

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN DERECHO

**DIRECTRICES DE DERECHO GARANTISTA PARA PRESENTARLA
PRUEBA PERICIAL DE CRIMINALÍSTICA**

TRABAJO RECEPCIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO

PRESENTA

ROBERTO ZAMARRÓN ATILANO

Director del trabajo recepcional

Dr. José Maximiliano Hernández Cuevas

México, D.F. Abril de 2015.

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS[©]

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

Naturalmente quisiera hacer un agradecimiento extensivo a nuestra Universidad Autónoma de la Ciudad de México, *“nada humano me es ajeno”*, particularmente a todo el personal académico y administrativo que con la obsequiosidad de su trabajo posibilitan que un estudiante del PESKER haga ejercicio de su derecho a la educación.

Asimismo, aquilato el significativo apoyo familiar que en todo momento se ha hecho latente; para ustedes este logro académico.

No podría omitir hacer mención y por lo mismo agradecer, el apoyo que institucionalmente se han servido proporcionar a los alumnos del centro escolar “José Vasconcelos” durante estos años de estudio.

A ustedes mi mayor reconocimiento. Gracias por su labor.

Índice de contenido

DIRECTRICES DE DERECHO GARANTISTA PARA PRESENTAR LA
PRUEBA PERICIAL DE CRIMINALÍSTICA

Tesis elaborada por

Roberto Zamarrón Atilano

Agradecimientos..... 02

INTRODUCCIÓN..... 05

CAPITULO I

ACERCAMIENTO AL DERECHO GARANTISTA..... 14

1.1 El modelo de derecho garantista en materia penal propuesto por el jurista Luigi Ferrajoli..... 14

1.2 El principio de estricta legalidad desde la postura del derecho garantista..... 16

1.3 El principio de estricta jurisdiccionalidad desde una postura de derecho garantista..... 21

1.4 Dos modelos de anti garantismo opuestos a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad..... 25

1.5 Efecto de la teoría garantista en la legislación penal mexicana..... 27

1.6 La verdad científica y su relación con el principio de estricta jurisdiccionalidad..... 30

1.7 Reseña histórica del paradigma positivista de la ciencia, fuente conceptual de la investigación criminalística.....	33
---	----

CAPÍTULO II

DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS CIENCIAS INTERDISCIPLINARES.....	50
2.1 Definición de derecho penal.....	50
2.2 Una definición garantista de derecho penal.....	53
2.3 Los fines de la pena: una visión garantista.....	59
2.4 La prueba: conceptualización doctrinaria.....	69
2.5 Interdisciplinariedad del derecho penal.....	79

CAPÍTULO III

APORTES DE LA CRIMINALÍSTICA DE CAMPO EN RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL.....	83
3.1 La criminalística de campo como medio de prueba en el procedimiento penal.....	83
3.2 Intervención de la prueba pericial según el análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales.....	90
3.3 Acuerdos y protocolos en materia de cadena de custodia en la intervención pericial. Análisis de la Ley Orgánica de la PGR.....	121
Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	142
Fuentes Legislativas.....	144
Otras fuentes.....	145

Introducción

En medio de un contexto reformador impulsado por la idea de la globalidad¹ en donde es preciso garantizar niveles óptimos de seguridad pública, la propuesta oficial del estado mexicano ha sido convocar a todos los grupos y organizaciones civiles de la sociedad para formar un acuerdo nacional por la seguridad, la justicia y la legalidad².

Derivado de lo anterior, el poder legislativo del estado mexicano propuso y aprobó, en el mes de junio del año 2008, una reforma constitucional en materia penal que incluye grandes reformas en los temas de seguridad, procuración y administración de justicia, cuyo objetivo principal consistiría en enfrentar con mayor eficacia a la delincuencia organizada que amenaza con debilitar el estado de derecho en nuestro país.

Esta reforma fue debatida en diversos foros por estudiosos del derecho, profesionales de la seguridad y la justicia incluso ha sido tema relevante en los medios de comunicación; el cambio obedece al gran atraso e ineficacia del sistema penal mexicano, ligado a las crecientes muestras de inconformidad por parte de la sociedad civil que encuentran cauce en las demandas de organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos.

Ante tales circunstancias, surge la imperiosa necesidad de ajustar el sistema de justicia penal para dar vigencia plena a una visión garantista de derecho en donde las garantías individuales y derechos humanos sean tutelados por la Constitución Federal.

¹ *La globalización denotaría un conjunto de procesos de renovada internacionalización del capital a finales del siglo XX. El globalismo, a su vez, sería una interpretación sesgada de esa globalización, que pone de relieve únicamente sus aspectos positivos, y que la considera como inevitable e incontrolable, y como solución a todos los problemas de la humanidad.* González Hernández, Bryan, *Más allá del Libre Comercio: Seguridad Esencial*, Heredia, Costa Rica, 2008, p. 94.

² Citado de <http://www.eluniversal.com.mx/notas/532069.htm>, Ciudad de México, viernes 22 de agosto de 2008

Evidentemente, los objetivos giran en torno a dos grandes ejes: el primero, alusivo a adecuar el sistema de procuración de justicia a los principios de un Estado Constitucional Democrático de Derecho³; y el segundo, referente a la pretensión de armonizar las leyes penales a compromisos internacionales⁴ que el estado mexicano ha contraído, respecto a la normatividad internacional en materia de derechos humanos.⁵

Desde el punto de vista de la seguridad las reformas vincularán al Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los Derechos Humanos y obligarán a las autoridades federales, estatales y municipales a coordinarse de manera eficaz compartiendo oportunamente bases de datos concernientes a la criminalidad y el personal de las corporaciones policiales.

Bajo esta tesitura, se plantea la necesidad de profesionalizar a fiscales, policías y peritos; se persigue instituir un modelo integrador de la investigación científica que, de manera interdisciplinaria, facilite que ésta labor sea conducida con la debida diligencia por parte de la representación social y su personal sustantivo. Observando en todo momento el respeto irrestricto de los derechos humanos y las garantías individuales en la persecución del delito⁶.

³ El fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, editorial Trotta, 1995, p. 10

⁴ Sin lugar a dudas el documento jurídico más importante del sistema regional americano es la Convención Americana sobre Derechos Humanos —conocida también como Pacto de San José—, aprobada el 21 de noviembre de 1969. Los derechos que consagra la Convención Americana son los civiles y políticos reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Castañeda Otsu, Susana, *El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la constitución*, p. 224.

⁵ *cfr.* Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según reforma constitucional publicada en el *D. O. F.* el día 10 de junio de 2011.

⁶ Procuraduría General de la República. Acuerdo por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito. A/078/12.

En el ámbito de justicia se eleva a rango constitucional, de manera explícita, el principio de presunción de inocencia⁷, ahora colocado en el centro del proceso penal, pretendiendo con ello que la investigación sea más ágil y efectiva, a fin de que la víctima obtenga, efectivamente, la reparación del daño.

Por su parte, el órgano legislativo ha incorporado a la ley fundamental toda normatividad internacional en materia de derechos humanos derivada de tratados internacionales que el estado mexicano ha firmado, sin olvidar los derechos fundamentales⁸ y garantías individuales⁹ del acusado para su defensa, como sería el caso de enfrentar el proceso en igualdad de circunstancias con la parte acusadora.

Asimismo, tenemos que la carga de la prueba, es decir, la obligación de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, a partir de la reforma constitucional en materia penal (precitada), recaerá en el Ministerio Público. Paralelamente, en la investigación participará la policía al mando del Ministerio Público, conducción que permitirá, de inicio, la preservación de la escena del crimen y las primeras evidencias del mismo, tal como lo ordenan los cánones de la investigación especializada en criminalística de campo.

⁷ "...que obliga siempre al órgano acusador a probar todos los extremos de su acusación, sin que el acusado tenga que desvirtuar alguna imputación que no ha sido probada. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta en su magna obra Derecho y razón. Teoría del garantismo penal que: —si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no solo por los delitos sino también por la pena arbitrarias —la presunción de inocencia no solo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo. Islas de González Mariscal, Olga, y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p.108.

⁸ Con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa, 2005, p. 9.

⁹ En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales. Luigi Ferrajoli señala que "garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo". *ibidem*, p. 6.

Consecuentemente, cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula,¹⁰ lo mismo que cualquier confesión obtenida sin presencia del abogado defensor; y por tal motivo, todo inculpado tendrá derecho a que lo defienda un abogado titulado,¹¹ al que podrá elegir libremente incluso al momento de su detención.

Inclusive, atendiendo el principio de “concentración”¹², sólo se considerarán como pruebas las que sean presentadas en la audiencia de juicio; esto porque en dicha audiencia deberá concentrarse el desahogo de las mismas. A su vez, en cada audiencia, las partes, en virtud del modelo contradictorio y oral, estarán en igualdad de condiciones para conocer de viva voz las pruebas y argumentos de la parte contraria; este es el denominado principio de “contradicción”¹³.

En efecto, el presente trabajo representa la aportación de un estudiante universitario consciente de la necesidad de devolver a la sociedad parte sustancial del conocimiento adquirido durante su preparación académica —teniendo en consideración que para la realización del presente trabajo de tesis, por obvias razones, nos enfrentamos a varias limitantes, una de ellas la falta de disponibilidad o acceso a consultar fuentes bibliográficas en mayor medida—, para con ello coadyuvar a formar los cimientos de una sociedad mexicana regida por un Estado Constitucional de Derecho, un país donde se ejerzan y respeten los derechos fundamentales del hombre.

Así, respecto de nuestro trabajo de investigación o tesis, resulta pertinente señalar, en primer lugar, que el motivo de elegir como postura epistemológica el garantismo penal fue por el efecto manifiesto de dicha visión teórica en la legislación penal, luego de la reforma constitucional de junio de 2008; luego en segundo termino, nos inclinamos por desarrollar nuestra labor argumentativa

¹⁰ *cfr.* Artículo 20 apartado “A”, fracción X, CPEUM (según reforma de 18 de junio de 2008).

¹¹ *cfr.* Artículo 20 apartado “B”, fracción VIII, CPEUM (según reforma de 18 de junio de 2008).

¹² Principio que instituye la pertinencia de concentrar el debate procesal en una o dos audiencias. Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, editorial Oxford, 2005, pág. 200.

¹³ De acuerdo con este principio que se expresa en la fórmula *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte), impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes. *ibidem*, p. 206.

sobre una plataforma interpretativa denominada hermenéutica, entendida como interpretación que persigue desentrañar el significado, el sentido, la intencionalidad de un texto¹⁴; tarea nada sencilla si advertimos que en virtud de la naturaleza del tema propuesto como tesis, será indispensable interactuar argumentativamente en los niveles fáctico o de los hechos, así como en el nivel discursivo o interno del derecho.

Labor indagatoria que nos permitirá abordar el ámbito temático de la prueba pericial en materia de criminalística de campo, cuestión que relaciona la producción de material probatorio que nace de una metodología de investigación aplicada al mundo fáctico o de los hechos; es decir, el objeto de estudio de la criminalística se relaciona con la denominada verdad histórica¹⁵ de un hecho que, para ser considerado delito, requiere de una serie condiciones de tipo jurídico previstas en la ley.

Engarzado con lo anterior, tenemos que todo material probatorio, para ser aceptado como legal, debe reunir una serie de requisitos mínimos indispensables prescritos por la ley (tal es el caso de los códigos procedimentales); es en este punto que nuestro análisis se adentra temáticamente en el mundo de las normas, esfera que se identifica, desde una perspectiva garantista, como visión interna del derecho¹⁶.

¹⁴ La hermenéutica es el examen de las condiciones en que tiene lugar la comprensión. Considera, por tanto, una relación que se manifiesta en la transmisión de la tradición mediante el lenguaje; luego entonces, este último es fundamental ya que representa un acontecimiento cuyo sentido se trata de penetrar. Rubio Ma. J. y Varas J. *El análisis de la realidad en la intervención social, métodos y técnicas de investigación*, 3ª. edición, Madrid, Editorial CCS, 2004, p. 100.

¹⁵ La verdad procesal fáctica es en realidad un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia; mientras, la verdad procesal jurídica es una verdad que podemos llamar clasificatoria, al referirse a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal. Aun cuando tanto las proposiciones judiciales de hecho como las de derecho sean tesis empíricas de forma existencial o singular, comparten, así pues, con las tesis de las teorías científicas el no ser susceptibles de una verificación experimental directa como la permitida por las proposiciones empíricas de observación. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* Nota 3, p. 52.

¹⁶ Visión interna, en que se funda la teoría y la ciencia jurídica propiamente dicha, que considera y describe el derecho como norma. Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones FONTAMARA, 2004, p.126

De tal forma, nuestro trabajo de análisis se propone dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación:

¿Las bases jurídicas vigentes en el proceso penal mexicano sobre la prueba pericial en materia de criminalística, resultan armónicas con las directrices de Derecho penal garantista?

Planteamiento que nace de la práctica jurídica, ya que la prueba pericial en criminalística recorre en su producción tres fases, a saber:

1) Obtención en el mundo fáctico, fase investigativa que tiene correspondencia, en términos criminalísticos, con la preservación del lugar de los hechos y con los protocolos oficiales denominados cadena de custodia;

2) Con la normatividad especializada para el análisis y presentación de resultados del material obtenido ante las autoridades interesadas, ya sea el ministerio público, el órgano jurisdiccional, o incluso la defensa; y

3) Finalmente, en el terreno jurídico, cómo se aborda el problema de la prueba, presentación, desahogo, impugnación y valoración por parte del órgano jurisdiccional.¹⁷

En este contexto, nace **nuestra hipótesis de investigación**¹⁸, a saber: *la metodología utilizada para obtener una prueba pericial en materia de criminalística no armoniza con el principio garantista de estricta legalidad.*

Es decir, existe la posibilidad de no existir una ley que determine bajo qué condiciones debe producirse una prueba de este tipo. En dado caso, resulta impactante realizar la crítica y propuesta de solución.

¹⁷ *cfr.* Artículo 20 apartado "A", fracción II, CPEUM (según reforma de 18 de junio de 2008).

¹⁸ Una hipótesis científica es una conjetura con probabilidad de ser verídica; asimismo, es una sugerencia de solución a una pregunta. Se expresa como proposición y requiere de comprobación empírica. Chavarría Olarte, Marcela y Villalobos Pérez-Cortés, Marveya, *TESIS Elaboración y presentación*, México, editorial Trillas, 2009, p. 37.

Meta aproximable, en la medida de satisfacer el siguiente objetivo general de investigación o tesis:

«Situados desde una visión garantista de derecho (postulada por Luigi Ferrajoli), establecer y analizar los fundamentos teórico-doctrinales, normativos y de procedimiento que guían la producción de la prueba pericial en materia de criminalística.»

Para alcanzar este objetivo, se toman en consideración dos horizontes de estudio: el primero, en que se considera nuestro objeto de investigación como un sistema normativo complejo con relaciones de deducibilidad en grados jerarquizados, según apreciación del autor Rafael Sánchez Vázquez que en su oportunidad se citará; mediante el segundo enfoque de estudio, se hace un ejercicio de contraste entre los principios garantistas de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, respecto de la ley puesta en los ordenamientos sujetos a nuestro análisis.

A mayor ahondamiento, la prueba pericial en materia de criminalística, para producirse, sigue una metodología, propiamente científica, denominada criminalística de campo; medio probatorio, que al final arroja un resultado integrado en forma de dictamen, documental, que en su oportunidad procesal habrá de incidir en un ámbito jurídico; es decir, una verdad de facto, obtenida mediante un procedimiento científico, debe reunir requisitos y condiciones que establece la ley del procedimiento penal, para transformarse en una verdad jurídica

En este sentido, el curso de nuestra tesis se lleva a cabo mediante tres capítulos dirigidos por sus correspondientes objetivos específicos designados para cada uno; tal es el caso de nuestro **capítulo I, intitulado: *Acercamiento al derecho garantista***, por medio de este apartado pretendemos cubrir el objetivo de *exponer los elementos y principios que definen una concepción garantista de derecho según los postulados de Luigi Ferrajoli en su obra intitulada Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Lo anterior con la finalidad de delimitar el marco

teórico que sirva de guía en nuestro pretendido contraste entre los principios garantistas y la normatividad utilizada en la presentación de la prueba pericial en materia de criminalística de campo.

En dicha obra se plantea que el modelo penal Garantista refiere una estructura normativa Constitucional que sirve como parámetro de racionalidad, de justicia y de legalidad, modelo prescriptivo orientado por dos principios fuente; tal sería el caso del Principio de estricta legalidad y el Principio de estricta jurisdiccionalidad, ambos colocados como núcleo del modelo penal contemporáneo.

Enseguida, habremos de discurrir en nuestro **capítulo II la temática sobre el Derecho Penal y su relación con otras ciencias**; a través del desarrollo de los siguientes tres objetivos específicos: 1) *Establecer cómo define la doctrina el concepto de derecho penal*; 2) *reseñar la postura garantista del derecho penal*; y 3) *explicar la relación interdisciplinar de la criminalística de campo y el derecho penal como fuente de medios probatorios*.

Con relación a dichos objetivos resulta pertinente, para los fines de nuestra tesis, investigar de las fuentes doctrinarias cómo es definido el concepto de derecho penal, para luego exponer la definición garantista de tal concepto. Posteriormente, habremos de explicar de qué manera una disciplina jurídico normativa, tal como lo es el derecho encuentra, en unas ocasiones de forma horizontal, y de forma vertical en otras, acercamientos conceptuales con disciplinas de sustento teórico científico, al caso concreto la criminalística de campo. Incluso, exponer ¿de qué forma y bajo qué condiciones, en el terreno de la criminalística de campo, dichos acercamientos se transforman, de verdades de facto, en verdades jurídicas? Un tipo de verdad, plasmada en los medios de prueba que la legislación procesal penal reconoce.

De manera culminante, en el **capítulo III se expone el tema intitulado: Aportes de la criminalística de campo en relación con el derecho penal**, etapa indagatoria en que se tomaron como guía los objetivos específicos consistentes en: 1) *exponer una definición de criminalística y reseñar los aportes de su*

metodología de investigación al derecho penal ;2) establecer, desde la teoría general del proceso, cómo interviene una prueba pericial en el proceso penal mexicano;3) realizar el análisis de la legislación procedimental penal mexicana (Código Nacional de Procedimientos Penales); y 4) demostrar, mediante un análisis comparativo, que los protocolos en materia de cadena de custodia armonizan (o no) con las directrices del derecho penal garantista.

