunda actividad, consiste en encontrar cuál es la ley que rige el caso, cuáles son las disposiciones legales que desatan el nudo gordiano de la cuestión, dando razón al nudo, quitándosela al otro.[1]

De tal manera que, el debate en torno al rol del juzgador, no hay duda sobre la obligación que tiene de realizar una actividad cognitiva que en ocasiones no podrían aportar los actores en el enjuiciamiento. Por lo tanto, surge una pregunta: ¿Puede el juez, bajo el régimen acusatorio investigar los hechos por su cuenta con la intención de conocer la verdad, que de otra suerte —y así lo percibe el tribunal— quedaría en penumbra? ¿Podría, en tal virtud, recuperar la función de inquirir, a riesgo de nublar la misión de juzgar? [2]

Por lo tanto, en el sistema acusatorio, el juez tiene con fuente la prueba que las partes le suministran, aunque se deduzca —porque el tribunal no es ciego— que la reconstrucción consista en un error, lo que originaría, como consecuencia, una injusticia. Es por ello que, en un modelo inquisitivo, se interpreta que el juez, desaparece la sombra

[1] Las distintas concepciones que existen acerca del problema de la determinación de la verdad en el proceso no puede dejar de incidir en la forma de entender la prueba. Por una parte, en efecto, algunas de ellas implican que se ponga en discusión la relación de medio a fin que usualmente se identifica en la conexión entre prueba y verdad judicial; por otra parte, incluso cuando no se rechaza esa relación, las redefiniciones del fin, es decir, de la verdad judicial, tienen inevitables efectos sobre la forma de entender el medio, esto es, la prueba.

[2] Ferrajoli establece: "En un Estado de derecho la actividad jurisdiccional, es una actividad cognoscitiva además de práctica y prescriptiva, requiere, como justificación de las decisiones en las que se expresa, una motivación de la aceptación de sus presupuestos como verdaderos, aunque sea en el sentido relativo y aproximativo".

que le impide caminar en búsqueda de la verdad y hacer, en última instancia, justicia.

En ese tenor de ideas, y como sostiene Ferrajoli, a diferencia con otros poderes públicos, el poder judicial no permite una legitimación de tipo representativo, sino sólo de tipo racional y legal, es decir, no puede castigarse a un ciudadano sólo porque responda a la voluntad o al interés de la plenamente alcanzable, sino sólo aproximable a causa de los límites intrínsecos de los criterios de comprobación de la verdad procesal de los hechos sucedidos, y del razonamiento que hagan los tribunales en el ámbito jurisdiccional (Ferrajoli, 2004, p. 237).

La verdad en el proceso penal

La verdad es un ejercicio cognitivo, es decir, que es la construcción de un consenso racional, desde Rorty, se puede decir que la verdad es siempre una construcción lingüística, porque hay verdades toda vez que es una propiedad de los enunciados, porque la existencia de los enunciados depende de los léxicos, y porque los léxicos son realizados por los seres humanos como comunicadores y receptores (Rorty, 1996, p. 41).

Por lo tanto la verdad tiene diferentes modalidades de presentarse. En ese tenor de ideas, la existencia de tipos normativos permite que existan enjuiciamientos penales, en donde la realidad hace único e irrepetible al hecho. Cada una de las formas de presentarse la verdad en el proceso judicial está condicionada por la cultura de su época. Por lo tanto, esto significa que un constructo se puede establecer atendiendo las necesidades de la realidad y su importancia para ello.

De tal modo entonces, que la verdad como comprensión es, a un tiempo, un ejercicio hermenéutico y un discurso argumentativo entre la costumbre y el intérprete, es decir, para este caso, una interpretación entre la tradición del *corpus* jurídico y el movimiento del intérprete de la tríada procesal. En este diálogo creador, argumentativo de la verdad, se ponen en movimiento la tradición legislativa del cuerpo normativo y el bagaje teórico del intérprete (Ribeiro, 2006, p. 39).

Por lo tanto, la verdad que describen sucesos de la realidad, casos fáctico, no puede evitarse, ni siquiera en los casos de supuestos científicos ya establecidos. En ese entendido si los procesos de razonamiento

llegan a sufrir de alguna limitación, no es excusa para exentar a la prueba jurídica, y más en especial, a la decisión del juez sobre los hechos reconstruida por las pruebas, y por supuesto, de la aplicación de reglas de la racionalidad general (Santacruz, 2015, p. 142).