En esta parte de la investigación se retoman los planteamientos que definen el Principio de estricta jurisdiccionalidad, ámbito en que giran dos órbitas normativas: una encaminada a subsumir la conducta en las hipótesis acusatorias; y la segunda, consistente en producir prueba empírica en virtud de procedimientos reconocidos por la ley penal, que permitan tanto la verificación como la refutación del hecho antijurídico. Principio estructural que regula la intervención del órgano jurisdiccional durante el desarrollo del procedimiento penal.

Al final de la investigación se presentan las correspondientes conclusiones derivadas del cumplimiento de los objetivos planteados al inicio del presente estudio.

Resulta oportuno, finalmente, destacar la guía académica y teórica de mi asesor de tesis, el Doctor Maximiliano Hernández Cuevas, ya que sin su valioso apoyo orientador el presente trabajo quizá no hubiese llegado a cristalizarse. Sin olvidar, por cierto, que: *“En la medida en la que aprendamos a estudiar, a investigar, a reflexionar, a fundamentar, seremos verdaderamente profesionales en el ejercicio de una profesión.”*¹⁹

Roberto Zamarrón Atilano.

“nada humano me es ajeno”

México, ciudad capital, abril de 2015.

¹⁹ *ibidem*, p. 13.

Capítulo I.- Acercamiento al derecho garantista

“corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible, [...] pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no y si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador.”

Aristóteles.²⁰

1.1 El modelo de derecho garantista en materia penal propuesto por el jurista Luigi Ferrajoli

De inicio, atendiendo nuestros objetivos expuestos en la parte introductoria, el presente capítulo pretende, como premisa de investigación, delimitar el horizonte temático concerniente a lo que nuestra tesis postula como visión Garantista de Derecho, particularmente en la rama penal; labor indagatoria, que toma como fuente los postulados del jurista Luigi Ferrajoli en su reconocida obra Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.²¹

El modelo penal Garantista, refiere a un modelo Constitucional que sirve como parámetro de racionalidad, de justicia y de legalidad.

Esta visión nació en el campo penal como una réplica, al creciente desarrollo de una divergencia, entre la normatividad del modelo en nivel Constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores, llamado de atención para las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático.

De la obra aludida Ferrajoli responde al cuestionamiento ¿qué es el garantismo?, expresando una primera acepción del término “*garantismo*”, designando un

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 37.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3.

modelo integrador de normas en el ámbito del derecho penal, que principalmente se sustenta sobre el principio de estricta legalidad característico del estado de derecho, directrices normativas “...que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.” Por tales motivos, correctamente se designa garantista a todo sistema penal que se ajusta normativamente al citado modelo, apegándose a sus lineamientos de forma puntual.

Según la obra en mención, un primer acercamiento al concepto de Garantismo Penal, consistiría en presentarlo, como medio para la tutela de los derechos fundamentales, entre los cuales podemos referir: la vida, la libertad personal, las libertades civiles y políticas, o bien, los derechos individuales y colectivos, que en conjunto conforman las expectativas sociales de subsistencia, mismos que como producto histórico representan los principios, que fundan y justifican la existencia de un Estado democrático de derecho.

Por tanto, apunta Ferrajoli, que “...gracias al Principio de legalidad, que se implementa en la codificación, todas las normas jurídicas y, por ello, todas las reglas de uso del lenguaje jurídico existen y son válidas en la medida en que sean “dictadas” por autoridades establecidas sobre la base de otras normas de competencia normativa.”²²

Comentario derivado de un modelo epistemológico definido de derecho positivo moderno de tipo legislativo²³, en que se consolida el monopolio estatal de la producción jurídica, que más tarde, como el propio derecho, habría de evolucionar hacia un modelo denominado de Constituciones rígidas no modificables por la legislación ordinaria, que se caracteriza por la estructura jerárquica de los ordenamientos, además de prever la garantía del juicio de constitucionalidad sobre la propia ley.²⁴

²² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 16, p. 114.

²³ *ibidem*, p. 113.

²⁴ *ibidem*, p. 138.

Luego, como efecto del devenir normativo, se pone de manifiesto un sistema prescriptivo garantista que, el autor en mención, denomina clásico, mediante el cual cataloga una serie de principios simiente de este paradigma; tales principios son, los de la estricta legalidad, la materialidad y efecto lesivo de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia. Elementos presentes, como es sabido, en el modelo legislativo, sustantivo y procesal penal contemporáneo.

En efecto, no podría ser de otro modo puesto que este modelo, en su conjunto se cristaliza como: *“un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.”*²⁵

Anhelo liberal, contractualista, de clarificar los límites del poder estatal, en su relación con el gobernado. Previsión, esta última, de protección a esa, personalísima, esfera jurídica de todo justiciable, que nuestro ordenamiento constitucional reconoce con la denominación doctrinal de garantías individuales²⁶.

1.2 El principio de estricta legalidad, desde la postura del derecho garantista

Ahora bien, en atención a recomendaciones metodológicas, en el sentido de no perder de vista nuestro objetivo cardinal, destacamos como objeto de análisis dos principios básicos y engarzados por su propia naturaleza normativa, los cuales guardan estrecha relación con nuestro objetivo general de investigación y que brindan un acercamiento conceptual a la idea de derecho garantista; pues bien, el primer principio, se denomina de estricta legalidad, integrado por dos sustancias temáticas, una formal, es decir que exista una norma que describa el tipo²⁷ (desviación punible) y la segunda empírica o fáctica, es decir, que la

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 34.

²⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 8, p. 6.

²⁷ La primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción,

conducta lesiva de los bienes jurídicos una vez exteriorizada, se adecue perfectamente a la definición legal²⁸, entendida esta como tipo penal.

En este contexto, la expresión principio de estricta legalidad designa la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al órgano creador de leyes (legislativo), a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.

Ya que dicho principio garantista, a manera de telón de fondo, se hace siempre presente, tanto en la evolución histórica del derecho internacional; en la producción legislativo-constitucional de los ordenamientos en materia penal; así como en la aplicación jurisdiccional de esta rama del derecho, que incluye, por supuesto, la rama sustantiva y adjetiva que regula, particularmente, el tratamiento de los medios de prueba que intervienen en un procedimiento penal.

A tal grado es trascendente, el principio en mención, que resulta el pilar de cimentación de las Constituciones contemporáneas²⁹, donde el legislador constituyente definió una parte dogmática, reservada para establecer una esfera de derechos subjetivos del gobernado y otra orgánica, en que se delimitan las funciones de los entes públicos, ejecutivo, legislativo y judicial, triada de poder que integra el Estado Constitucional de derecho.

De esta forma, en términos de Ferrajoli: *“la legalidad positiva en el estado constitucional de derecho no es ya únicamente condicionante, sino que ella misma está condicionada por límites y vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustantivos”*³⁰. Lo que deviene en un cambio en las condiciones de validez de las leyes, dependientes ahora no sólo del respeto de las normas procedimentales sobre su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con principios

sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p.35.

²⁸ La segunda condición comporta además el carácter absoluto de la reserva de ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva. *idem*.

²⁹ También denominadas, Constituciones rígidas. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 16, p. 123.

³⁰ *idem*.

sustantivos fuente y contenido de la propia ley fundamental, relación que brinda no sólo la eficacia de la norma sino también la legitimidad del ordenamiento.³¹

Esta perspectiva expositiva, que destaca la importancia del poder creador de leyes, cuya función precisamente consiste en tomar como fuente y cristalizar el principio de estricta legalidad, comparte el sentido temático-teórico del texto de Rafael Sánchez Vázquez, intitulado Metodología de la Ciencia del Derecho, cuando desarrollando sus ideas en el Ensayo Dogmático sobre el Método Sistemático Jurídico, el jurista considera al orden jurídico como una pirámide de normas jerarquizadas y señala lo siguiente:

*Una norma dada sólo pertenece a un orden jurídico determinado si es conforme con la norma superior que regula su creación. Consecuentemente, una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y solo si, fue creada mediante el ejercicio de facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas.*³²

Nuestro autor en señalado, parafrasea a Hans Kelsen para referirse al mismo tema, expresando que: *“Todas las normas cuya validez pueda ser remontada a una y a la misma norma fundamental, forma un sistema de normas o un orden”*.³³

En congruencia dogmática³⁴, con lo anteriormente expuesto, la normatividad internacional en materia de derechos humanos reconoce el principio de estricta legalidad, cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su ordinal 10, prescribe los derechos a ser oído en juicio por un tribunal independiente e imparcial, *en condiciones de plena igualdad*; así como la observancia al principio de presunción de inocencia, el derecho a las garantías procesales y precisamente, el principio de estricta legalidad en materia penal, contenido en el inciso segundo del artículo décimo primero, que literalmente reza:

³¹ *idem.*

³² Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, México, editorial Porrúa, 1999, p.209.

³³ *idem.*

³⁴ Específicamente nos referimos a que: *La ciencia jurídica por antonomasia, el saber jurídico tradicional, es lo que hoy se suele llamar dogmática jurídica*. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, España, editorial Ariel, 2001, pp. 238 y 239.

*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*³⁵

Para beneplácito de nuestra exposición, la normatividad supra señalada coincide con las ideas de Ferrajoli, en el sentido de que el principio de estricta legalidad engarza la tipificación penal de una determinada conducta expresada por una ley previa, para la cual resulta aplicable una sanción punitiva.

Como corolario de lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se suma al reconocimiento explícito del principio de estricta legalidad, es decir, el artículo noveno de dicho ordenamiento, estatuye:

*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*³⁶

A manera de colofón, aterrizando en la legislación interna, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adopta la perspectiva internacional derecho humanista, ya que mediante reforma al artículo 1° constitucional en el mes de junio de 2011, el legislador Nacional reconoció expresamente la normatividad en materia de derechos humanos, derivada de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; a saber, artículo primero Constitucional, literalmente prescribe:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

³⁵ O' Donell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normatividad, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Oficina del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos, 2007, p. 341.

³⁶ *ibidem*, p. 345.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*³⁷

Luego entonces, la idea garantista de observar ineludiblemente el principio de estricta legalidad, en materia penal, es reconocida por el ordenamiento supremo de nuestro país, basta observar lo que el artículo décimo cuarto, párrafo segundo, de la constitución prescribe:

*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*³⁸

Ahora bien, si prestamos atención podremos observar un nexo conceptual, entre principios, derechos y garantías, que bien engarza con la idea sistémica del derecho como objeto de conocimiento; en donde:

*La sistematización cognoscitiva es una noción epistemológica, no literaria o retórica. Se refiere a la organización de la información, no a su presentación; a su modo de explicación no de exposición. La idea de sistematización está muy emparentada con la de planeación en su sentido genérico de organización racional de materiales.*³⁹

Como podrá observarse, el principio de estricta legalidad representa la piedra angular del derecho penal moderno, es por ello que el propio sistema normativo ha

³⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución política de los estados unidos mexicanos*, México, editorial Porrúa, 2013, pp. 19 y 20.

³⁸ *ibidem*, p. 34.

³⁹ Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, nota 32, p. 208.

creado formas jurídicas para protegerlo; tal sería el caso, de lo que en derecho penal se reconoce como garantías individuales de seguridad jurídica, concepto jurídico que en palabras de Izquierdo Muciño, “...son aquellas que protegen al individuo en sus derechos y que su fin es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere algún derecho consagrado en la ley”.⁴⁰

En suma, una vez que el principio de estricta legalidad surge a la vida jurídica, previa concordancia con la norma fundamental que lo reconoce, se crea un *complexus* normativo, -en donde los enunciados guardan relaciones de deducibilidad, verbigracia, en el sentido de que cada enunciado se encuentra implicado por otro, y así sucesivamente, hasta configurar una red de relaciones lógicas-.

1.3 El principio de estricta jurisdiccionalidad, desde una postura de derecho garantista.

Los planteamientos precedentes nos dan ocasión de abordar el segundo objeto de la epistemología garantista, engarzado al primero, condición *sine qua non* se alcanzaría óptima validez jurídica.

Nos referimos al principio de estricta jurisdiccionalidad, ámbito en que giran dos órbitas normativas, una encaminada a subsumir la conducta en las hipótesis acusatorias y, la segunda, consistente en producir prueba empírica en virtud de procedimientos, reconocidos por la ley penal, que permitan tanto la verificación como la refutación del hecho antijurídico.

En consecuencia, como apunta Ferrajoli, “... el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*.”⁴¹

⁴⁰ Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, México, editorial Oxford, 2001, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 14.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi. *op. cit.*, nota 3, p. 37.

Merced a dicho principio, se reduce el campo de discrecionalidad del juzgador, y en contrasentido se amplía el espacio de comprobación y/o refutación de la hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*; máxima, que evidencia, en palabras de nuestro autor de referencia:

*...un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aseveraciones o negaciones -de hecho o de derecho-...*⁴²

Evidentemente, la razón que justifica un juicio penal es precisamente la de verificar las acusaciones imputadas al probable responsable, verificación e imputación que son guiadas por los principios supra descritos; en este sentido, la labor del juzgador efectivamente es decir la ley (*ius dicere*), lejos de dar o crear la ley (*iu sdare*), con lo cual se complementa, en esta primera parte, la visión garantista del derecho penal.

A mayor ilustración, de esta dicotomía podemos resumir que el valor de la certeza en la determinación de la desviación punible, derivada exclusivamente a la taxativa formulación legal y judicial de supuestos típicos generales y abstractos que aplicados en el juicio, permiten ser sometidos a prueba y por tanto obtener verdad en sentido jurídico.

La segunda consideración, tiene que ver con la acertada separación entre derecho y moral y, por otro lado, entre derecho y naturaleza; diferenciación conceptual de la que se deduce la síntesis normativa, en el sentido, de que sólo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito.

⁴² *idem*.

Ante dicha transgresión, como consecuencia se sufre la condena de quien se ha probado que es su responsable, sanción entendida no como un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo, sino mas bien porque con su conducta ha conculcado la norma, que previamente ha sido creada por el legislador.

Vale la pena dar cierre a este primer acercamiento al derecho garantista, resumiendo lo que nuestro autor guía advierte; es decir, considerar que el modelo hasta aquí ilustrado sólo apunta hacia un horizonte ideal, perfectible y hasta cierta medida tendiente a reducir los márgenes de discrecionalidad en la labor decisoria del juez.

Labor esta última, que jamás podrá descontar esa parte humana en la toma de decisión objetiva de la verdad o de lo verdadero; a pesar de ello, desde el punto de vista filosófico esta valoración puede ser resuelta desde cuatro puntos de vista, que Ferrajoli define como espacios de poder.

En primer lugar, describe el poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; que se refiere a un ejercicio de toma de decisión mediante la elección entre una gama de posibilidades normativas; adecuar los hechos a la norma, en tanto que, positivamente, se encuentre descrito el tipo penal.

En segundo lugar, el poder de comprobar, mediante la guía del procedimiento reconocido por la ley, que la prueba verifica los hechos delictivos, tomando en consideración, el hecho de que:

...la prueba empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas.⁴³

⁴³ *ibidem*, p. 39.

Consideramos relevante, destacar el texto que antecede, por la razón fundamental de que nuestro objetivo de investigación y en buena medida, lo que justifica nuestro tema de tesis, tiene que ver nodalmente con este poder que el jurista italiano denomina *el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica*, ámbito temático que sirve de plataforma, en lo sustancial, a nuestra investigación por su obvia liga discursiva referente a la metodología de obtención y análisis del material probatorio en materia de criminalística.

Retomando la idea de los espacio de poder, que identifica y describe la teoría del Garantismo penal aquí esbozada, tenemos en tercer lugar, el poder de connotación o de comprensión equitativa; una verdadera labor silogística, en la que el juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena, debe fundar en la ley y motivar en su dictado las razones específicas que convierten a cada hecho en distinto de los demás. Siendo observadores, nos percatamos que, una vez más interviene una parte subjetiva de la labor judicial, dicha tarea se define como la *equidad* del juez.

Juicio, propiamente, que aparece en esta etapa del procedimiento como un momento valorativo del proceso penal, misma ocasión, que desde el punto de vista garantista, “...en vez de dirigirse a penalizar al reo más allá de los delitos cometidos, sirven para excluir su responsabilidad o para atenuar las penas conforme a las específicas y singulares circunstancias en las que los hechos comprobados se han verificado.”⁴⁴

Nada mas ilustrativo, para postular el principio *pro homine* o *pro persona* emanado del derecho internacional de los derechos humanos, mediante el que razonablemente el juzgador debe armonizar los ordenamientos ante cualquier conflicto de aplicación de normas en la rama penal; es decir, “*La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”; como bien lo expreso Cesar Landa, en su obra *La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la corte interamericana de derechos humanos*.

⁴⁴ *idem*.

Por último, en cuarto lugar tenemos el poder de disposición o de valoración ético-política, reflejo del adecuado o inadecuado engarzamiento de los principios de la estricta jurisdiccionalidad con la estricta legalidad.

Por tales motivos, ante la falta de normas que describan con precisión la desviación punible (un proceso legislativo claro y eficiente), surge en el ámbito jurisdiccional la oportunidad para la toma de decisiones discrecionales que como ha quedado apuntado, convierten la labor judicial en ineficaz e irracional y en la parte legislativa se traduce en ilegitimidad-política, rasgos que caracterizan a los modelos penales anacrónicos que la cultura jurídica y el modelo garantista han tratado de superar.

1.4 Dos modelos de antigarantismo, opuestos a los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad.

Si bien es cierto, hasta aquí se ha ilustrado, siquiera en *lato sensu*, lo que corresponde a una visión garantista del derecho penal sustentada en dos principios fundamentales, como son el de la estricta legalidad y el de la estricta jurisdiccionalidad.

A continuación, bien vale la pena esbozar lo que Ferrajoli expone acerca del antigarantismo, modelo inversamente direccional al que en supralíneas se ha descrito, que correspondería a un paradigma penal de corte ontológico, en la definición estrictamente normativa y decisionista en el plano procesal-jurisdiccional, representante de modelos arcaicos como el de la inquisición⁴⁵.

En el mismo plano epistemológico, tenemos modelos contemporáneos como el de la prevención especial, el de la defensa social, u otros como el normativo de

⁴⁵ Como ningún otro organismo, la inquisición es un símbolo del carácter puramente defensivo, de la estrechez y pobreza espiritual que caracteriza la cultura de la colonia en el siglo XVII; instalado solemnemente el santo tribunal, en lima (1570) y en nueva España (1571), dicho tribunal actúa como un superorganismo cuyas funciones invasoras y no siempre claramente delimitadas asustan, a la vez, a los otros poderes, especialmente al civil. Picón-Salas, Mariano, *De la Conquista a la Independencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 112.

autor cargado de valoraciones moralistas, antropológicas, decisionistas y de resultados eficientistas⁴⁶.

Del antigarantismo se pueden destacar dos sentidos, que se contraponen a los principios, garantistas de estricta legalidad y el de estricta jurisdiccionalidad, esto es, en contrasentido del primer principio, el tratamiento penal se enfoca con una visión cargada de valoraciones morales que se convierte en el origen del daño social; génesis que busca castigar a un autor, por lo que es en su persona, nunca por lo que ha realizado -acto que la norma estrictamente prohíbe-, apreciación estigmatizante de tipo naturalista.

Modelo en donde el prejuicio de anormalidad físico-psíquica prevalece y hasta puede graduarse para determinar un grado de peligrosidad social, que conlleva una serie de calificativos como los de vago, vagabundo, proclive a delinquir, reincidente, delincuente habitual o profesional, de tendencias delictivas o, similares.

En este sentido, bien advierte Ferrajoli que *“...Conforme a estos criterios de definición sustancial de la desviación punible se produce un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad, en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y exactamente previsto por la ley como delito.”*

Garantía normativa que debe evitar la posibilidad, bastante utilizada en la práctica jurídica, de *“castigar no quia prohibitum –porque este prohibido-, sino quia peccatum –porque es pecado-;* de este modo, se toman atribuciones de tipo

⁴⁶ Con respecto al expuesto modelo ontológico, que se opone absolutamente al modelo garantista, resulta ilustrador el discurso que Michell Foucault utiliza para señalar un modelo, que denomina de control social, mediante el cual, a partir del siglo XIX, toda la penalidad va enfocada no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer. De este modelo surge el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad, grandilocuente aportación de la criminología penal. *cfr.* Foucault, Michell, *La verdad y las formas jurídicas*, Conferencias en la Pontificia Universidad de Rio de Janeiro, Brasil, 21 y 25 de mayo de 1973, p. 42.

policial en donde se persigue *no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es.*"⁴⁷

Por otra parte, con referencia al segundo contrasentido del antigarantismo, polo opuesto al principio de estricta jurisdiccionalidad, tenemos lo que Ferrajoli denomina decisionismo procesal, un modelo alejado de los límites que la propia norma fija a las funciones jurisdiccionales, criterio discrecional que se apoya fundamentalmente en el arbitrio, cargado de subjetividad, del juzgador.

Un modelo que privilegia no hechos exteriorizados, determinados por la norma, sino cualidades personales que propician, supuestamente, grados de peligrosidad social y , por otro lado, atiende valoraciones y diagnósticos, antes que en pruebas ajustadas a un procedimiento jurídico-científico –de búsqueda de la verdad-.

Consecuentemente, la ausencia de metodología clara, convierte el juicio penal en ausente de verdad, ya que la ausencia de aserciones verificables y/o refutables, procedimientos cognoscitivos que permiten controles objetivos y racionales, facilitan la intervención protagónica del juez, parte imparcial del juicio que resuelve con base en la sabiduría omnisciente de que goza.

1.5 Efecto de la teoría garantista en la legislación penal mexicana.

Manteniendo el planteamiento garantista que antecede, resulta pertinente siquiera brevemente ilustrar lo que recientemente motivó, en México, el abandono, es decir, el final de un paradigma penal denominado de autor; dando paso por intervención del máximo Tribunal de Justicia Mexicano, a un paradigma que parte del acto, mismo que encuadra perfectamente con los postulados del jurista Italiano, los cuales guían nuestra tesis de investigación.

En primer lugar, baste recordar, que durante la época contemporánea de nuestro derecho penal, había sido utilizado un criterio individualizador de la pena que atendía al grado de culpabilidad del autor, entendido como el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 42.

reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

Pues bien para arribar al grado de culpa, la legislación sustantiva prescribía que el juzgador, en ejercicio de su arbitrio, debería tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requeriría los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto; factor, este último, que veladamente consideraba la supuesta peligrosidad social del agente.

Criterio jurídico que favorecía la práctica judicial de graduar la penalidad a imponer, tomando en consideración cuestiones que tenían que ver con la peligrosidad social del autor, en la inteligencia de que la peligrosidad es una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales.⁴⁸

Nada más ilustrativo para señalar los modelos ontológico-sustancialistas de derecho penal en donde, como se ha reiterado, las motivaciones de la pena se orientaban hacia la personalidad del supuesto delincuente; sin embargo, la evolución del derecho penal se hace patente, como bien expresa Ferrajoli, en su obra *Epistemología Jurídica y Garantismo*, cuando apunta:

Dado que el derecho penal no es un fenómeno natural sino un producto social, cuya naturaleza y estructura varía en función del tiempo y lugar, la epistemología de la ciencia del derecho depende de forma estrecha de la naturaleza del derecho mismo,

⁴⁸ El concepto de “temibilidad” deviene de la teoría de la criminalidad de Rafael Garófalo, quien estableció la Teoría de la Defensa Social, y su “teoría de la temibilidad” para sancionar al autor de un delito, definiéndola como la “perversidad constante y activa que hay que temer de parte del delincuente” Cabrera Márquez, Felipa Leticia María, *El Estudio de personalidad aplicado a mujeres privadas de libertad, a la luz de los estándares en materia de debido proceso con perspectiva de género. Una aproximación desde el modelo penal garantista*, Instituto Veracruzano de las Mujeres, México, 2008, p. 14.

*es decir, del lenguaje en que este consiste, y ha variado con los cambios de paradigma que el derecho ha sufrido en su historia milenaria.*⁴⁹

Allende del modelo penal de autor, se allanó el paso a un paradigma que no pierde de vista el principio de estricta legalidad, donde ninguna persona puede ser castigada por quien es, sino únicamente por las conductas delictivas que de manera comprobada haya cometido, siendo entonces la personalidad un criterio irrelevante, al sólo ser útil para estigmatizar al acusado, con las correspondientes consecuencias anti garantistas.

Optamos ahondar en el cambio de paradigma, antes referido, por la concordancia epistemológica que guarda el criterio de nuestro Tribunal Constitucional⁵⁰ con los postulados garantistas del destacado jurista de la escuela de Turín.

Es decir, de la lectura del artículo 72, párrafo último, del Código Penal para el Distrito Federal⁵¹, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha declarado su Inconstitucionalidad atendiendo al “*principio de acto*” que debe regir para el efecto de condenar a una persona por el hecho cometido y no por lo que es.

Merced al criterio en alusión, se deja ya, a un lado, el principio de “peligrosidad social” y en consecuencia el criterio de “personalidad” debe volverse irrelevante, pues los dictámenes tendientes a ello son únicamente para estigmatizar a la persona sujeta a jurisdicción.

En este contexto reformador, el principio de culpabilidad de observancia penal, vino a suprimir al de peligrosidad que imperó hasta antes de la reforma al Código Penal local de mil novecientos noventa y cuatro; por lo tanto, luego de la reformase debe aplicar la penalidad en razón a la “prevención” y “reinserción social” del delincuente, más no por motivos de venganza en razón del peligro que representara el sujeto activo, en el que se consideraba sus conductas delictivas precedentes.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 16, pp. 112 y 113.

⁵⁰ Tesis 1ª. /J. 20/ 2014, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, décima época, t. I, marzo de 2014, p. 376.

⁵¹ Agenda Penal del D. F., Ediciones Fiscales ISEF, México, 2013, p. 21.

1.6 La verdad científica y su relación con el principio de estricta jurisdiccionalidad.

De inicio, para establecer el punto de vista garantista respecto de lo que nuestro autor guía postula en relación al concepto de verdad, resulta pertinente delinear varias acepciones discursivas a este respecto; en primer lugar tenemos un tipo de verdad alejada del garantismo, denominada sustancial o material que se caracteriza por su pretendida búsqueda de una verdad absoluta, respecto de los sujetos indiciados en el procedimiento penal, que todo lo comprende, también, carece de límites establecidos por la normatividad y es perseguible a cualquier costa sin seguir una vía procedimental predeterminada.

Verdad sustancial que, en suma, conduce inevitablemente a una intervención del juez en alto grado arbitraria, al desatender una descripción clara y específica de las hipótesis de acusación, convirtiendo la labor jurisdiccional en autoritaria e irracionalista –es decir, anti garantista-.

Por otro lado, en contra sentido al modelo de verdad sustancial, previamente descrito, se postula un modelo denominado de verdad formal o procesal, correlativo al garantismo penal, relacionado concretamente a hechos y circunstancias descritos en la normatividad penal que busca obtenerse mediante el respeto de reglas precisas tendientes a un tipo de verdad controlada y circunscrita a cuatro esferas de conocimiento; a saber: 1) a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, 2) de que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, 3) de que es siempre una verdad solamente probable y opinable –en el sentido de aproximativa-; y 4) de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias.

Como podrá observarse, del tipo de verdad, perseguida por el modelo supracitado, deriva el formalismo, que en términos de Ferrajoli, *“...en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es*

*inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables.”*⁵²

De las líneas precedentes, no pasa inadvertida la idea resaltada en el punto 2) respecto a la búsqueda de una verdad formal, *que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas*, precisamente porque guarda relación con nuestro objetivo nodal de investigación de tesis; en el sentido de que el procedimiento de obtención, análisis y emisión de una prueba pericial en materia de criminalística debe ser, en términos de nuestra postura garantista de estudio, congruente con los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad hasta aquí expuestos.

Vale retomar la conceptualización del término verdad, desde la epistemología garantista que nos sirve de guía, para tal fin resulta pertinente puntualizar el hecho de que en el ámbito del derecho penal existe una relación indisoluble entre saber-poder, entrelazamiento de conocimiento –verdad- y de decisión –autoridad-.

Trama teórico normativa, entre el esquema epistemológico de tipo convencionalista y cognoscitivista y el sistema de las garantías penales y procesales: *“...en el sentido de que los vínculos metodológicos asegurados por el primero a la definición y la comprobación de la desviación punible como condiciones de verdad corresponden a los límites normativos impuestos por el segundo al abuso potestativo como condiciones de validez.”*⁵³

Luego entonces, vuelve a demostrarse la idea sistémica del derecho ya que del entrelazamiento entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitivismo jurisdiccional surge un modelo ideal en el ámbito penal propuesto como meta aproximable, nunca del todo, a plenitud alcanzable.

⁵² Ferrajoli, Luigi, *op cit.*, nota 3, p. 45.

⁵³ *ibidem*, p. 46.

En donde “...las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad; y que «saber» y «poder» concurren en medida distinta en el juicio según aquéllas sean más o menos realizables y satisfechas.”⁵⁴

Ahora bien, desde el punto de vista semántico se observa que las resoluciones judiciales llevan implícito enunciados que relacionan los hechos con las normas jurídicas que hablan de ellos, es decir, son aserciones, empíricas (de hecho) o cognitivas (de derecho), ambas continentes de verdad, en la medida en que son verificables (o refutables) por medio de la investigación empírica.

A mayor explicación, la primera de estas verdades o sea la verdad fáctica – *quaestio facti*-, puede ser obtenida gracias a la prueba que permite el acercamiento al hecho y su imputación al probable responsable, mientras que la segunda se traduce en una verdad jurídica –*quaestio iuris*-, en virtud de la interpretación de los enunciados prescriptivos que denotan la conducta como antijurídica.

A todo lo anterior baste agregar que, para comprobar las cuestiones de facto – hecho-, vale recurrir a un método inductivo en relación a los medios de prueba de que se dispone; por su cuenta, las cuestiones de derecho son resultado del empleo de un método deductivo en relación al significado de las palabras que entraña la ley, ambos métodos, inductivo-deductivo, confluyen para construir la verdad fáctica y verdad jurídica, que en nuestra postura garantista integran la verdad procesal.

En nada demerita lo anterior, exponer la conclusión a la que arriba el jurista italiano, cuando asiente “...es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos verdadero y falso para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos.”⁵⁵

⁵⁴ *idem*.

⁵⁵ *ibidem*, p. 49.

1.7 Reseña histórica del paradigma positivista, fuente conceptual de la investigación criminalística.

Ahora bien, consideramos pertinente, desde el diseño de nuestro capitulado, en la etapa del proyecto de tesis, indagar, siquiera someramente, respecto a los albores del paradigma de la ciencia, que hoy se ha convertido en contemporáneo; para tal fin, recurrimos a destacados pensadores que han buscado e identificado en la historia humana a los personajes que mediante su trabajo enriquecen el concepto de conocimiento científico.

Es decir, no resulta ocioso rastrear la génesis y desarrollo del modelo contemporáneo de ciencia que sirve de andamiaje al concepto aproximativo de verdad científica, sobre el que las disciplinas criminalísticas apoyan su metodología de obtención, análisis y emisión de resultados como elementos de prueba en el proceso penal.

Hurgando en la literatura dedicada a plantear conceptualmente lo que debe entenderse por ciencia moderna nos encontramos con la ineludible necesidad de esclarecer el concepto de “*paradigma*”, ya que, si bien, ahondaremos en el tema del paradigma positivista, previo a su análisis y evolución debemos tener claro como punto de partida lo que dicho concepto representa.

Sin mayor preámbulo, exponemos lo que al respecto refiere un texto clásico *La estructura de las revoluciones científicas*, trabajo expositivo en donde su autor Thomas Kuhn, propone una definición en el sentido de que un paradigma es:

*...investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante algún tiempo, como fundamento para una práctica posterior. Una investigación histórica profunda de una especialidad dada, en un momento dado, revela un conjunto de ilustraciones recurrentes y casi normalizadas de diversas teorías en sus aplicaciones conceptuales, instrumentales, y de observación.*⁵⁶

⁵⁶ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 81.

Concluye sosteniendo que éstos son los paradigmas de la comunidad revelados en sus libros de texto, sus conferencias y sus ejercicios de laboratorio.⁵⁷ Para no distraer nuestra primer intención, damos paso al propuesto recuento histórico.

Parece un consenso generalizado, ubicar la época clásica de la cultura griega como el inicio de un método o forma de responder a las interrogantes, respecto de la relación del hombre con el mundo natural; a decir de David Lindberg, “...*Tales, Pitágoras y Heráclito...*, emprendieron un nuevo modo de investigación intelectual...”⁵⁸.

Modelo que, en épocas recientes, hemos dado en denominar filosofía, ya que durante el siglo VI, antes de nuestra era (a. C.), un grupo de pensadores inició una investigación seria y crítica acerca de la naturaleza del mundo en el que vivían.

En virtud de su genio y curiosidad, se preguntaron acerca de los ingredientes de aquél, su composición y su modo de operar. Investigaron si está hecho de una cosa o de muchas. Se plantearon cuál era su forma y localización y especularon acerca de sus orígenes.

Tomando la realidad como objeto de estudio, trataron de comprender el proceso de cambio mediante el cual una cosa parece transformarse en otra; insatisfechos con respuestas singulares se fijaron como meta la obtención de explicaciones universales, utilizando, para tal fin, las reglas de la argumentación y de la prueba.

*Los primeros filósofos no sólo plantearon un nuevo conjunto de preguntas, también buscaron nuevos modos de responder. Gradualmente, la personificación de la naturaleza se fue convirtiendo en una característica cada vez menos prominente en su discurso y los dioses desaparecieron de sus explicaciones de los fenómenos naturales.*⁵⁹

⁵⁷ cfr. Villa, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, México, UNAM, 2011, p. 115. Para este autor existe una correspondencia teórica entre paradigma y esquemas conceptuales, “...el conocimiento, cuando asume una forma acabada, termina por articularse siempre en conjuntos complejos de elementos diversos, jerárquicamente estructurados, que evolucionan históricamente y que están facultados para ofrecer, una y otra vez, un orden y una organización al campo de la experiencia objeto de investigación.”

⁵⁸ Lindbergh, David C., *Los inicios de la ciencia occidental*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 50.

⁵⁹ *idem*.

Si bien es cierto, de esta forma se cimentó un modelo de obtención de conocimiento, también resulta evidente que el devenir de la investigación ha trascendido por varias etapas, en paralelo a la madurez, por decirlo de algún modo, del pensamiento occidental creador del concepto de ciencia.

Es decir, si aceptamos el paradigma moderno en que se sustenta el conocimiento científico, que por cierto, representa el método que debe seguir toda investigación que se precie de pertinente, bien vale esbozar, siquiera someramente, algunas etapas que ha recorrido el precitado modelo epistemológico, máxime cuando, específicamente, la pericial criminalística, en general y las ciencias interdisciplinarias en particular presumen de ser resultado de una ciencia.

De la expuesta etapa arcaica del pensamiento filosófico griego, es posible rescatar la idea de que es necesario atender algunas reglas de razonamiento lógico, argumentativo para estar en posibilidad de evaluar la producción de una determinada teoría.

Enseguida, damos cause al parteaguas de este periodo primigenio, nos referimos al año 399 a. C. cuando fallece Sócrates, pensador que *“...representa un cambio de énfasis dentro de la filosofía griega: se dejan de lado los intereses cosmológicos de los siglos VI y V para pasar a los temas políticos y éticos.”*⁶⁰ Tomamos como referente a este destacado personaje, ya que se suele denominar como filósofos presocráticos a los primeros pensadores de que se hace referencia en aquella etapa inicial de la ciencia.

A continuación, Platón, joven discípulo de Sócrates, cuya extensa obra quedó agotada en sus numerosos diálogos, de quien podemos rescatar la idea de que la vía hacia el conocimiento pasa por la reflexión filosófica, luego de expresar que *“... el conocimiento de las formas eternas (la más alta y quizá la única forma verdadera de conocimiento) se obtiene solo a través del uso de la razón...”*.