En ese tenor de ideas, como establece Ferrajoli, el juicio penal como saber-poder, encuentra la oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. El proceso penal completamente *"con verdad"* constituye una utopía, una justicia penal completamente *"sin verdad"* equivale a un sistema de arbitrariedad o inquisitivo (Ferrajoli, 2004, p. 45).

Por lo anterior, Ferrajoli establece que el juicio penal es una actividad racional, es decir, una combinación de conocimiento y decisión. La decisión, más en general, de cualquier discurso jurídico justificativo, es una verdad no definitiva sino contingente, no completa sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a los hechos de que se dirimen: de modo que, siempre, cuando se afirma la *verdad* de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos (Ferrajoli, 2004, p. 45).

En la reconstrucción del hecho por medio de las pruebas en el proceso penal, y en cada circunstancia, se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper, de aproximación a la verdad objetiva, entendida ésta como un modelo estándar que nos permite acercar, sin igualar a la realidad, y tenga como papel de un principio regulativo que nos permite aseverar que una tesis o una teoría son más aceptables o más aproximadamente aceptadas y, por tanto, preferibles a otra por causas de su mayor poder de explicación y de los controles más numerosos favorablemente superados por ella (Ferrajoli, 2004, p. 45).

Por lo tanto, el objetivo principal en el juicio penal es, conocer la verdad acerca de lo que sucedió sobre un hecho delictuoso (Laudan, 2013, p. 96). Tal aseveración, permite establecer que en el enjuiciamien-

to penal, se debe analizar y ponderar la forma de obtención de la prueba, su admisión y relación que guarda con el nexo causal, hasta la necesidad y valoración de las mismas.[3] En ese entendido, el desarrollo de la prueba, como búsqueda de la verdad, debe seguir lineamientos que se establezcan en un proceso penal, siempre teniendo como objeto principal, el respeto de los derechos en el juicio penal.

De tal forma, que la verdad o la búsqueda de la verdad en un proceso jurídico-penal es una finalidad que se persigue[4] y que se puede conjugar con diversos medios y fuentes para su obtención,[5] como lo puede ser, con el principio de contradicción y demás principios con el conocimiento e imparcialidad del juzgador, como motor en la búsqueda de una motivación racional, y razonable, donde se persiga un equilibrio entre la búsqueda de la verdad tutelando la dignidad del acusado y la participación de la víctima, sin que se persiga una verdad absoluta sino el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la inquisición, de los que se supone ya hemos salido (Muñoz, 2013, p. 120).

La intervención de las partes en este punto tiene particular importancia, puesto que, hace posible que defiendan sus propios intere-

[3] Por poner un ejemplo, dos pruebas periciales podrían tener diversos márgenes de error, dependiendo las técnicas empleadas, ya no se diga la valoración de las mismas, que podría variar hasta por el desconocimiento de las técnicas que se emplean en su obtención. Por lo que pueden ser consideradas, ambas pruebas o todas las pruebas hasta las ordinarias, parte de lo que se persigue con el motor en la búsqueda de la misma.

[4] Se puede decir que la verdad, es aquélla que se pretende obtener del análisis de lo ofrecido al proceso, como resultado de la actividad probatoria, pudiendo o no coincidir con la verdad histórica, pero sobresaliendo o gozando de autoridad y consecuencias jurídicas, ya que independientemente de su coincidencia, se calificarán de verdad los hechos probados y valorados, como jurídicamente relevantes durante el mismo.

[5] Se puede decir que la verdad, es aquélla que se pretende obtener del análisis de lo ofrecido al proceso, como resultado de la actividad probatoria, pudiendo o no coincidir con la verdad histórica, pero sobresaliendo o gozando de autoridad y consecuencias jurídicas, ya que independientemente de su coincidencia, se calificarán de verdad los hechos probados y valorados, como jurídicamente relevantes durante el mismo.

ses, y que en ocasiones no tienen que coincidir con el descubrimiento de la verdad. Esta defensa puede suponer perfectamente la manipulación del material probatorio. La posibilidad de que el juez permita el ofrecimiento de pruebas no solicitadas por las partes, en todo proceso puede contribuir para generar un problema, como también se aduce, es decir, que el principio de contradicción que debe ser eje rector en un sistema de penal con garantías, dejaría de tener vigencia.