⁶⁰ *ibidem*, p. 62.

Instrumento, mental, que permite identificar la realidad con las propiedades que las clases de cosas tienen en común en la forma idealizada, es decir, para alcanzar el verdadero conocimiento, debemos dejar de lado todas las características peculiares de las cosas individuales y buscar las características compartidas que los definen en clases. Este punto de vista, tiene un tinte moderno, ya que la *idealización*⁶¹ es una característica prominente de gran parte de la ciencia moderna.

De lo expuesto, bien se pueden identificar los albores de lo que ha llegado a constituir el paradigma moderno de la ciencia, filósofos, en ejercicio de la razón – *logos* discursivo, inmanente que en definitiva se disocio del *mythos* trascendente-, creadores de una concepción de la naturaleza que ha servido como fundamento del modelo de investigación científica en el transcurso de los siglos (la concepción de la naturaleza presupuesta, más o menos, por la ciencia moderna).

En este ejercicio, de memorabilia, no sería posible ignorar los conceptos de otro gran filósofo clásico, Aristóteles que nació en el año 384 a. C. en la ciudad de Estagira, al norte de Grecia; este pensador, tuvo la ventaja de recibir una educación excepcional: a los diecisiete años, fue enviado a Atenas para estudiar con Platón.

Contrario a las opiniones de su mentor, Aristóteles afirmaba que los objetos sensibles debían tener existencia autónoma para constituir el mundo real, en virtud de que los rasgos que dan su carácter a un objeto individual no tienen una existencia anterior y separada en un mundo de formas, sino que pertenecen al propio objeto (inherentes).

Aristóteles retrocedió para ahondar en un método experimental, dado que el verdadero conocimiento debe serlo de lo verdaderamente real; dicho de otro

⁶¹ En términos de la idealización, el objetivo de la ciencia será interpretar la realidad matemáticamente; es decir, expresar enunciados generales a partir de hechos particulares, el mundo inteligible, modélico e inmutable que encuentra su formulación mas certera en la matemática. Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 29.

modo, el proceso de la adquisición del conocimiento inicia con la experiencia sensible, experiencia que en repetidas ocasiones deja una memoria.

Merced al método aristotélico, se produjo una disociación conceptual en que “...la filosofía abandona en la ciencia el campo del saber positivo, para reservarse la meditación sobre la existencia humana. La ciencia se ocupará del mundo y de la naturaleza en su dimensión positiva, mientras que la filosofía se dedicará a cuestiones abstractas, existenciales y metafísicas.”⁶²

De hecho, el conocimiento se alcanza mediante un proceso que empieza con la experiencia, consecuentemente, el conocimiento es empírico; nada puede ser conocido al margen de la experiencia. No obstante, lo que aprendemos por medio de este proceso, inductivo, no adquiere el estatus de verdadero conocimiento hasta que se presenta en forma deductiva.

A comentario de Lindberg: “Al igual que el científico moderno, Aristóteles no procedió siguiendo un recetario metodológico, sino más bien mediante métodos aproximados a su disposición, procedimientos familiares que a su vez habían sido probados en la práctica. Alguien ha definido la ciencia como: -hacer lo que uno puede, sin restricciones-.”⁶³

No representa obstáculo de principio, recurrir al trabajo literario de otro gran pensador como lo fue Bertrand Russell, perteneciente a lo que se ha dado en denominar pléyade contemporánea de filósofos y hombres de ciencia; selecto grupo, de una época en que:

*...la búsqueda de la verdad constituye el acicate y la mayor recompensa para el espíritu científico, y la más reciente, descarnada, exigente, cruel, pero al mismo tiempo esperanzadora, en la que el conocimiento científico y tecnológico se transforma en poder que puede alterar la vida, que puede transformar la naturaleza, destruirla o proyectarla con grandeza.*⁶⁴

Desde su perspectiva, Russell, sostiene que la ciencia como factor en la vida humana es sumamente reciente; es decir, como fuerza importante comienza con

⁶² *ibidem*, p. 23.

⁶³ *ibidem*, p. 79.

⁶⁴ Russell, Bertrand, *El panorama de la ciencia*, Chile, editorial ERCILLA, 1988, p. 2.

Aristóteles, unos 300 años antes de Cristo (a. C.), no obstante, durante los últimos 150 ciento cincuenta años la ciencia se ha convertido en un factor de cambio global, tanto natural como culturalmente hablando y dicho factor sigue un avance en constante desarrollo.

En palabras de este científico, “...para que una civilización científica sea una buena civilización, es necesario que el aumento de conocimiento vaya acompañado de un aumento de sabiduría. Entiendo por sabiduría una concepción justa de los fines de la vida.”⁶⁵

Luego de comentar la obra de algunos de estos griegos investigadores, de la etapa clásica, este hombre de ciencia, pasa a exponer la influencia que el mundo árabe tuvo, por medio de la alquimia (método que se propuso transmutar los metales en oro, descubrir la piedra filosofal y confeccionar el elixir de la vida) en otros hombres de ciencia como Roger Bacón.

A pesar de dicha influencia de conocimientos, los árabes tuvieron un defecto metodológico que era el opuesto del de los griegos, a saber: buscaban hechos separados más que principios generales y no tuvieron la facultad de deducir leyes generales de los hechos que habían descubierto.

Cita seguida, nos sitúa en los albores del renacimiento, cuando la escolástica⁶⁶ comienza a ceder a la fuerza de la libre especulación, destaca con mucho el genio de Leonardo Da Vinci, con cuyos trabajos se adelanta a su época, contrario a lo que pudiera suponerse, este inquieto inventor no parece haber influenciado en los trabajos de sus sucesores científicos.

Mas bien, comenta Rusell, el método científico, tal como lo conocemos, aparece en escena con Galileo (1564-1642) y Kepler (1571-1630), contemporáneo, éste de

⁶⁵ *ibidem*, p. 6.

⁶⁶ Picón-Salas, refiere a un tipo de pensamiento que subordina el contenido científico, al ideal teológico. Como lo que importa es la adecuación de las cosas a esa norma suprema, de esta concepción filosófico-intelectualista se desprenden otras características del pensamiento colonial: negación del progreso en cuanto el orden divino es inmutable. Se quiere vivir en un mundo no alterado por lo temporal y contingente, y por ello falta el espíritu histórico, o sea la conciencia de lo cambiante. Lo particular se subordina a un principio ideal, a una norma de autoridad o tradición, no verificada por la experiencia. Picón-Salas, Mariano, *op. cit.*, nota 45, p. 148.

aquél, que alcanzaría la fama por sus leyes, la primera de ellas descubrir que los planetas se mueven en torno al sol según elipses y no circunferencias perfectas.

En efecto, fueron Kepler y Galileo los que en ejercicio del método científico lograron madurar una hipótesis, compartida, por cierto, en las ideas de Copérnico y algunos griegos de la antigüedad, para cristalizarla en una ley; en suma, Rusell concluye”...*pasaron de la observación de hechos particulares al establecimiento de leyes cuantitativas rigurosas, por medio de las cuales los hechos particulares futuros podían ser predichos.*”

De tal trascendencia resultó esta forma de aprender la realidad que Galileo en su afán por demostrar sus leyes sobre cuerpos celestes, hacia el final de su vida cuando rondaba los setenta años, enfermó y en precario estado físico, tuvo que enfrentar un juicio ante el celeberrimo tribunal de la Inquisición órgano que censuró los trabajos científicos de Galilei e impuso como pena un tipo de arresto domiciliario vitalicio.

Ajeno a nuestra intención, sería profundizar demasiado respecto de las tribulaciones que en su momento tuvo que enfrentar Galileo; concluimos brevemente su reseña, mencionando que el fondo del enfrentamiento entre el método Galilei y el método Inquisitivo, por así decirlo, no fue tanto un conflicto entre el libre pensamiento y el fanatismo, o entre la ciencia y la religión. Más bien, consistió en la síntesis conceptual de la disputa entre el espíritu de inducción y el espíritu de deducción que motivara la sentencia, del genio de Pisa.

Galileo, en ejercicio de un pensamiento contrario al principio de autoridad, cuestionó a Aristóteles y a las Escrituras, obteniendo como resultado una conmoción profunda, desde la base de todo el edificio del conocimiento medieval; de tal suerte, que viene a la mente cuando Sócrates exclamó:

...que él era más sabio que sus contemporáneos, porque él sólo sabía que no sabía nada. Esto era un artificio retórico. Galileo pudo haber dicho con verdad que

*no sabía gran cosa, pero sabía que sabía algo, mientras los contemporáneos de Aristóteles no sabían nada y pensaban que sabían mucho.*⁶⁷

Advertimos, en este ejercicio de recuperación de nombres e ideas que han ido moldeando el paradigma moderno de la ciencia, que Isaac Newton curiosamente nació el mismo año en que Galileo pasaba a mejor vida 1642, a pesar de su innegable genio científico, pecaba de modestia e incluso no toleraba ser motivo de críticas por la publicación de sus *Principia*, este hecho nos conduce a “deducir” que de haber enfrentado el contexto adverso que padeció el genio italiano, Newton no habría publicado sus trabajos.

De esta labor de investigación, cristalizó el trabajo que a la postre habría de ganar uno de los principales lugares en el estudio del quehacer científico, ya que Newton organizó diversas tesis en torno al problema de la gravitación de los cuerpos celestes; para luego, publicar la portentosa ley de la gravitación universal, en donde:

*...los Principia, de Newton, conservan la forma deductiva inaugurada por los griegos, su espíritu es del todo diferente del de la obra griega, toda vez que la ley de gravitación, que es una de sus premisas, no es supuesta como evidente por sí misma, sino que se llega a ella inductivamente, con las leyes de Képler.*⁶⁸

En este contexto, la aportación de Newton, al ideal de la ciencia como método consiste en que de la observación de hechos particulares válidamente se llega por inducción a una ley general, y por deducción de la ley general son inferidos otros hechos particulares.

Sin embargo, por más contundente que parecieran los resultados obtenidos por este científico inglés, pasaron cerca de doscientos años para que otro gran hombre de ciencia, nos referimos a Einstein, replanteara la ley de gravitación y

⁶⁷ Rusell, Bertrand, *op. cit.*, nota 64, p. 14.

⁶⁸ *ibidem*, p. 17.

descubriera la teoría de la relatividad⁶⁹ misma que permite conceptualizar el tiempo y el espacio desde la teoría general de la física.

Siendo atentos, la anterior aportación al modelo de ciencia, lejos de constituir un plan acabado, lo único que ha demostrado es otra particularidad de la ciencia, esto es que en cada periodo o etapa científica los conocimientos alcanzados no son definitivos, por el contrario suele suceder que simplemente sirven de base para el mejoramiento posterior de nuevas teorías en complemento de las anteriores y así sucesivamente en un devenir⁷⁰ tiempo-espacio-conocimiento, fenómeno que constituye los paradigmas del conocimiento.

En este sentido Rusell expresa, a manera de ejemplo que: *“La obra de Einstein ha acentuado la dificultad de soluciones acabadas en la ciencia. La ley de gravitación de Newton ha reinado durante tanto tiempo y ha explicado tantas cosas, que parecía apenas creíble que tuviera necesidad de corrección. Sin embargo, tal corrección ha resultado necesaria al final, y nadie duda de que la corrección tendrá que ser, a su vez, corregida.”*⁷¹

A resumidas cuentas, la exposición precedente nos deja claro que el conocimiento científico busca explicar los fenómenos de la naturaleza tomando en cuenta causas demostrables empíricamente, tomando componentes materialmente tangibles y medibles por diferentes procedimientos y técnicas. En estos términos, la ciencia busca establecer los principios y leyes naturales permanentes que rigen el funcionamiento del universo, para, a partir de este conocimiento, predecir nuevos acontecimientos.

Valgan los ejemplos ilustrados, para señalar que los descubrimientos científicos basados en la física, matemáticas y algunas otras materias de razonamiento puro constituyen un paradigma denominado positivista que incluso ha alcanzado el

⁶⁹ En lo que Einstein difiere de Newton, en lo hasta ahora observado, resulta aquél tener razón. La ley de gravitación de Einstein es más general que la de Newton, toda vez que no sólo se aplica a la materia, sino también a la luz y a toda forma de energía. *ibidem*, p. 25.

⁷⁰ Término acuñado en la contextualización histórica del objeto de estudio; es decir, los fenómenos son procesos cambiantes, dentro de una realidad dinámica, en continuo movimiento, oposición y conflicto. Por tanto es recomendable aproximarse de manera temporal al devenir del objeto. Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 236.

⁷¹ Rusell, Bertrand, *op. cit.*, nota 64, p. 17.

ámbito de las ciencias sociales⁷²; en donde es posible, ubicar este modelo en la tradición científico-filosófica denominada Galileana⁷³ cuya metodología mecanicista se propone explicar y predecir fenómenos.

A este respecto se refieren María J. Rubio y J. Varas cuando expresan: *"La explicación se entiende como explicación causal (a todo efecto le precede una causa) y mecanicista por cuanto considera la naturaleza un sistema de movimiento en equilibrio estático sometido a las leyes permanentes y universales; un mecanismo cuyos movimientos se pueden predecir y calcular matemáticamente."*⁷⁴

Paradigma científico positivista, que encuentra conexión conceptual con el empirismo representado por Sir Francis Bacon quien lo definía como *"...aquella filosofía que considera como cognoscible únicamente lo que procede de la experiencia. Además de que...sólo lo que es observable, accesible a los sentidos, puede ser considerado objeto de investigación."*⁷⁵

En esta tesitura se allana Augusto Comte, cuando en su trabajos de ciencia social utilizó el termino positivismo para referirse al estadio que debía alcanzar la sociedad burguesa para superar estadios previos como el teológico y metafísico (filosófico). Cuando la imaginación y la abstracción quedaren superadas por la observación, las cosas se consideren como expresiones de datos, como algo dado o positivo, es decir, el positivismo busca los hechos y sus leyes, no las esencias o principios.⁷⁶

Para resumir este paradigma positivista vale brevemente apuntar sus rasgos característicos; a saber: "1) *El monismo metodológico.* 2) *La matematización de la*

⁷² Plataforma científica que en sociología ha sido postulada en los trabajos de Durkheim como sociología cuantitativa basada en la estadística; para justificar su postura, afirma: *Nuestro principal objetivo es extender a la conducta humana el racionalismo científico, destacando que, considerada en el pasado, puede reducirse a relaciones de causa y efecto, y que mediante una regla no menos racional, es posible luego transformar estas últimas en reglas de actuación para el futuro.* Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 68.

⁷³ Postura que se entiende como explicación causal (a todo efecto le precede una causa) y mecanicista por cuanto considera la naturaleza un sistema de movimiento en equilibrio estático sometido a leyes permanentes y universales; un mecanicismo cuyos movimientos se pueden predecir y calcular matemáticamente. *ibidem*, p. 67.

⁷⁴ *idem.*

⁷⁵ *ibidem*, p. 68.

⁷⁶ *ibidem*, p. 22

realidad. 3) La explicación causal, funcional y mecanicista. 4) Interés tecnológico o instrumental.”⁷⁷

Por tanto y demás, el discurrir indagatorio por el modelo epistemológico de la ciencia positiva guarda la intención de colocar dicho modelo como fuente teórica de las ciencias criminalísticas, que en un momento dado auxilian al derecho penal en el ámbito procesal probatorio; cuando la prueba pericial interviene como elemento decisorio en el ánimo del juzgador, previo a la emisión de la sentencia jurisdiccional.

Precisamente, retomando la visión garantista, que postula un modelo denominado de verdad formal o procesal relacionado concretamente a hechos y circunstancias descritos en la normatividad penal que busca obtenerse mediante el respeto de reglas precisas tendientes a obtener un tipo de verdad controlada y circunscrita a la corroboración sustentada en pruebas acopiadas a través de técnicas normativamente preestablecidas tendientes a la búsqueda de una verdad formal.

Ahora, si bien es cierto que el paradigma positivista o de ciencia moderna sirve de sustento teórico a la metodología criminalística de la cual derivan las pruebas periciales interdisciplinarias; también cierto es, que bien puede someterse a estudio este paradigma, si y solo si, asumimos una postura teórico-discursiva cimentada en otro paradigma contemporáneo de ciencia mediante el cual es posible, siquiera discursivamente, cuestionar los postulados de tipo positivista; nos referimos de inicio, al denominado paradigma Hermenéutico.

La posibilidad de adoptar otra perspectiva respecto al concepto de ciencia moderna radica en que una concepción atemporal e inmutable de la naturaleza será cuestionada por la ciencia contemporánea al incidir en fenómenos irreversibles que muestran una naturaleza creadora, no estática y dada para la eternidad.

⁷⁷ *ibidem*, p. 68.

Punto de vista que aborda a la naturaleza como un conjunto de fenómenos en constante transformación, en la que los procesos de creación y cambio son fundamentales y dan origen a una complejidad y multiplicidad de acontecimientos en constante renovación y diversificación.

Baste referir como ejemplo, los efectos producidos por el estudio de la física cuántica en el terreno del conocimiento contemporáneo, ya que este objeto de conocimiento permitió un nuevo encuentro y dialogo entre la ciencia y la filosofía, se abonó el terreno para una nueva alianza al mostrar que:

*...lo que investigamos no es, como en la mecánica clásica, la realidad objetiva, sino la naturaleza tal y como se nos presenta a través de los aparatos de medida; además frente al determinismo clásico, nuestro conocimiento de la realidad es limitado e incierto, pues, como muestra el principio de incertidumbre de Heisemberg, no podemos conocer a la vez la posición y la velocidad de una partícula, cuanto mayor sea la precisión de uno de los datos más impreciso será el otro.*⁷⁸

En este contexto, retomando la tradición aristotélica o comprensiva tenemos que la hermenéutica define a la interpretación como intento por desentrañar el significado, ya bien el sentido, intencionalidad de un texto, de un símbolo o de un acontecimiento.

Tradición encaminada a la comprensión del conocimiento científico, que lleva aparejadas cuestiones psicológicas relacionadas con la empatía, entendida como la posibilidad de adquirir conocimiento poniéndose en el lugar del otro, por identificación afectiva y mental; postura finalista que trata de acceder a los pensamientos, valores, sentimientos y motivos del ser humano como objeto de conocimiento. A decir de Rubio y Varas, *“Se da, por tanto, una unidad sujeto-objeto que permite la comprensión desde dentro de los fenómenos históricos, sociales y humanos”*.⁷⁹

⁷⁸ Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 24.

⁷⁹ *ibidem*, p. 69.

Luego entonces, para la hermenéutica resulta necesario atender las condiciones que intervienen en el proceso de comprensión de un determinado objeto de estudio, para el caso la relación que produce la transmisión del lenguaje cuyo sentido se trata de penetrar; en este sentido, la hermenéutica tiene como finalidad la búsqueda del sentido que orienta al lenguaje.

Pero existe un productor, usuario del conjunto de signos socialmente constituido que mediante una convención refleja la relación signo o significante y un significado; por lo tanto, *“El habla es un acto individual y voluntario en el que el sujeto combina los signos que le ofrece la lengua para expresar un pensamiento personal, es decir, para elaborar un discurso significativo”*⁸⁰

Propiamente en el ámbito de la ciencia social, el paradigma en alusión ha sido postulado por Max Weber, sociólogo que muestra en sus trabajos una línea integradora de los aspectos positivos e interpretativos.

Tradición sociológica que busca el sentido de la acción social mediante la producción y el análisis de discursos, ya que *“...la hermenéutica como conocimiento comprensivo permite una relación de identidad entre sujeto y objeto, por cuanto el investigador sólo puede acceder al significado de un hecho en la medida que comparta con él, que reconozca en él, significados, valores comunes que le permitan acceder a su sentido.”*⁸¹

En términos de lo anterior, se concluye que la comprensión es un proceso reflexivo por cuanto que es el propio hombre quien se estudia, analiza, investiga en sus producciones históricas, sociales, psicológicas; en palabras de un sociólogo destacado, como lo es Dilthey, quien lo expresa así: *“el espíritu sólo puede comprender lo que ha hecho.”*⁸²

Si bien hemos esbozado el paradigma hermenéutico, no podríamos ignorar otra tradición o modelo de acercarse al conocimiento científico, nos referimos al paradigma dialéctico, en donde a semejanza de un dialogo hay dos

⁸⁰ *idem.*

⁸¹ *ibidem*, p. 70.

⁸² *idem.*

argumentaciones, dos razones, que se oponen, en dialéctica hay dos lógicas, dos razones que se confrontan; forma de pensamiento vinculado inicialmente a Hegel (Georg Wilhelm Friedrich Hegel 1770-1831), filósofo alemán que expresaba que la realidad no está acabada, sino en continuo movimiento, en busca de su perfección.

Para este último enfoque, existe una lógica del desenvolvimiento de la realidad; a saber, la realidad se realiza en la confrontación de la lógica del ser y la lógica del pensar, entre lo real y lo abstracto. Postura filosófica que ahonda en el concepto de lo abstracto, donde la idea es el momento negativo, la negación de lo real.

De tal forma, lo real (tesis) es lo que puede llegar a ser (síntesis), pero sólo, sólo y sí, a partir de su negación en la abstracción (antítesis), en esta lógica, la dinámica social, el cambio, la evolución de la humanidad se condiciona al desarrollo del pensamiento.

Un paso adelante en esta conceptualización de la dialéctica idealista de Hegel, lo representa el trabajo de Marx (Karl Marx 1818-1883), donde la dialéctica materialista postula que no son las ideas o el espíritu –en abstracto-, lo que protagoniza el progreso humano, por el contrario el motor de dicho avance resultan ser las relaciones de producción, el trabajo y la acción material del hombre.

Esta propuesta paradigmática, manifiesta cinco rasgos que la caracterizan; a saber: a) *Todo se halla en relación*; b) *Todo se transforma*; c) *El cambio cualitativo: la transformación de la cantidad en cualidad*; d) *La lucha de los contrarios o la ley de la unidad de los contrarios*; e) *La ley del desarrollo en espiral*.

Característica sintética, que propiamente supone la integración de lo superado en lo nuevo; en palabras de Lefebvre: *“El cambio producido por la lucha de contrarios establece un movimiento en espiral, es decir, que vuelve a etapas anteriores, integrándolas, superándolas, profundizándolas al elevarlas de nivel.”*⁸³

⁸³ *ibidem*, p. 72.

Finalmente, para esta postura, existe una relación entre lo concreto y lo abstracto, de tal modo que, la abstracción, la teorización solamente vale en la medida que nos permite conocer lo concreto, los hechos en su contexto histórico y espacial específico.

Rubio y Varas presentan dos citas que dan claro ejemplo de la postura dialéctica; en primer lugar exponen el pensar de Martín Serrano, quien expresa “...los dialécticos no interpretan el término “totalidad” como una contingencia general abstracta. En el plano del conocimiento, la totalidad es un conocimiento concreto orientado a la praxis; y en el plano de la sociedad, la totalidad se refiere a una sociedad concreta, es decir, una formación social determinada.”⁸⁴

En segundo lugar, nuestros autores de referencia aluden a Habermas cuando exponen que “...la dialéctica se distancia igualmente del positivismo y de la hermenéutica para integrarlos. El punto de vista dialéctico une el método del comprender (hermenéutica) con los procedimientos objetivantes de la ciencia analítico-causal (positivismo), y en una crítica sobrepajante por ambas partes, hace que cada uno obtenga sus derechos.”⁸⁵

Luego de definir, siquiera someramente los principales paradigmas, o como bien se define las principales tradiciones representativas igualmente de dos modos de entender el conocimiento científico, no podríamos dejar cerrado el discurso que refiere a ello; es decir, en la medida que se profundiza en este abarcador tema, en esa misma medida se obtiene mayor información respecto a nuevas teorías que abordan el tema científico.

Para muestra un ejemplo específico, nos referimos al trabajo de los falsacionistas, a reserva de exponer brevemente el tema, iniciamos señalando el hecho de que Ferrajoli, sin proponérselo, quizá, expresó algunas líneas que encuadran perfectamente con este tópico, que de inicio anticipamos, cuando dicho jurista expuso: “...la historiografía y las ciencias naturales son capaces de

⁸⁴ *ibidem*, p. 73.

⁸⁵ *idem*.

*autocorrección, al estar destinadas a sucumbir las hipótesis falsas o inadecuadas frente a las refutaciones y críticas de la comunidad de los historiadores y los científicos...*⁸⁶

En nada contradice lo anterior, la línea discursiva que cuestiona los enunciados inductivistas obtenidos de la experiencia y que, dicho sea de paso, decantan del paradigma positivista de ciencia que como hemos apuntado pueden ser cuestionados desde otra línea discursiva, para enfatizar este hecho José Alfonso Bouzas Ortiz en su obra *Epistemología y derecho* menciona los postulados de Chalmers, en el sentido de que “...un planteamiento inductivista alternativo sostendrá que; el objetivo no es o está en hacer el planteamiento teórico para siempre o general, que el objeto de la ciencia está en estimar la probabilidad inmediata posterior.”

De este enfoque particular de la ciencia, se desprende que una posible salida al inductivismo consistiría en afirmar que la ciencia no se puede justificar de un modo racional, por lo tanto no le caben las críticas lógicas o de la experiencia. Por tal motivo, se diluye la condición inductivista de que todo el conocimiento no lógico se tenga que derivar de la experiencia y argumentar en favor del principio de inducción basándose en alguna otra razón.

Cabe considerar que la observación implica dos supuestos en los que, en primer lugar, un observador humano tiene acceso más o menos directo a algunas propiedades del mundo exterior, en la medida en que el cerebro registra esas propiedades en el acto de ver (percibir por cualquiera de los sentidos). La segunda consideración, que precisamente pretenden los falsacionistas poner en duda, consistiría en que dos observadores que vean el mismo objeto o escena desde el mismo lugar, necesariamente verán lo mismo.

Utilizando este análisis, podemos ejemplificar a dos observadores que son sometidos a la observación de un mismo objeto, en igualdad de circunstancias controladas; en efecto, una situación será lo que su retina ocular registre como reflejo de la imagen, y otra muy distinta la experiencia visual subjetiva que registre su percepción ya que esta última experiencia se relaciona con el estado interno de

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 57

nuestra mente o cerebro, que dependerá de nuestra educación, cultura, conocimiento y no estará determinado únicamente por las propiedades físicas de nuestros órganos sensoriales.

No desaprovechamos la ocasión para señalar que el discurrir por los cauces del tema científico, nos conduce a diversos enfoques teórico-conceptuales, amenazando, entre otras cosas como la premura de tiempo, con desviar nuestro estudio del objetivo primordial de tesis, hecho que nos obliga de momento a dar cierre al presente subtema, no sin antes concluir que: *“Nunca se puede decir que una teoría es verdadera, por muy bien que haya superado pruebas rigurosas, pero afortunadamente se puede decir que una teoría actual es superior a sus predecesoras en el sentido de que es capaz de superar pruebas que falsaron a sus predecesoras.”*⁸⁷

⁸⁷ *cfr.*, Chalmers Alain F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, Siglo XXI Editores, pp. 60-80.

Capítulo II. El derecho penal y su relación con otras ciencias interdisciplinarias

“El Derecho Penal es una rama del derecho que se involucra con el ser humano en todas sus dimensiones, materiales y espirituales. Siendo así, tiene un atractivo fascinante, como lo es el hombre mismo, con sus debilidades y fortalezas...”

Hugo Antonio Díaz Uribe.⁸⁸

2.1. Definición de derecho penal

Posterior a un estudio de diversos autores, coincidimos que a pesar de no existir una definición única, monista, respecto de la definición del concepto de derecho penal, como lo ilustraremos a continuación, por concordancia temática habremos de acoger una definición que concuerde con la visión garantista de derecho.

Enseguida trataremos de explicar de qué manera una disciplina jurídico normativa, tal como lo es el derecho, encuentra en unas ocasiones de forma horizontal, y de forma vertical en otras, acercamientos conceptuales con disciplinas de sustento teórico científico, al caso concreto la criminalística de campo, de manera específica ilustraremos de qué forma y bajo qué condiciones, en el terreno de esta metodología de investigación, dichos acercamientos se transforman, de verdades de facto, en verdades jurídicas plasmadas en los medios de prueba que la legislación reconoce.

No por ello ignoramos el hecho de que a semejanza de la evolución misma del conocimiento humano, el derecho penal en su paso por el devenir histórico ha gozado de diversas acepciones todas ellas caracterizadas e influenciadas por los paradigmas cognitivos de la época.

⁸⁸ Díaz Uribe, Hugo Antonio, *Apuntes de derecho penal*, Universidad de las Américas, sede Concepción, 2006, p.1.

Para ejemplo nos permitimos mencionar las siguientes denominaciones, obtenidas del texto de Hugo Antonio Díaz Uribe, “Apuntes de derecho penal”.⁸⁹

Según RAIMUNDO DEL RÍO el Derecho Penal es *“la ciencia que trata del delito, el delincuente y las medidas que le son aplicables en defensa social”*.

Por extraño que parezca el autor aludido pasa por alto que la ciencia utiliza un discurso descriptivo, mientras que el derecho substancialmente utiliza un discurso prescriptivo que apunta al deber ser en el comportamiento humano.

ETCHEBERRY señala que *“el Derecho Penal, en sentido amplio, es la parte del derecho que se ocupa del delito, el delincuente y la pena”*.

En esta guisa cabe destacar tres de los elementos que articulan toda normatividad en materia de derecho penal, en donde el primero refiere al acto denotado por el legislador como contrario a derecho; el segundo, como el sujeto activo del mismo dotado de atributos como la imputabilidad y culpabilidad de relevancia penal; por último la pena, como medio del fin de reinserción social.

LABATUT, finalmente, lo define como *“el conjunto de normas jurídicas referentes al delito, el delincuente y a la reacción social impuesta por el Estado en ejercicio de su función de sancionar a los infractores de la ley penal”*.

Como podrá observarse, la denominación de Derecho Penal se ha convertido en un lugar común para referirse a la facultad del Estado de legislar y sancionar las conductas antisociales. Pero hay tratadistas que lo denominan “derecho criminal”; “derecho de castigar”; “derecho represivo”; “derecho sancionador”; “derecho de defensa social”, etcétera.

De lo anterior resulta que el derecho penal en si mismo constituye un fenómeno jurídico complejo, del cual el jurista Díaz Uribe, refiere las características⁹⁰ siguientes:

⁸⁹ *ibidem*, p. 2.

⁹⁰ *idem*.

a) Consta de una *función pública*.

No siempre fue así pues hubo tiempos en que se ejercía de manera privada. Significa esto que hoy en día corresponde exclusivamente al Estado.

b) *Es regulador externo de conductas humanas*, es decir, cumple una función de control social.

Nadie puede ser castigado por sus pensamientos, como es reconocido de tiempo de los romanos, Ulpiano propiamente. Las normas jurídicas están únicamente destinadas a reglar las actividades de los hombres en cuanto trascienden al exterior de ellos. Lo que se mantiene en el plano puramente psíquico (ideas, deseos, propósitos), sin exteriorizarse en forma alguna, queda sustraído a la esfera de acción del Derecho;

c) Cumple una función teleológica, o bien *valorativa y finalista*.

Es una característica común al Derecho, al igual que las anteriores, pero en el ámbito penal cobra especial relevancia. Valorativo por cuanto establece una evaluación de las acciones humanas, en relación con los cánones que en él se contienen, para determinar y ponderar la conformidad o disconformidad de ellas con el orden jurídico.

Finalista porque tiene un objetivo propio, que es establecer el respeto de los bienes jurídicos y orientar las acciones humanas hacia un ordenamiento que permita el desarrollo individual y el bien común.

d) También consta de un *sistema discontinuo de ilicitudes*.

El Derecho Penal comprende todos los actos contrarios al Derecho. NOVOA MONREAL dice que *“aprovechando el símil del archipiélago, pudiéramos decir que los relieves del lecho del mar podrían equipararse a los variados hechos antijurídicos los cuales varían en gravedad y consecuencias, según varían en altura, esto es de gravedad social-si un relieve es tal sobre sale del mar-, limite bajo el cual el legislador estima innecesaria una sanción penal- y surgiendo sobre él pasa a constituir una isla, tenemos*

ya en esa isla un delito, que puede tener mayor o menor altura, y así hay también delitos de mayor o menor gravedad;”⁹¹

e) De hecho es *sancionatorio*.

Esto es, punitivo con lo que constituye un refuerzo al ordenamiento jurídico general.

f) Al final resulta *personalísimo*.

El delincuente responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta por lo que la sanción que haya de aplicársele ha de recaer solamente sobre él.

2.2 Una definición garantista de derecho penal

Respetuosos de la conceptualización anterior del derecho penal, no por ello desaprovechamos la ocasión de consultar el discurso jurídico que sobre el particular desarrolla otro destacado jurisconsulto de nacionalidad argentina, nos referimos a Eugenio Raúl Zaffaroni que aborda el tema de la teoría del derecho penal y sugiere una definición contemporánea para este concepto.

De inicio advierte de la pluralidad de opiniones acerca de los caracteres del derecho, motivo por el cual propone abordar su estudio entendiéndolo como un saber que a semejanza de otros de inicio requiere una delimitación como objeto de estudio, ello con la finalidad de ubicar dentro y fuera de éste a determinados elementos que constituyen dicho objeto del saber.

Luego apunta que en toda labor primero de delimitación y en seguida de investigación encierra una determinada intencionalidad, ello en virtud de que en la búsqueda de un saber se persigue un objetivo definido, aun en mayor medida, tratándose de disciplinas jurídicas como es el caso del derecho penal en particular;

⁹¹ *ibidem*, p 3.

Por lo tanto, esa intencionalidad u objetivo particular determina la delimitación de un objeto de estudio como bien lo expresa Zaffaroni: *“El objetivo o intencionalidad del saber (el para qué concreto de cada saber) es lo que le permite acceder al conocimiento de ciertos entes, pero siempre desde la perspectiva de esa intencionalidad, es decir, ensayar su horizonte de comprensión (o de explicación) de esos entes con ese particular interés.”*⁹²

Continúa señalando, que el vocablo *“derecho penal”* cotidianamente es interpretado de diversos ángulos, verbigracia para referir a *“ley penal”*, en este sentido resulta pertinente matizar señalando las diferencias de cada uno de los componentes que integran el derecho penal como objeto de estudio, alineados primariamente al foco de nuestra intencionalidad.

Ahora bien, tomando en consideración los párrafos precedentes podemos tomar como referencia una delimitación que el autor denomina contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, *“...centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las penas.”*⁹³

Entendido así, el horizonte de proyección del derecho penal constituye el objeto en donde existen normas jurídicas que faculta al tiempo que fijan límites al ejercicio de poder punitivo del estado; conjunto normativo dentro del cual un investigador construye un sistema conceptual que permite formular hipótesis que describan el contexto en el cual es necesaria la intervención punitiva (teoría de delito) y paralelamente a ello la forma de intervención del órgano judicial competente (teoría de la responsabilidad punitiva).

Por lo tanto, el derecho penal, como objeto de conocimiento, puede abordarse en función de algunas preguntas de investigación, que no las únicas, en que se haga manifiesta nuestra particular intencionalidad de búsqueda; de entre estas tenemos: *“(a) ¿Qué es el derecho penal? (teoría del derecho penal); (b) ¿Bajo qué*

⁹²Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, Argentina, Ediar, 2002, p. 3.

⁹³*ibidem*, p. 4.

presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena? (teoría del delito); y (c) ¿Cómo debe responder a este requerimiento la agencia judicial competente? (teoría de la responsabilidad punitiva).”⁹⁴

Propiamente podemos resumir que lo que nos interesa para esta parte de nuestro trabajo sería, en efecto, congeniar una definición al horizonte del derecho penal que haga manifiesta nuestra intencionalidad, es decir, qué parte en específico despierta nuestro interés de investigación.