Es por ello que, en el proceso se precisa la tutela de los derechos fundamentales, es decir, una correcta garantización por parte del órgano jurisdiccional, que permita un equilibrio entre los sujetos procesales, lo que permite llegar a una justicia más humana, basada en una argumentación racional y razonable que refleje en una resolución judicial un discurso jurídico justificativo, por ello, la trascendencia de posibilitar el contradictorio como método, que se siga tutelando desde la acusación y hasta el posible juicio oral.

Razonabilidad de las pruebas en el proceso penal

En el texto Constitucional, el artículo 20 establece lo siguiente: "El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen". De tal manera, se realiza una interpretación, para lograr un esclarecimiento, es fundamental la reconstrucción del hecho, y un correcto proceso discursivo.

En ese sentido, los jueces, dentro de sus funciones, tienen la responsabilidad de valorar pruebas, misma que se realiza mediante una operación mental, por medio de la cual el juzgador evalúa la firmeza de los elementos probatorios que han sido presentados en el enjuiciamiento, y que son parte trascendental para justificar la resolución que se dictará de la controversia (Bassat, 2007, p.66). Por lo tanto, lleva a sustentar que la prueba produce convicción en el juez a fin de conocer por qué y cómo sucedió el hecho delictuoso.

En el proceso penal, el juez debe tener como objetivo principal, paralelo a resolver la controversia, conocer la verdad, lo anterior permite

conseguir el esclarecimiento del hecho delictuoso. En ese tenor de ideas, los jueces, en el proceso penal, no sólo requieren de una vasta cultura o dominio de alguna área disciplinaria, sino también, requieren de una gran capacidad para construir textos lógicos y coherentes, con la utilización de arsenales y recursos argumentativos (Galindo, 2010, p. 54).

De tal manera que, la actividad de juzgar en materia penal, valorar y ponderar, se caracterizan por el análisis conjunto de lo realizado en la investigación, para así, obtener un resultado, en cuanto a la conducta o hecho. De ahí que los indicios, del hecho delictuoso, tienen una gran importancia desde su localización hasta su valoración por los órganos jurisdiccionales, porque serán objeto de ejercicio de interpretación, por lo tanto, los jueces no pueden alterar el manejo de ellos (Galindo, 2010, p. 349).

En ese tenor de ideas, en la actividad de juzgar, se deben desarrollar elementos persuasivos en la asunción de las pruebas al juicio penal, es decir, no basta sólo en establecer si esos hechos existieron, sino también, si son importantes para justificar una retórica de la prueba que pueda ser asumida como convincente. Es en ese momento, donde la prueba encuentra su desarrollo como argumento persuasivo, un discurso que busque el convencimiento de lo controvertido, y por ende, objeto de razonabilidad.[6]

Así las cosas, no es casualidad que la prueba tenga un discurso retórico, porque cuando las partes tratan de convencer al juez, su factor primordial, o por lo menos uno de ellos, es el discurso que se dirige al intelecto, al juicio, al conocimiento o sentido común para aceptar la validez de ciertas aseveraciones. Es por ello que, el discurso de los actores en el proceso penal, debe dirigirse a la razón por medio de argumentos racionales fundados en Derecho y en pruebas, y en la precisión en sus alegatos.

Por lo tanto, la argumentación más racional, se presenta en el discurso de los jueces, apoyados en la lógica, en el derecho y en la infor-

[6] Algunas de estas dificultades se refiere a la confirmación histórica de la teoría en cuestión, que encuentra límites relevantes. Por un lado, en efecto, no hay duda que en Grecia y en Roma existía una concepción *"retórica"* de la prueba como argumentación dirigida a persuadir al juez.

mación que dan sustento a sus decisiones, en ese entendido en el proceso penal, se pretende obtener la verificación de todo un contexto formado por los hechos y la norma jurídica, y también, el convencimiento de que el juzgador debe hallarse de diversos procedimientos racionales en la estructuración de una resolución, como lo puede ser, con el uso de la ponderación o establecimiento del peso necesario en cuanto a valores o fines de principios y derechos cuando se encuentren en colisión, según la ley de la ponderación (Alexy, 2017, p. 32).