Luego entonces, Zaffaroni recomienda prudencia a la hora de construir una definición que reúna las características apuntadas en donde se ponga de manifiesto el área de conocimiento específica —integrada esta por normas jurídicas que facultan y limitan el *ius puniendi*—; sólo como horizonte de referencia el autor prenombrado propone la siguiente definición: “...*el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.*”

De lo expuesto se desprende la siguiente disección teórica; en donde se observa lo siguiente:

a) estamos en presencia de una rama del saber jurídico o de los juristas (un segmento del Derecho), cuyo estudio apunta a un objeto práctico consistente en obtener conocimiento (criterios de verdad) que sirva de guía de las decisiones judiciales;

b) considerando una forma republicana de gobierno, tenemos que aquellas decisiones judiciales, entendidas si se quiere como acto de gobierno, deben ser racionales; no así contradictorias, con lo cual no sólo sirvan de orientaciones sino además sirvan para estructurar sistemas (libres de antinomias);

c) dicho sistema orientador de decisiones se estructura interpretando las leyes penales caracterizadas, de las no penales, por la pena. Lo cual quiere decir que el

⁹⁴ *cfr.* Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 92, pp. 4 y sigs.

derecho penal demanda en su estructuración un concepto de pena que abone en la delimitación de su universo (los fines de la pena);

d) por ende, el concepto de pena debe dar cabida como medida de diferenciación, tanto las lícitas como las ilícitas; por que de tal suerte se puede diferenciar el poder punitivo lícito, constitucional, del que no lo es. Siendo así, el derecho penal interpreta las leyes penales condicionado por el marco de referencia de otros ordenamientos que de igual forma lo limitan, como es el caso de las leyes constitucionales o internacionales (con lo cual el sistema se auto legitima);

e) el sistema guía que muestra a los jueces debe procurar la contención y disminución del poder punitivo, en virtud de que éste no es ejercido en última instancia por aquéllos sino por un órgano ejecutivo facultado por el legislador en ausencia de la incapacidad del juez para mantener dicho poder punitivo (en etapa de ejecución de la pena).

En este contexto, Zaffaroni concluye: *“La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma.”*⁹⁵

Luego reitera una consecuencia derivada del ejercicio de contención y reducción del poder punitivo, puesto en manos del poder judicial, que consiste en impulsar el progreso del estado de derecho, en el sentido de que éste tiene la función de fungir como camisa de fuerza del estado policía que invariablemente convive en su interior. De esta lógica la función de contenedora y reductora del derecho penal se configura como elemento necesario para su subsistencia y progreso.

No resulta óbice del sentido discursivo enunciado, señalar que el estado de derecho es concebido como el ente que somete a todos los habitantes a la ley,

⁹⁵ *ibidem*, p. 5.

pero en forma diferente a como lo haría un estado caracterizado por funciones de policía en cuyo ejercicio somete a la población al poder del que manda, en dichas condiciones el estado de derecho se ve reducido en uno de sus extremos a ras de ideología que oculta la realidad de un aparato de poder al servicio de una clase hegemónica, y del otro extremo como una realidad idealizada en que los defectos coyunturales son minimizados.

La intencionalidad manifiesta en las líneas precedentes, nos remontan irremediabilmente a la idea que en sentido paralelo expresa Ferrajoli sobre este mismo particular, es decir, en el sentido de que ante el sometimiento de la población al poder del que manda, los derechos han emergido de luchas para tutelar a los sujetos más débiles de una sociedad determinada, ya que:

...históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales.⁹⁶

De ambos extremos es prudente apartarse, recomienda el jurista argentino, ya que un análisis histórico evidencia el paso progresivo de un estado de policía a otro de derecho, aquí cabe retomar la idea dialéctica en donde “...no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran.”⁹⁷

En síntesis, Zaffaroni aborda una particularidad atendible en la construcción de toda definición de un saber, esto es el proceso del conocimiento se manifiesta en el tiempo, por lo mismo una definición presente inexorablemente esta precedida por otra orientada por sentido y horizonte de proyección-delimitada-; no podría ser de otro modo, ya que una concepción inmutable de dicho horizonte impediría

⁹⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 37, p. 9.

⁹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 92, p. 6.

formar las bases de otro, por decirlo de algún modo, un horizonte de conocimiento nuevo, actual.

Todo lo previamente expresado permite concluir que en todos los saberes resulta pertinente concebir nítidamente entre su definición actual y su conceptualización histórica, particularmente en el derecho penal cabe diferenciar dos vías de acceso al objeto de estudio, de donde: 1) el derecho penal histórico, como proceso de conocimiento del saber referido al poder punitivo, con sus diferentes y sucesivos horizontes y objetivos políticos; y 2) la definición del derecho penal actual, como su momento contemporáneo y su propuesta de futuro inmediato.

En efecto no debe abordarse como dos conceptos disímbolos, por el contrario se trata de dos perspectivas temporales de un mismo proceso de conocimiento, la primera lo mira horizontalmente y la segunda hace un corte transversal, *“... por que eso es de la esencia del saber humano y, con mucha mayor razón, del saber jurídico, en que la teoría del garantismo responde a la idea del derecho como proceso histórico conflictivo.”*⁹⁸

De esta última idea, el autor en aludido destaca el principio de progresividad definiéndolo como esencia de cualquier saber, en la lógica de que todos estos tienden a aumentar y acumular conocimiento.

Consideramos pertinente intentar aportar una interpretación discursivo contextual, respecto a la expresión *“saber”*, utilizada por Zaffaroni durante la presente etapa de nuestro trabajo de investigación, ya que aún cuando no lo hace implícitamente observamos que con dicha alocución proyecta la intencionalidad de mostrarnos que el derecho penal apunta hacia un horizonte de conocimiento, es decir una rama del saber jurídico o de los juristas (un segmento del Derecho), delimitada como área de conocimiento específica integrada esta por normas jurídicas, cuyo estudio apunta a un objeto práctico consistente en obtener conocimiento (criterios de verdad).

⁹⁸ *idem.*

Evidentemente la intencionalidad manifiesta de este autor argentino, no apunta a definir el derecho como *ciencia*, por el contrario nos expresa específicamente que se trata de normas jurídicas cuya naturaleza prescriptiva utiliza un tipo de discurso orientador del comportamiento humano⁹⁹, apunte complementario que nos evitaría caer en una confusión conceptual.

Retomando el análisis de Zaffaroni respecto a la aproximación temporal de nuestro objeto de estudio “saber”, apunta que en sentido inverso (al enunciado principio de progresividad) las regresiones (vuelta a etapas superadas) son accidentes negativos en el curso de cualquier saber, ante las cuales resulta importante prevenir por medio de un análisis de su concepto histórico, ello en virtud de que en el derecho penal “...con más frecuencia que en otros saberes, las regresiones irrumpen como descubrimientos: suelen sostenerse proposiciones que corresponden a etapas de menor conocimiento, ignorándose la acumulación de saber posterior a ellas.”¹⁰⁰

A pesar de las opiniones que hemos planteado, subsiste la inquietud que plantea Jiménez de Asúa, en cuanto a que “necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se pena”, en seguida afirma: “el jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan”. “Incluso –continúa– la investigación histórica cobra nuevo sentido si la interpretamos con aliento filosófico. Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de la cultura que el mundo vivía”.¹⁰¹ Por ende, cabe agregar que es la cultura propia del lugar en que se vive la que regula la pena, el castigo, y la forma de aplicarlo.

2.3 Los fines de la pena, una visión garantista

Una acotación complementaria, respecto de los fines de la pena, sería patentizar la opinión que al respecto formula Luigi Ferrajoli, cuando discurre sobre el tema

⁹⁹ Esta es en general la función pragmática propia de todas las normas: orientar los comportamientos estableciendo efectos jurídicos agradables o desagradables para su omisión. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p 277.

¹⁰⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 92, p. 7.

¹⁰¹ Díaz Uribe, Hugo Antonio, *op. cit.*, nota 88, p. 4.

referido preguntándose ¿por qué castigar?, seguidamente aborda los argumentos de dos corrientes de opinión; la primera que sostienen los abolicionistas y la segunda defendida por los justificacionistas.

Continúa su análisis, previniendo sobre dos perspectivas o enfoques mediante los cuales se puede someter al cuestionamiento referido, de donde se desprende a) ¿por qué existe la pena?, de hecho se castiga; b) ¿por qué debe existir la pena?, es decir, se debe castigar.

Para dar respuesta al inciso a) es menester plantearlo como un problema científico, del que se deducen respuestas de tipo empirista formuladas mediante proposiciones asertivas verificables o refutables que decantan en verdad o falsedad.

Respecto del inciso b), se observa que implica una problemática de tipo filosófica, tolerante de respuestas de rasgos ético-políticas, construcciones de proposiciones normativas, por lo mismo no verdaderas ni falsas, sino sólo aceptables o deleznable por su contenido valorativo de justo o injusto.

Enseguida, puntualiza dos características esenciales que corresponden al tipo de respuesta que se produce ante la interrogante de facto o bien ante la interrogante normativa; a saber:

...son teorías o explicaciones, ya sean jurídicas o sociológicas, las respuestas a las preguntas acerca de las motivaciones jurídicas de las penas y a las que versan acerca de las funciones que éstas cumplen de hecho; mientras que son doctrinas axiológicas o de justificación las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas acerca del fin (o fines) que el derecho penal y las penas deben o deberían perseguir.¹⁰²

Llegado el punto, formula una aclaración medular, en el sentido de que contrariamente a lo precitado, las tesis valorativas (axiológicas) y los discursos filosóficos acerca del fin que justifica (o no justifica) la pena o más en general el derecho penal no son teorías, considerando el sentido empírico o asertivo que

¹⁰² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 322.

caracteriza a esta expresión; precisa que, son doctrinas normativas -o más sencillamente normas, o modelos normativos de valoración o justificación- formuladas o rechazadas por referencia a valores.

Por cuanto respecta a las teorías descriptivas, entendidas como aquellas que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, tal es el caso de las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho positivo.

Luego entonces, las *“doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son por consiguiente asimétricas entre sí, ya sea en el plano semántico, por el distinto significado de fin, función y motivación; en el plano pragmático, por las finalidades puramente directivas de las primeras y descriptivas (de hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano sintáctico, porque las unas no son derivables de las otras.”*¹⁰³

Expresado en otros términos, se podrían denominar ideologías naturalistas o realistas a los discursos basados en explicaciones empíricas que pretenden producir justificaciones axiológicas, cristalizando con ello una falacia naturalista consistente en la derivación del deber ser a partir del ser; que por otro lado, resulta acertado denominar ideologías normativistas o idealistas a las que asumen las justificaciones axiológicas como explicaciones empíricas, incurriendo así en la falacia normativista de la derivación del ser a partir del deber ser.

Doctrinas y teorías envueltas de ideología, ambas se configuran como lógicamente falaces, ya que, o toman el deber ser por ser deduciendo aserciones de prescripciones, o bien por el hecho de tomar el ser del deber ser, deduciendo prescripciones de aserciones. En ambos casos tanto doctrinas, como teorías, en este enfoque, buscan legitimar el derecho existente, cuando las primeras acreditan funciones acaecidas de facto cuando sólo son fines axiológicamente perseguidos.

¹⁰³ *idem.*

Ubicados en este análisis de fines y medios justificadores, se demanda la presencia de un requisito primordial necesario para evitar las falacias naturalistas-normativistas, antedichas, cuando Ferrajoli expresa “...es necesario en primer lugar que el fin sea reconocido y compartido como un bien extra-jurídico, externo al derecho, y en segundo lugar que el medio jurídico sea reconocido como un mal, es decir, como un coste humano y social que precisamente por ello ha de ser justificado.”¹⁰⁴

Atendiendo esta lógica, es posible proponer doctrinas adecuadas por no contener falacias, para ello, es menester armonizar los medios a los fines, en forma tal que estos últimos se alcancen en la práctica con las penas y por el contrario no se realicen sin ellas; procediendo de este modo, será posible comprobar que las justificaciones a posteriori basadas en investigaciones empíricas efectivamente cumplen un cometido, un fin justificante.

Surge, llegado al punto, la propuesta de considerar dentro del modelo justificador supra planteado el punto de vista externo del destinatario de las penas, armonizando como se ha dicho fines y medios, de tal suerte que también para ellos resulte congruente la relación empírica entre medios penales y fines extra-penales y ninguno de ellos sea tratado como una cosa o un mero medio para fines ajenos.

Observando esta lógica, el jurista italiano concluye, respecto a las doctrinas de justificación de tipo abolicionista, que “Para que una doctrina abolicionista sea a su vez consistente y no se convierta ella misma en ideología, hace falta en efecto que se considere que los requisitos antes indicados como necesarios para un modelo de justificación no sólo no quedan satisfechos, sino que son además imposibles de satisfacer...”¹⁰⁵

Es decir, el abolicionismo radical de Stirner, se caracteriza por la ley del más fuerte que caracteriza a la sociedad del hombre en estado de naturaleza en tanto representa, mayormente (una ley natural *descriptiva*, donde el más fuerte se hace valer - en el sentido de que se impone- frente al más débil), que un principio

¹⁰⁴ *ibidem*, p. 326.

¹⁰⁵ *ibidem*, p. 328.

normativo, de manera que su valorización axiológica resulta el fruto de una falacia naturalista.

Respecto a la corriente, definida como auto regulación social espontánea, rasgo característico de una sociedad perfecta propuesta por los abolicionistas totalizadores de tipo anarquista y moralista, misma que se asume como “...un modelo normativo irremediabilmente utópico y no una previsión científica, resultando idóneo para acreditar sistemas sociales represivos y totalizantes que sólo gracias a una falacia normativista pueden ser descritos como libres de constricciones y coacciones”¹⁰⁶

De tal suerte, que derecho y moral entrecruzan las concepciones de doctrinas como la Kantiana de la pena cual retribución ética, justificada por la necesidad de reintegrar con una violencia opuesta al delito el derecho violado, concebido a su vez como valor moral o sustancia ética.

En postura semejante, las doctrinas pedagógicas y funcionalistas de la prevención-integración, para quienes la pena aporta el valor intrínseco de las exigencias de conservación y reforzamiento de los sentimientos de fidelidad al derecho; incluso, las doctrinas correccionales de sustrato católico positivista que enfrentan el delito a manera de enfermedad moral o natural, por consiguiente, la pena como medicina del alma o tratamiento terapéutico.

Concepciones, todas ellas, en donde “...el medio punitivo se identifica con el fin, es decir, se concibe como un bien que es fin en sí mismo; y la justificación de la pena, al resolverse en una justificación apriorística e incondicionada, se reduce a una petición de principio.”¹⁰⁷ De donde se desprende que, las doctrinas retribucionistas y las integracionistas se identifican como ideologías naturalistas, en virtud de valorar como fin el carácter retributivo o funcional de la pena, que bien visto resulta un hecho, luego considerar como justificación la motivación jurídica o incluso la explicación de la función.

¹⁰⁶ *ibidem*, p. 329.

¹⁰⁷ *ibidem*, p. 330.

Por el contrario, las doctrinas correccionales de la prevención especial representan ideologías normativistas, por el hecho de acreditar como función el fin correccional de la pena, previendo la satisfacción del fin de un modo apriorístico, a pesar de que no esté realizado o bien no sea irrealizable; deduciendo así el ser del deber ser.

Justamente, atendiendo la crítica doctrinaria en curso, el jurista en comentario destaca la dificultad de análisis de las doctrinas utilitaristas de la prevención negativa, en sus dos vertientes tanto general como especial; ya que en efecto, por principio de cuenta estas doctrinas gozan de la virtud de haber despejado los medios penales, entendidos como males, de los fines extra-penales idóneos para justificarlos.

Mérito dissociador, cuya utilidad sirve: a) para valorar los costes que representan las penas frente a los daños que éstas tienen como fin prevenir, b) para impedir la autojustificación de los primeros en virtud de la confusión entre derecho y moral, c) para hacer posible la justificación, antes que de las penas, de las prohibiciones penales, sobre la base de finalidades externas a las penas y al derecho penal.

Condición conceptual de las doctrinas utilitaristas, en donde el fin justificador *“...es sólo la máxima utilidad posible de los no desviados y no además el mínimo sufrimiento necesario de los desviados, de manera que en línea de principio ninguna pena resulta injustificada, al no problematizarse ni discutirse el coste de las penas sufrido por quienes, con o sin razón, son sometidos a ellas.”*¹⁰⁸

Ferrajoli, hace un llamado de atención para considerar en línea de principio que es necesario integrar a estos modelos justificacionistas un segundo parámetro de utilidad: además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados.

Pero, no únicamente con el fin de la prevención de los delitos, ya que como se ha criticado este fin, en si mismo resulta carente por completo de función limitadora alguna, en este sentido refuerza sus comentario citando a *“...Francesco*

¹⁰⁸ *idem.*

*Carrara, pretender que la pena impida el delito en todos los facinerosos es imposible, y el intentar lograrlo, en todo caso, fue causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios.”*¹⁰⁹

Queda claro que una vez acaecido el delito, la supuesta intención preventiva depositada en la pena no ha logrado disuadir en si mismo el acontecimiento, ni aun previendo una sanción de mayor rigor; por lo tanto:

*Está claro que éste es un «necio argumento» para exacerbar las penas. Pero sirve para demostrar que el fin de la prevención o incluso sólo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo Hobbes, no es ya una pena sino una tasa totalmente carente de capacidad disuasoria.*¹¹⁰

En este contexto, se hace evidente otro punto sustancial, a saber, existe otro fin al que habría que integrar el fin justificador de la pena mínima, aquel que tiene que ver con prevenir un mal originado por la reacción de repulsa ante el delito, entendida como oposición salvaje, informal, espontánea, arbitraria y como bien subraya Ferrajoli, punitiva pero no penal, que ante la ausencia del *ius puniendi* estatal, se correría el riesgo de provenir de la parte ofendida, ya sea de fuerzas sociales o institucionales afines a dicha reacción.

Para redondear la idea, nuestro jurisconsulto en cita refiere, *“En esta perspectiva la pena mínima necesaria de la que hablaban los ilustrados -entendida la «pena» en el sentido genérico de reacción aflictiva a la ofensa- no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.”*¹¹¹

A mayor ilustración, este fin marcaría el límite máximo en que una pena no reflejaría el tinte desproporcionado de la reacción colectiva reconocida como pena informal, luego entonces, pena mínima necesaria y límite máximo confluyen para justificar una sanción penal garantista.

¹⁰⁹ *ibidem*, p. 332.

¹¹⁰ *idem*.

¹¹¹ *idem*.

Luego de destacar, la proporción entre fin y límite de la pena, Ferrajoli identifica un enfoque de origen histórico en que pena, venganza individual, derecho de defensa individual y defensa social confluyen en lo que denomina paralogismo conceptual de la tradición ilustrada del derecho penal. Al tiempo, se vuelve más específico señalando que efectivamente el derecho penal surge no para desarrollar sino como forma de oposición al deseo de venganza, en este sentido como antítesis de la misma. Justificándose, pues, no en la medida de garantizarla sino en la forma de impedirla.

Si bien es cierto, que en su génesis la pena surge irremediamente en sustitución de la venganza privada, no por ello debe justificarse que dicha pasión de la naturaleza humana haya encontrado cauces para su realización, por el contrario la intervención del estado como depositario de este derecho viene justificado por la necesidad de prevenir, evitar las manifestaciones de venganza.

Reseñando este análisis histórico, se define una primera etapa en que la venganza se transforma en el derecho-deber del grupo de parentesco de la parte agraviada en relación a las formas de la venganza de la sangre y la regla del talión. Luego, como segundo cambio se manifiesta una separación entre la figura de juez y la de parte ofendida, etapa en que la venganza privada (consistente por ejemplo en duelos, represalias, linchamientos, ejecuciones sumarias o incluso los ajustes de cuentas) queda prohibida.

Observando la transición descrita, aparece oportunamente el derecho penal, es decir, de la añeja relación parte ofendida, ofensor pasamos a una relación tripartita orquestada por la figura de un miembro imparcial propiamente una autoridad judicial; así pues, Ferrajoli expresa *"...cada vez que animan a un juez sentimientos de venganza, de parte o de defensa social, o que el estado deja sitio a la justicia sumaria de los particulares, el derecho penal retrocede a un estado salvaje, anterior a la formación de la civilización."*¹¹²

¹¹² *ibidem*, p. 334.

Queda claro que en efecto, debe existir una prevención tendiente a evitar la comisión de los delitos como fin justificador del derecho penal; en la que fines del derecho y de las prohibiciones penales estén encaminados a tutelar los derechos fundamentales de los integrantes del grupo social contra las afectaciones producidas por otros miembros de la colectividad. Asimismo, se hace evidente que el derecho penal adquiere una doble finalidad preventiva como sería la de prevenir genéricamente la comisión del injusto y por otro cauce, evitar penalidades carentes de proporción.¹¹³

Así las cosas, al entrar en conflicto ambos fines se genera el principio contradictorio del derecho penal, en donde “...*la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias.*”¹¹⁴

Luego de identificar los dos fines propuestos, el autor italiano enfatiza la importancia del segundo, es decir, explica tres factores por los cuales debería darse mayor importancia a este fin, en primer lugar porque como se ha mencionado una vez acontecido el delito se hace patente que el fin preventivo no cumplió su fin disuasorio, luego entonces cabría retomar el fin de penas no vengativas que modulen su proporción hacia el mínimo indispensable.

En segundo lugar, observamos que legisladores atienden mayormente el reclamo público de seguridad, prevención y defensa social, como justificante de incrementar las sanciones penales, allende de tomar en cuenta que dicho incremento roza lo irracional por su desproporción afectando con ello las garantías de defensa del inculpado.

¹¹³ Ello quiere decir que para que un sistema penal pueda considerarse justificado hay que valorar su funcionalidad, comparando entre sí entidades homogéneas y escapando por consiguiente a la objeción kantiana también respecto a otro tipo de fin no menos importante que el de la prevención de los delitos: la prevención de los castigos excesivos e incontrolados, dotados también de una cierta capacidad preventiva frente a los delitos, que se reiterarían en su ausencia. *ibidem*, p. 280.

¹¹⁴ *ibidem*, p. 334.

Luego en tercer y último, porque el fin limitador de las penas arbitrarias efectivamente sustentaría un derecho penal mínimo y garantista, ya que como sostiene Ferrajoli:

*...sólo el segundo fin, esto es, la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social -de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista- que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social respecto al que el derecho penal, más que un medio, es por consiguiente un coste...*¹¹⁵

Como quedó esbozado en los párrafos precedentes las etapas del derecho penal vienen representadas por una confusión de tipo histórico en que pena y venganza han animado los ánimos del legislador para justificar el incremento desproporcionado de la pena como medio de defensa social; sin embargo, contrario a lo anterior nuestro analista propone una doctrina de derecho penal mínimo como técnica de tutela de derechos fundamentales, merced a la cual, quede disminuida la violencia en la sociedad.

Análisis sustentado por el hecho de que delito y venganza tienen como razón de ser la fuerza, del transgresor en el primer caso, de la parte ofendida en el segundo; medio coactivo, que en ambos casos suele ser arbitrario, desproporcionado e incontrolado.

Por lo mismo, el derecho penal *“...se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.”*¹¹⁶

Ahora bien, siendo atentos a las descritas circunstancias, el derecho penal rebasa la visión clásica de la defensa social de los bienes constituidos contra la amenaza representada por la comisión de los delitos; por demás, resulta ser la protección del débil frente al más fuerte, entendido aquél, tanto el ofendido u

¹¹⁵ *idem.*

¹¹⁶ *ibidem*, p. 335.

amenazado por el delito como el ofensor o amenazado por la venganza, contra la reacción del mas fuerte representado en el delito por el delincuente y en la venganza por la parte ofendida o los afines públicos o privados solidarios con él.

De suyo, el derecho penal encuentra una justificación como ley del más débil encaminada a la defensa de los derechos contra la violencia del más fuerte; dando por satisfechos los fines preventivos, delitos-penas desproporcionadas, allende de legitimar en conjunto “...la «necesidad política» del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos.”¹¹⁷

Normatividad protectora del más débil, que legitima la idea de garantismo propuesta por Luigi Ferrajoli en donde la ley establece los vínculos a la función punitiva que tutela los derechos de todos; garantía, tutela y derechos fundamentales encuentran cabida en el fin justificador del derecho penal, que plantea: “...la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad.”¹¹⁸

2. 4 La prueba, conceptualización doctrinaria

Expresado en términos generales, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Inclusive, por extensión, es dable denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Tal es el caso de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, entre otras.

¹¹⁷ *idem.*

¹¹⁸ *ibidem*, p. 336.

Aunado a lo anterior, otra cuestión de interés radica en precisar a cargo de quién está la valoración de la prueba. En el derecho mexicano, en términos generales la valoración incumbe al Juez o al Magistrado, en primera y segunda instancia, y la realizan en diversos momentos del proceso: al resolver la solicitud de la orden de aprehensión, la situación jurídica del procesado al fenecer el término de setenta y dos horas, en algún incidente, al dictar un auto de formal prisión y, básicamente, de manera integral al dictar sentencia.

Luego de este breve preámbulo, consideramos pertinente para continuar este apartado, retomar la visión garantista en que se observa al proceso probatorio partiendo del principio de estricta jurisdiccionalidad, ámbito alrededor del cual giran dos órbitas normativas, una encaminada a subsumir la conducta en las hipótesis acusatorias y, la segunda, consistente en producir prueba empírica en virtud de procedimientos, reconocidos por la ley penal, que permitan tanto la verificación como la refutación del hecho antijurídico.

Atendiendo nuestra propuesta garantista, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, como ya ha sido reiterado, sino también, por la hipótesis de la acusación de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial ampliando el espacio de comprobación y/o refutación de la hipótesis acusatorias de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas.

Amén de un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones -de hecho o de derecho-.

Ahora bien, con el objeto de plantear una visión teórica firme, bien vale vislumbrar el concepto de prueba desde una postura doctrinaria, para lo cual habremos de dar paso a algunos conceptos respecto del ámbito probatorio que algunos autores han expuesto en la tradición jurídico académica, tal es el caso de

los trabajos del jurista José Ovalle Favela quien postula en su Teoría General del Proceso que la prueba como objeto de estudio puede ser definida en primer término como un acto procesal de las partes, entendido éste como "*el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales*" ¹¹⁹

También, el autor en cita, puntualiza que en virtud de la constitución, el desarrollo y la terminación de la relación jurídica procesal prevalecen los actos sobre los hechos; razón por la cual, el análisis de la doctrina se enfoca, de manera preponderante, hacia los primeros. En términos de la práctica jurídica, todo acto procesal debe reunir algunas características que lo convierten válidamente en un acto *ad hoc* dentro del proceso; a saber: las *condiciones de forma* (cómo debe exteriorizarse), *de tiempo* (cuándo debe llevarse a cabo) y *de lugar* (dónde debe realizarse).

Luego, respecto a la clasificación que la doctrina suele dar a los actos procesales, nuestro autor refiere que partiendo del sujeto que practica el acto éste puede ser considerado en *simple* -cuando se lleva a cabo con la intervención de un solo sujeto procesal- y *complejo* -cuando intervienen en su realización varios sujetos procesales.

Verbi gracia, cuando la demanda es presentada por la parte actora; la contestación a aquélla que hace la parte demandada; la sentencia que dicta el juzgador, etcétera, son actos procesales simples porque en los mismos interviene un solo sujeto procesal o un solo órgano. En cambio, la diligencia de declaración preparatoria del inculpado -en la que participan éste, el juzgador, el Ministerio Público y el defensor- o la audiencia de pruebas -a la que comparecen, ante el juzgador, las partes, los testigos, los peritos, etcétera- son actos procesales complejos.

Para estos últimos, normalmente corresponde al juzgador o a un funcionario dependiente del órgano jurisdiccional dirigir la iniciación, el desarrollo y la

¹¹⁹ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, editorial Oxford, 2005, p. 284.

terminación de dichos actos; en tal virtud, a los actos procesales complejos se les suele ubicar como actos del órgano jurisdiccional.

De tal forma, es válido distinguir los actos procesales; es decir, los de las partes, los actos procesales del órgano jurisdiccional y los actos procesales de los terceros. Que a su vez bien pueden ser subdivididos por su *contenido* u *objeto*.

En virtud del tema de nuestra investigación procedemos al análisis de los actos de las partes, ya que dentro de éstos tenemos que pueden ser: de petición, de prueba, de alegación, de impugnación o de disposición. Puntualmente nuestro tratadista expresa que los actos de prueba están dirigidos a:

*...obtener la certeza del juzgador sobre los fundamentos de hecho de la pretensión del actor o del acusador; o sobre los fundamentos de hecho de la excepción o la defensa del demandado o del inculpado. Estos actos son básicamente de tres clases; actos de ofrecimiento o proposición de las pruebas; actos de preparación, y actos de ejecución o práctica de las pruebas.*¹²⁰

En esta tesitura, es posible ubicar los actos procesales del órgano jurisdiccional, como la audiencia (del latín *audientia*-el acto de escuchar-; acto reminiscente del derecho romano, en que *audiencia* designaba al acto durante el cual el juez escuchaba los alegatos de las partes), por el hecho que durante el proceso penal existe una audiencia específica para el desahogo de pruebas, acto procesal “...considerado complejo y público, que se desarrolla en la sede y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, y en el que intervienen las partes, sus abogados y los terceros cuya presencia sea necesaria para la celebración del acto.”¹²¹

A manera de síntesis vale agregar que todo acto procesal debe ser realizado por sujetos facultados de la competencia y capacidad requerida para tal efecto, en apego a condiciones de forma tiempo y lugar previsto en las leyes; en este sentido, dichos actos procesales acreditarán su validez y en consecuencia cumplirán con un fin de eficacia, entendida como producir el efecto previsto en la ley. Caso contrario, cuando un acto es practicado por un sujeto sin jurisdicción,

¹²⁰ *ibidem*, p. 293.

¹²¹ *ibidem*, p. 297.

competencia o capacidad, o bien sin respetar las condiciones de forma, tiempo y lugar, resulta ineficaz.

Respecto a esta última característica vale abonar en el sentido de que la ineficacia de un acto procesal consiste precisamente en que no puede o debe producir los efectos jurídicos que prevé la ley; a este respecto Ovalle cita a otro gran tratadista, tal es el caso de Couture, para expresar que existen diversos grados de ineficacia del acto procesal, apuntando que:

*En este sentido se han distinguido siempre tres grados de ineficacia: en un primer grado, de ineficacia máxima, la inexistencia; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa.*¹²²

Una vez incluida la prueba como uno más de los actos procesales, bien resulta oportuno decantar nuestro análisis hacia lo que la doctrina refiere respecto de la prueba en particular; para tal propósito seguiremos el trabajo doctrinario de Ovalle Favela, quien de inicio advierte que el vocablo “prueba” es de los que más significados integra, desde el punto de vista de la ciencia del derecho; en *estricto sensu*, define: “...la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.”¹²³

Atendiendo al sentido discursivo de lo apuntado se deduce que tal verificación es resultado de un proceso mental, abstracto o bien subjetivo – en el interior del juzgador-, que enseguida se exterioriza, propiamente se vuelve objetivo en la motivación de una determinada sentencia mediante la cual el juzgador da a conocer el juicio sobre los hechos, basado en razonamientos y argumentaciones que lo condujeron a resolver en tal o cual sentido.

¹²² *ibidem*, p. 305.

¹²³ *ibidem*, p. 314.

Nuestro tratadista, recurre a Wroblewski para reiterar que “...*la prueba -en este sentido- es un razonamiento (del juzgador) dentro del cual el demostrandum (la demostración o el juicio sobre los hechos) es justificado por el conjunto de expresiones lingüísticas de las que se deduce por una serie acabada de operaciones.*”¹²⁴

Luego de recordar que en *lato sensu* también se designa *prueba* a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador con el fin de lograr el cercioramiento de éste sobre los hechos controvertidos u objeto de prueba, traslada por extensión su análisis hacia una concluyente consideración; a saber, también se suele denominar *pruebas* a los *medios* - instrumentos y conductas humanas- con los cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho, por tal motivo se habla de la *prueba confesional*, la *prueba testimonial*, el *ofrecimiento de pruebas*, etcétera.

Las líneas precedentes nos han permitido abordar el estudio de la prueba desde una perspectiva genérica, no por ello podríamos ignorar la parte específica de dicho concepto; es por tal motivo, que consideramos oportuno dar un seguimiento doctrinario que permita puntualizar las particularidades de la prueba procesal.

Ovalle Favela, de inicio advierte la diferencia existente entre la prueba procesal y la *prueba científica*, esto es, la prueba que se diseña para la comprobación de hipótesis, tales destinadas a la verificación, de acuerdo con el método científico, después de lo cual se convierten en nuevas teorías o contribuyen a modificar las ya existentes.

En efecto, una de las principales diferencias entre una y otra, sería el hecho de que la prueba procesal recae en hechos pasados y concretos y se dirige a lograr que el juzgador cuente con los elementos suficientes para formarse un juicio sobre tales hechos, como previamente ha sido señalado (*supra*).

De lo precitado se desprende, que este tipo de prueba no pretende crear o modificar una teoría, ni busca comprobar una hipótesis sobre una determinada clase de hechos; más bien, su finalidad es más modesta y concreta: obtener el

¹²⁴ *idem*.

juicio del juzgador sobre los hechos discutidos u objeto del proceso, para que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de resolver el litigio o la controversia.

No resulta óbice de lo anteriormente señalado, destacar que a pesar del distanciamiento existente entre las técnicas de investigación científica y los medios de prueba empleados en el proceso, ello no implica desconocer las contribuciones que la ciencia ha hecho -y seguramente seguirá haciendo- al desarrollo de la prueba procesal, particularmente a través de los dictámenes periciales.

Incluso se puede observar que dichas discrepancias, comienzan a desvanecerse cuando comparamos la metodología empleada por el historiador cuando de analizar las pruebas se trata. Para destacar este hecho, nuestro autor en cita refiere que *“Fue Calamandrei el primero en resaltar la similitud del método que cumple el juzgador para llegar al conocimiento de los hechos controvertidos, y el que sigue el historiador para determinar la veracidad o la falsedad de los acontecimientos que estudia.”*¹²⁵

Ahondando en el análisis de esta similitud, se parte del hecho de que en ambos métodos se delimita como objeto de estudio hechos pasados, que han de servir de base a la investigación, con la finalidad de representarlos en el sentido de individualizarlos específicamente; sin perder de vista una solución objetiva e imparcial mediante la cual confluyen nuevamente ambos métodos, ya que *“...existe una notable similitud entre el procedimiento que en el lenguaje jurídico toma el nombre de valoración del material probatorio y aquel que en el lenguaje histórico-filosófico se suele llamar crítica de las fuentes.”*¹²⁶

No obstante dichas semejanzas metodológicas, cabe precisar una diferencia insoslayable; el órgano jurisdiccional en atención al principio de estricta jurisdiccionalidad, no debe apartarse del texto legal en el sentido de constreñir su intervención apegada a los procedimientos fijados en el ordenamiento adjetivo; para discernir este apunte bien vale enumerar lo siguiente:

¹²⁵ *ibidem*, p. 315.

¹²⁶ *ibidem*, p. 316.

I) De inicio, el juez no elige los hechos que quedan bajo su análisis; por ejemplo, en el proceso penal, los hechos objeto de prueba son los que el acusador imputa al inculpado en su consignación, y que el juzgador califica jurídicamente en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Luego, el juez debe desconocer los hechos sujetos a prueba, esto significa un principio general de derecho probatorio la prohibición que aquél tiene de aplicar su conocimiento privado sobre los hechos, porque implicaría sustraer ese conocimiento al principio de contradicción y porque no se puede ser testigo y juez en el mismo proceso.

II) A fin de allegarse de los *datos preexistentes* a la investigación que proveen los elementos necesarios para la reconstrucción o, más exactamente, la representación de los hechos, el juzgador, lato sensu, dispone de los *medios de prueba*, éstos normalmente son los siguientes:

a) la *confesión* (reconocimiento que hace una de las partes de que determinados hechos propios son ciertos);

b) los *documentos* (objetos muebles aptos para representar un hecho);

c) los *dictámenes periciales* (opiniones de personas que cuentan con preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, sobre hechos controvertidos en el proceso);

d) los *testimonios* (declaraciones de terceros ajenos a la controversia, acerca de hechos referentes a ésta), y

e) *inspección judicial* (examen directo del juzgador sobre personas u objetos relacionados con la controversia). Las leyes también incluyen las presunciones (consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: artículo 379 del CPCDF), aunque la doctrina cuestiona su carácter de medio de prueba.