De tal suerte, una ponderación es racional, si una resolución que tiene como objetivo resolver un hecho delictuoso, pueda ser fundamentada racionalmente (Alexy, 2017, p. 32). La reconstrucción del hecho delictuoso, por medio de las pruebas en el proceso penal, debe asegurar la protección jurídica de los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal, y se contribuya así a la optimización de su eficacia como principios, y lograr con ello, una correcta materialización de los derechos de las partes en el proceso penal.[7]

Sistema acusatorio y reconstrucción del hecho en México

La reforma penal en México, del dieciocho de junio de dos mil ocho, ha tenido como uno de sus ejes de acción y finalidades, que pueda existir en el enjuiciamiento una contradicción, es decir, que puedan ser confrontadas para saber el relato de lo que sucedió en el hecho delictuoso, es por ello que, los medios de prueba que se ofrecen, ya sea en las declaraciones de personas (acusado, testigos, víctima y peritos), o bien en la información documental y/o material, o por última extrayendo los datos de otras fuentes de prueba, tienen una función relevante.

[7] En este sentido Carlos Bernal Pulido nos dice que la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el "peso abstracto" de los principios. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos...A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de la satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso en concreto.

Por ello, se busca que el juzgador ceda a las partes el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, y que a través de las estrategias de litigación oral, defiendan su versión, ataquen y refuten la de su contraparte. De tal manera, que dicha actividad consiste de un ejercicio racional y prudente, para ello, cada órgano de prueba, los sujetos en el enjuiciamiento, deben contar con una estrategia procesal, que le dé las herramientas de litigación oral, y por ende, con un arsenal argumentativo que permita la persuasión del órgano jurisdiccional (Pastrana, 2006, p. 188).

En ese tenor de ideas, se requiere de un conocimiento y resultado adquirido, a través de la verificación procesal, del hecho presuntamente estimado como delito, la cual, en un sistema acusatorio como el caso de México, tiene como principales actores a las partes, y su objeto es a través de la confrontación, discusión y verificación de la acusación por medio de la prueba, en el juicio oral. En ese entendido, la prueba emana de una información, por ello, sus fuentes son: personas (víctima, testigos o peritos), lugares, objetos y documentos, las cuales no hablan por sí solas.

De tal manera, las partes al ofrecer y desahogar las pruebas, deben contar con un planteamiento de reconstrucción de hechos, el cual tiene como pilar fundamental la acusación y la defensa, que se desarrollen al final de la audiencia, para demostrar dicho planteamiento, como válido y creíble. Es por ello que, las partes tienen un rol protagónico, y no esperar lo que el juez haga; sino que son ellas, las partes, quienes tendrán que jugar un rol activo, con la finalidad de demostrar su caso.

De lo anterior, y para explicar que existe otra forma de reconstruir el hecho, no es posible asumir sin objeciones la idea de que en México se tenga un modelo del todo acusatorio, ya que existen formas diferentes de enjuiciamiento penal, o excepcionales, cuando se trata de delincuencia organizada, ya que carece de las más elementales garantías, al momento de irse desarrollando la reconstrucción del hecho, en especial al ofrecerse y desahogarse las pruebas, en el ámbito de incriminación.

En este supuesto, cuando se trate de delincuencia organizada, la reconstrucción del hecho, no se siguen los principios rectores del sistema acusatorio adversarial, ya que existen dentro del enjuiciamiento reglas inquisitivas, que bien pueden identificarse con sistemas autori-

tarios. Peor aún, se considera que endicha vertiente, no se respetan los principios de un sistema penal democrático, ya que el Ministerio Público tiene un protagonismo en su actuación porque cuenta con un valor probatorio preponderante al momento de la resolución judicial.

Lo anterior, invita a realizar un análisis de la jurisprudencia, para poder explicar una de las formas de reconstrucción del hecho:

> AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).
>
> Del artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Federal, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008, se desprende que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario colmar determinados requisitos de forma y fondo. En cuanto a estos últimos es necesario que: 1) existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho, 2) la ley señale como delito a ese hecho y 3) exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Ahora, el texto constitucional contiene los lineamientos que marcan la transición de un sistema de justicia penal mixto hacia otro de corte acusatorio, adversarial y oral, como lo revela la sustitución, en los requisitos aludidos, de las expresiones "comprobar" por "establecer" y "cuerpo del delito" por "hecho que la ley señala como delito", las cuales denotan un cambio de paradigma en la forma de administrar justicia en materia penal, pues acorde con las razones que el propio Poder Constituyente registró en el proceso legislativo, con la segunda expresión ya no se requiere de "pruebas" ni se exige "comprobar" que ocurrió un hecho ilícito, con lo cual se evita que en el plazo constitucional se adelante el juicio, esto es, ya no es permisible que en la etapa preliminar de la investigación se configuren pruebas por el Ministerio Público, por sí y ante sí —como sucede en el sistema mixto—, con lo cual se elimina el procedimiento unilateral de obtención de elementos probatorios y, consecuentemente, se fortalece el juicio, única etapa procesal en la que, con igualdad de condiciones, se realiza la producción probatoria de las partes y se demuestran los hechos objeto del proceso. De ahí que con la segunda expresión la norma constitucional ya no exija que el objeto de prueba recaiga sobre el denominado "cuerpo del delito", entendido como la acreditación de los elementos objetivos, normativos y/o subjetivos de la descripción típica del delito correspondiente, dado que ese ejercicio, identificado como juicio de tipicidad, sólo es exigible para el dictado de una sentencia, pues es en esa etapa donde el juez decide si el delito quedó o no acreditado. En ese sentido, para dictar un auto de vinculación a proceso y establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, basta con que el juez encuadre la conducta a la norma penal, que permita identificar, independientemente de la metodología que adopte, el tipo penal aplicable. Este nivel de exigencia es acorde con los efectos que genera dicha resolución, los cuales se traducen en la continuación de la investigación, en su fase judicializada, es decir, a partir de la cual interviene el juez para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental. Además, a diferencia del sistema tradicional, su emisión no condiciona la clasificación jurídica del delito, porque este elemento será determinado en el escrito de acusación, a partir de toda la información que derive de la investigación, no sólo de la fase inicial, sino también de la complementaria, ni equivale a un adelanto del juicio, porque los antecedentes de investigación y elementos de convicción que sirvieron para fundarlo, por regla general, no deben considerarse para el dictado de la sentencia, salvo las excepciones establecidas en la ley.
>
> Contradicción de tesis 87/2016. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito. 1 de febrero de 2017. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Gabino González Santos y Horacio Vite Torres.
>
> Tesis y/o criterios contendientes:
>
> El Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, al resolver los amparos en revisión 724/2012, 811/2012, 6/2013, 423/2013 y 440/2013, sostuvo la jurisprudencia XVII.1o.P.A. J/2 (10a.), de título y subtitu-

lo: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO LA ACREDITACIÓN DEL REQUISITO 'HECHO ILÍCITO' DEBE LIMITARSE AL ESTUDIO CONCEPTUAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXVI, Tomo 1, noviembre de 2013, página 757, registro digital: 2004857; y al resolver los amparos en revisión 22/2010, 110/2010, 147/2010, 267/2010 y 282/2010, sostuvo la tesis jurisprudencial XVII.10.P.A. J/25 (9a.), de rubro: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCULPADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 3, febrero de 2012, página 1942, registro digital: 160330.

El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión 175/2015, sostuvo que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario que el Juez de Control conozca cuál es el delito materia de la imputación, lo que implica que efectúe un análisis de los elementos de la descripción típica del hecho punible correspondiente, esto es, sus componentes objetivos, normativos y subjetivos específicos previstos en la ley, que le permitan calificar si los hechos que el ministerio público imputa al acusado son o no constitutivos del delito.

Tesis de jurisprudencia 35/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cinco de abril de dos mil diecisiete.

Nota: De la sentencia que recayó al amparo en revisión 175/2015, resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, derivaron las tesis aisladas XXVII.30.21 P (10a.) y XXVII.30.20 P (10a.), de títulos y subtítulos: "PRISIÓN PREVENTIVA IMPUESTA EN LA AUDIENCIA INICIAL DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EL AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE CUANDO SE AGOTA LA VIGENCIA DE DICHA MEDIDA CAUTELAR POR EL SOLO TRANSCURSO DEL TIEMPO." y "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL PUEDA DETERMINAR

SI EL HECHO IMPUTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL ACUSADO ES O NO CONSTITUTIVO DE DELITO, DEBE ANALIZAR LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL ILÍCITO CORRESPONDIENTE, ESTO ES, SUS ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS.", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 22 de enero de 2016 a las 11:30 horas y del viernes 19 de febrero de 2016 a las 10:15 horas, así como en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libros 26, Tomo IV, enero de 2016, página 3389 y 27, Tomo III, febrero de 2016, página 2025, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 4 de agosto de 2017 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 07 de agosto de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Se analizan los anteriores criterios jurisprudenciales, la función del Ministerio Público en el proceso penal, no debe tener un rol protagónico, con ello se elimina el procedimiento unilateral, sin embargo, esto no sucede así cuando se trata de delincuencia organizada. De igual forma, se interpreta de dicho criterio que, la sentencia, donde se busque que el juez decida si el delito quedó o no acreditado.

En ese tenor de ideas, para que pueda lograrse un enjuiciamiento garantista, debe realizarse bajo las mismas prerrogativas, que posibilite a los sujetos en el proceso, contar con las mismas oportunidades para aportar, ofrecer, materializar y desahogar las pruebas, y desde luego, para poderlas debatir. Si dentro del proceso penal se logran estas prerrogativas, se estaría hablando que se garantiza una correcta confrontación y debate (Santacruz, 2017, p. 144).

En los hechos lo que se reproduzca en un juicio oral, debe realizarse en audiencia pública y con el juez y las partes presentes, sin embargo, la reforma constitucional autoriza, cuando se trate de delincuencia organizada, que las actuaciones realizadas en la fase de investigación tengan valor probatorio, lo que origina que se puede hablar de un sis-

tema penal acusatorio, ya que es evidente que no cumple con los parámetros mínimos que se han establecido para ello.[1]

Para comprender, el rol que juega la reconstrucción del hecho, en el proceso penal en México, es fundamental recordar que uno de los postulados de la reforma de 2008, es evitar la inclinación hacia la escritura y, a la vez, sin embargo, cuando se trate de delincuencia organizada, se puede tener registros escritos que permitan el desahogo de la prueba anticipada en etapa de investigación (Santacruz, 2017, p. 139).

En tal idea, cuando se desarrolle la prueba anticipada, se va generar un conflicto, porque no se establece, en la Constitución, mucho menos en la norma secundaria, alguna diferencia entre la idea de "desahogo" de la prueba y "desahogo previo" (Hidalgo, 2009, p. 214). Se genera una vaguedad en el sentido de los pasos que se deben seguir, y agregaríamos, sobre el ente jurisdiccional que va a valorar todos y cada uno de los elementos aportados en la prueba.

Por lo tanto, si analizamos el objetivo y finalidad de la investigación, que conlleva la indagación, acopio, identificación y traslado de las elementos que conforman los datos de prueba; con los medios de prueba que se producen dentro de la etapa intermedia, en virtud de esos datos de prueba, y que han de ser desahogados, todos deben seguir aquellos aspectos axiológicos del proceso penal, como son los principios de inmediación y contradicción (Hidalgo, 2009, p. 214).

En este tenor de ideas, se puede establecer que, la reconstrucción del hecho, en materia de delincuencia organizada, requiere de una correcta ponderación y argumentación por parte del juez, ya que no se seguirán, o no se presentará en su totalidad, los principios del sistema acusatorio, en especial del principio de contradicción e inmediación en la audiencia final de juicio.

[1] Los parámetros probatorios potencialmente podría implicar, en la práctica, una disminución significativa de los derechos de los ciudadanos; por esta razón, puede afirmarse que la regulación adecuada de la vinculación a proceso constituye una de las cuestiones más delicadas al trasladar los preceptos constitucionales a la legislación secundaria.

Conclusiones

Cuando los jueces resuelven en un enjuiciamiento penal, realizan un ejercicio de reconstrucción o "recapitulación" de lo sucedido en el hecho delictuoso, y en la sentencia se establece esa reconstrucción como la versión oficial, en ocasiones hacen esto incorporando las declaraciones de una de las partes, o tomando las narraciones y circunstancias, de los participantes en el proceso penal.

En ese entendido, la sentencia en el proceso penal, se sitúa en el interior de la decisión judicial y la prueba está dirigida a la determinación de la verdad, o por lo menos, en la búsqueda de la misma. De esta aseveración, se deriva que el objeto de la prueba consiste en el hecho y su reconstrucción y determinación, es decir, el hecho que será objeto de la decisión. Por lo tanto, se requiere que los derechos de las partes en el proceso penal, se realicen en un marco de respeto y protección de sus garantías.

De tal manera que, para lograr un respeto de los derechos en la reconstrucción del hecho, se requiere que exista un correcto discurso jurídico justificativo, sustentado en la ponderación. Ya que en México, como analizamos en el presente artículo, existen dos formas de reconstruir el hecho delictuoso: una basada por principios de un sistema garantista; y otra que va seguir un sistema de excepción, cuando se trate de delincuencia organizada.

Se considera que, es fundamental, la protección de derechos en el proceso penal, sin derechos y garantías, el Estado democrático pierde credibilidad y legitimación, y las actuaciones del Estado, pueden caer en actos de autoridad inquisitiva.

Propuesta

De tal manera, se propone que en el proceso penal, al momento de la reconstrucción del hecho, se otorgue sin excepción, a todos los sujetos que intervienen, un máximo de garantías y un mínimo de violencia, mediante un proceso más acusatorio, para ello, es necesario eliminar las reglas insertadas en el texto constitucional con la reforma de 2008 —recordando que toda constitución debe enunciar principios y no reglas—

relativas a la regulación jurídica de la delincuencia organizada, como el tipo penal enunciado en la fracción novena del artículo dieciséis.

Bibliografía

Alexy, Robert (2017). Teoría de los derechos fundamentales, (2ª ed.). trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Andrés, Ibáñez, Perfecto (2015) Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara.

Atienza, Manuel (2016). El Derecho Como Argumentación. Barcelona: Ariel.

Barragán, Salvatierra, Carlos (2016). Derecho Procesal Penal (3ª ed). Mèxico: McGraw.

Bassat Torres, Nelson (2007). La duda razonable en la prueba penal con especial referencia a Puerto Rico. Bilbao: Servicio Editorial del País Vasco.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio (2009). Litigación penal Juicio Oral y prueba. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Bernal, Pulido, Carlos, El exceso de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, en Miguel Carbonell (coord.) (2011). Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, México: Porrúa.

Cafferata Nores, José (2008). La Prueba en el Proceso Penal. Argentina: Lexis-Nexis.

Ferrajoli, Luigi (2004). Epistemología Jurídica y Garantismo. México: Fontamara.

Ferrer, Jordi (2007). La valoración racional de la prueba. España: Marcial Pons.

Galindo, Sifuentes, Ernesto (2010). La Valoración de la Prueba en los Juicios Orales, México: Flores Editores y Distribuidores.

García Ramírez, Sergio (2004). *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa.

González Salas Raúl (2003). La presunción en la valoración de las pruebas. México: Inacipe.

Hidalgo, Murillo, José Daniel (2009). Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal. México: Porrúa.

Laudan, Larry (2013). Verdad, error y proceso penal, Un ensayo sobre epistemología jurídica, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, España: Marcial Pons.

Muñoz, Conde, Francisco (2013). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. (3ª ed). Madrid: Hamurabi.

Natarén, Nandayapa, Carlos (2011). Litigación Oral y práctica forense penal. México: Oxford.

Pastrana, Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert (2006). *El juicio oral penal* (Tecnicas y estrategias de litigación oral), México: Flores Editores y distribuidores.

Prigogine, Ilya (1996). El fin de la certidumbre, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

Ribeiro, Toral, Gerardo (2006). Verdad y Argumentación. México: Porrúa.

Rorty, Richard (1996). Contingencia, ironía y solidaridad. Barcelona: Paidós.

Santacruz Lima, Rafael (2017, agosto/diciembre). El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México. Revista Ciencia Jurídica. (11). (Vol. 6). 137-147.

Santacruz Lima, Rafael (2017, agosto/diciembre). La reconstrucción del hecho en el proceso penal. Revista Derecho Global. (7). 35-54.

Santacruz, Lima, Rafael (2015). La prueba en el sistema penal de excepción, México: Porrúa- Print..

Taruffo, Michele (2008). La prueba de los hechos (4ª ed.). Madrid: Trotta, Madrid.