Luego de considerar este cúmulo de medios, el juzgador, además de que debe ajustarse a un procedimiento preestablecido y respetar el principio de

contradicción, tiene señalados en la ley los plazos dentro de los cuales debe formarse el juicio sobre los hechos y emitir la sentencia.

III) En lo que atañe a que la investigación deba ser conducida de tal manera que garantice, en lo posible, la imparcialidad y la objetividad del juicio, ambas directrices que para el juzgador, es una exigencia no sólo para la formulación del juicio sobre los hechos, sino para la dirección de todo el proceso jurisdiccional; y es también un límite en el ejercicio de sus facultades de prueba o de instrucción, que le impide infringir tanto el derecho que las partes tienen para ofrecer y practicar las pruebas que confirmen los fundamentos de hecho de sus pretensiones y excepciones o defensas (*derecho a la prueba*), como las reglas que atribuyen a las partes el deber de probar tales fundamentos de hecho (*carga de la prueba*).

IV) Llegada la etapa del juicio sobre los hechos, ésta no es un fin en sí misma, sino un medio para poder resolver el litigio. El juicio sobre los hechos no pretende establecer una "verdad histórica", "material" u "objetiva" -como durante algún tiempo sostuvieron los procesalistas penales italianos y alemanes de la escuela positivista y los juristas soviéticos y como lo repite todavía nuestra doctrina- el juicio sobre los hechos se limita a expresar la certeza obtenida por el juzgador de los medios de prueba practicados durante el proceso.

Certidumbre, en el ánimo del juzgador que puede ser caracterizada por lo que Giuliani denomina el *conocimiento probable* -basado en la argumentación-, por oposición al conocimiento necesario -derivado de la demostración-:

*El conocimiento probable tiene un carácter dilemático, y donde existen varios grados de probabilidad no queda jamás excluida la probabilidad contraria. En la lógica de lo probable la búsqueda de la verdad no es el resultado de una razón individual, sino del esfuerzo combinado; está implícita una actitud de tolerancia hacia los puntos de vista diversos, y un carácter de sociabilidad del saber.*¹²⁷

¹²⁷ *ibidem*, p. 319.

Ergo, el juicio propiamente es la oportunidad para el juzgador de expresar los argumentos y las razones por las que estima que el conocimiento en que se basa es el más probable; a semejanza de lo que afirma Perelman, esto es que *"el mecanismo de la prueba..., en tanto fundamento de una aseveración, consiste en una demostración en un sistema matemático y en una argumentación en un sistema jurídico"*¹²⁸

Para enfatizar el carácter de la prueba como argumento, nuestro autor cita a Giuliani expresando que fue Cicerón quien, en sus Tópicos, proporcionó la siguiente definición: *argumentum est ratio quae reidubiae faciat fidem* (argumento es razón que da certidumbre en las cuestiones dudosas).

V.- Una última etapa sería considerar el tipo de valoración respecto de los hechos de que se valen el historiador y el juzgador; el primero efectuará una crítica de las fuentes basado en el carácter fidedigno o no fidedigno de estas, en la autenticidad o no de los documentos, en la congruencia o incongruencia relacionada con los demás hechos históricos demostrados. Mientras que el juzgador valorará las pruebas utilizando básicamente uno de los tres sistemas siguientes: 1) valoración de la *prueba legal*, en el que el legislador establece el valor que se debe dar a cada uno de los medios de prueba practicados; 2) el de *libre apreciación razonada o sana crítica*, que faculta al juzgador para determinar en forma concreta la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicados; y 3) un sistema mixto que combina los dos anteriores.

Si bien es cierto que como se ha enunciado existen los citados sistemas de valoración de la prueba, no menos cierto es que todos ellos están sujetos a consideraciones previas, en el sentido de lo que apunta Francesco Carrara: *"En cuanto al juicio sobre el hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio ni aun donde se acepta la libre apreciación; porque debe siempre convencerse según el proceso y según la razón."*¹²⁹

¹²⁸ *idem.*

¹²⁹ *ibidem*, p. 320.

Indistintamente como bien apunta Ovalle, el juzgador en cualquier caso está obligado a observar el principio de legalidad, ya que incluso en el sistema de libre apreciación razonada, el órgano jurisdiccional está imposibilitado para conceder fuerza probatoria a aquellos medios obtenidos conculcando prescripciones legales o constitucionales (hoy día, derechos fundamentales), es decir no podrá convalidar las pruebas ilícitas o ilegítimas. Además se hace hincapié en la observancia de las reglas sobre la carga de la prueba ya que en algunos casos específicos esta obligación recae sobre alguna de las partes del litigio.

Finalmente Ovalle Favela aborda el tema de la motivación y señala que salvo en los casos de intervención del jurado popular, cuyo veredicto tiene la particularidad de ser innominado, el juzgador tiene el deber de expresar en la motivación de su sentencia la argumentación y razonamientos que tuvo en cuenta para conceder, o no, valor probatorio a los medios de prueba desahogados en el proceso.

Lo anterior, con la finalidad de que las partes al tener conocimiento de la motivación en cita y para el caso de inconformidad estar en oportunidad de recurrir la sentencia ante el tribunal de segundo grado quien mediante el estudio de los agravios expresados deberá calificar si la sentencia se encuentra o no apegada a derecho y a los principios lógicos y jurídicos que rigen la prueba.

2.5 Interdisciplinariedad del derecho penal.

En seguida, resulta pertinente abordar el fenómeno del derecho penal desde una perspectiva interdisciplinaria; es decir desde un enfoque que nos permita observarlo en función de su relación con otras disciplinas de investigación. Bajo esta perspectiva podemos referir que en este rubro suelen incluirse la psicología judicial, la criminalística, la medicina legal, la psiquiatría forense y, por supuesto, la criminología, la historia penal, la filosofía penal, la política criminal, etcétera.

Lejos de representar un obstáculo a nuestros objetivos de estudio, la explicación que sobre este particular efectúa Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra intitulada Derecho penal, parte general, se configura como referente conceptual que sería un error pasar por alto; así pues, este autor refiere que todo saber adopta un

horizonte de proyección estructurado por una determinada funcionalidad, horizonte que facilita la fijación de un fragmento de la realidad que el investigador trata de interpretar.

En consecuencia dicha proyección entra en contacto unas veces y en superposición en otras con diversos saberes, en específico Zaffaroni apunta que cuando se trata de rozamiento del saber penal con otro diverso estaríamos en presencia de saberes tangentes y cuando se trata de superposición a otros se configuraría saberes secantes; a decir de nuestro jurisconsulto, *“Estos tocamientos y superposiciones con otros saberes no son meros pedidos de auxilio a otras disciplinas sino verdaderas hipótesis de trabajo interdisciplinarias de las que ningún saber puede prescindir, so pena de caer en autismo o en prejuicio.”*¹³⁰

Para una verdadera labor interdisciplinaria recomienda nuestro autor en comentario que recurrir a hipótesis de trabajo en conjunto, hecho que no necesariamente implique que el saber de origen pierda su horizonte ni su función, por el contrario implica que la construcción de su sistema de construcción adquiere un forma interdisciplinaria, es decir, no es interdisciplinario el saber segmentado, sino más bien la labor del científico.

Atendiendo esta línea de trabajo en el ámbito de las ciencias sociales, en específico en el quehacer jurídico, cuyo horizonte del derecho penal demanda mayor sensibilidad como ha quedado de manifiesto en la trayectoria ideológica de éste. Por tal motivo resulta primordial estudiar minuciosamente la relación con otros saberes, previendo también aquellos casos en que se produzca superposición o rozamiento con otros saberes incluso no jurídicos.

Ya que como concluye Zaffaroni, *“...sólo corresponde advertir que la interdisciplinarietà tangente con saberes no jurídicos es de imposible tratamiento conjunto, en razón de que la enorme variable de conflictos criminalizados y sus infinitas realizaciones concretas lo vinculan prácticamente con todo el saber humano.”*¹³¹

¹³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 92, p. 153

¹³¹ *ibidem*, p. 154.

Labor interdisciplinaria que sirve accesoriamente al derecho penal, ya que en ejercicio de su método, de su objeto de estudio y análisis, arrojan datos resultantes que permiten aproximarse a la verdad perseguible, en tiempo y espacio, de hechos probablemente constitutivos de un delito.

No debe creerse, sin embargo, que esta enumeración es taxativa, ni aceptada unánimemente. Más bien debe pensarse que es marcadamente distinta, según los diversos autores, y que una enumeración que las contemple a todas es poco menos que imposible.

En esta tesitura, vale enunciar que el compendio clasificatorio de algunos saberes interdisciplinarios al derecho penal, entre los que se encuentran:

A) La medicina legal utiliza la totalidad de las ciencias médicas para dar respuesta a interrogantes jurídicos y asume relevancia para la determinación de la muerte y sus motivos, el día y la hora en que ocurrió y otras circunstancias de interés forense; la existencia de lesiones y su mecanismo de producción; la de maniobras abortivas; la edad de las personas, etcétera.

B) La psiquiatría forense, que a través del estudio de la psiquis del imputado o de la víctima de un delito determina cuestiones sustanciales como la imputabilidad o inimputabilidad; la veracidad de ciertas acusaciones o el estado de salud mental del sujeto pasivo, o su edad, en función de las exigencias de la figura delictiva.

C) La química legal, aplicada al análisis de la existencia de venenos u otros elementos en las vísceras del interfecto; la determinación de la existencia de infinidad de sustancias vinculadas a la investigación criminal; líquidos en el teatro de los hechos; esperma en casos de violaciones; antigüedad de tintas o escrituras en falsedades documentales, etcétera.

D) La estadística criminal, es una herramienta importante para determinar la política criminal del Estado y recoge los números de delitos cometidos, tomando en cuenta su calidad, el bien jurídico afectado, el número de condenas y absoluciones recaídas, etcétera.

E) La penología o ciencia de las penas, que atiende tanto a la faz teórica cuanto a la práctica, resulta de sumo interés en la actualidad, en que se está acordando la importancia que merecen los establecimientos carcelarios y que, en muchos países, se ha establecido el juez de ejecución penal como encargado del cumplimiento de la pena judicialmente establecida.

F) La política criminal es la ciencia de la legislación penal. A través de ella el Estado determina qué reformas debe efectuar en sus leyes punitivas para el mejor cumplimiento de sus fines.

G) La criminalística, entendida como la ciencia que estudia los indicios dejados en el lugar del delito, gracias a los cuales puede establecer, en los casos más favorables, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo.

Capítulo III.- Aportes de la criminalística de campo en la obtención de medios de prueba para el derecho penal

“...se puede realmente afirmar que la verdad procesal fáctica, al igual que la verdad histórica, en vez de ser predicable en referencia directa al hecho juzgado, es el resultado de una ilación de los hechos «probados» del pasado con los hechos «probatorios» del presente.”

Luigi Ferrajoli.¹³²

3.1 La criminalística de campo como medio de prueba en el procedimiento penal.

En un contexto, en que los altos índices de criminalidad inciden en el desgaste del tejido social, surge la ineludible exigencia de utilizar nuevas y sofisticadas técnicas de investigación en la procuración de justicia, para lo cual la ciencia en general, así como la criminalística en particular se han propuesto brindar auxilio pertinente a los fines del derecho penal.

La intención primordial del presente capítulo consiste en brindar una visión general respecto de la metodología aplicada en el lugar de los hechos u hallazgo, como medio de obtención de material probatorio, en específico nos referimos a la criminalística de campo; luego trataremos de ilustrar la manera en que esta metodología de investigación brinda elementos de prueba al derecho penal, particularmente en el ámbito procesal.

Resulta oportuno reseñar, que algunos estudiosos del tema le atribuyen al suizo Reiss, el haber utilizado por vez primera este vocablo, sin embargo, en términos de obra publicada, este vocablo fue usado por primera vez por Hanns Gross, joven juez de instrucción, quien al darse cuenta de la falta de conocimientos de orden técnico que privaba en la mayoría de los jueces, también comprendió que este tipo

¹³² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 3, p. 53.

de saberes interdisciplinarios constituían un requisito indispensable para desempeñar con eficacia el cargo de instructores.

Motivo por el cual Gross, “...decidió escribir un libro que contuviera sistematizados todos los conocimientos científicos y técnicos que en su época se aplicaban en la investigación criminal. Esta obra salió a la luz por primera vez en 1894, y en 1900 Lázaro Pavía la editó en México traducida al español por Máximo Arredondo, bajo el título de *Manual del juez*.”¹³³

Para el caso mexicano, en relación a esta especialidad de investigación, se expresa el connotado médico forense y criminalista Luis Rafael Moreno González quien considera que la disciplina auxiliar del derecho penal por antonomasia, resulta ser “*la criminalística; entendida esta como: la ciencia que estudia los indicios dejados en el lugar del delito, gracias a los cuales puede establecer, en los casos más favorables, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo*”.¹³⁴

Al efecto se vale de técnicas accesorias, que entre otras son:

1) la *dactiloscopia*, que procura la identificación humana mediante huellas dactilares;

2) la *scopometría (documentoscopia)*, que lleva a cabo diversos procedimientos para determinar falsedades documentales, tales como alteraciones, sustituciones, tiempos de escritura, elementos empleados, etcétera;

3) la *grafoscopia*, que basada en los rasgos característicos, de escritura, que poseen las personas, determina la correspondencia y autenticidad de los elementos escritos en un documento determinado;

4) la *balística*, que establece la aptitud para el tiro de un arma, su calibre, si el proyectil objeto de investigación fue disparado por tal o cual arma, etcétera; y,

¹³³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 360.

¹³⁴ Moreno González, Rafael, *Los indicios del delito*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2000, p. 17

5) la *fotografía legal*, que facilita el análisis pormenorizado del lugar de los hechos, de los indicios, de las personas y particularmente de las víctimas; entre algunas otras ciencias de colaboración.

Con la intención de brindar un panorama general de la criminalística, en su acercamiento con el derecho penal, presentamos algunos aportes de esta disciplina al campo de la investigación; para lo cual, nos remontamos a la exposición titulada “Temas de Criminalística”, presentada por Rafael Moreno González, (Academia Mexicana de Ciencias Penales)¹³⁵.

Este investigador sostiene que la criminalística, considerada en el pasado una disciplina auxiliar del derecho penal, en el presente, gracias a los avances de la ciencia y de la técnica de las cuales se nutre, se considera una pieza fundamental del procedimiento penal, brindando información veraz y objetiva a los encargados de procurar y administrar justicia.

Su método de trabajo, así como las técnicas que aplica, permiten al investigador, mediante el primero, no perderse en el curso de la indagación; mediante las segundas, identificar y conocer la naturaleza de los indicios, que son, en última instancia, su objeto formal de estudio, a los cuales Edmond Locard, el gran policólogo francés del siglo pasado, calificó de “*testigos mudos que no mienten*” y que, por lo tanto, permiten, mediante su acertada interpretación, reconstruir los hechos delictuosos e identificar a su o sus autores.

Continuando en este ámbito temático, se destaca la relevancia que en tiempos recientes han cobrado estos tópicos dentro de la academia, tanto en foros, conferencias, como en el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. A propósito de lo anterior, Moreno González, apunta “...*la disciplina auxiliar del derecho penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente, es decir, la criminalística, debe optimizar sus métodos de investigación y los servicios que prestan*

¹³⁵ García Ramírez, Sergio, *et al.*, *Temas de derecho penal, seguridad pública y criminalística*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 175.

*sus laboratorios, así como elevarla excelencia profesional de sus cultivadores. En otras palabras, debe modernizarse.”*¹³⁶

Luego de introducirnos en la materia, este criminalista expone una distinción entre método y técnica que toda investigación debe seguir; a saber, Método significa el camino a seguir mediante una serie de operaciones y reglas prefijadas de antemano aptas para alcanzar el resultado propuesto. Por su cuenta, Técnica no es el camino como el método sino el procedimiento, basado en conocimientos científicos y no ya empíricos, puesto en práctica para obtener un resultado determinado.

Seguidamente, redondea la idea previa argumentando que “...*la metodología criminalística es la disciplina que se ocupa de evaluar los métodos y técnicas que los peritos aplican en el esclarecimiento de los delitos.*”¹³⁷

En este contexto, nuestro expositor en cita, pasa a explicar una particularidad que previamente hemos resaltado en el capítulo dedicado al paradigma positivista de ciencia y que guarda relación con nuestra investigación de tesis, nos referimos al hecho de que la criminalística como ciencia interdisciplinar del derecho penal esta basada sobre el método inductivo deductivo.

Al respecto expresa Moreno González, “*Del razonamiento inductivo, que va de lo particular a lo general, la ciencia está llena de ejemplos. Del razonamiento deductivo, que procede de lo general a lo particular, permite al extenso brazo de la ciencia volver a las eras pasadas y adentrarse en las del porvenir.*”¹³⁸

A manera de corolario, nos hace referencia a dos particularidades de dicho método, consistentes la primera en que la criminalística se apoya sobre una base experimental importante y ofrece, de hecho, todas las garantías necesarias para evitar errores (por contradicción) a los cuales conducen frecuentemente los silogismos; luego, la segunda particularidad consistente en que hace también un

¹³⁶ *ibidem*, p. 176.

¹³⁷ *idem*.

¹³⁸ *ibidem*, p. 177.

llamado a la hipótesis (método hipotético-deductivo) según el esquema utilizado en matemáticas.

Expuestos los párrafos anteriores a título introductorio, nuestro expositor aludido da paso a la etapa moderna o actual de esta interdisciplina auxiliar del derecho penal, destacando que el examen instrumental de la evidencia física brinda un campo vastísimo de aplicación del método y técnicas criminalísticas, baste señalar como ejemplos técnicas cromatográficas, espectroscópicas, espectrometría de masas, difracción de rayos X, microscopía electrónica de barrido; con el acoplamiento de instrumentos a fin de lograr mayor precisión analítica (cromatógrafo de gases, espectrómetro de masas); con el uso de diferentes tipos de sistemas computarizados (*software*); y con el establecimiento de los laboratorios de controles de calidad que determinan valores aceptados mundialmente.

Del referido contexto de avances sin precedente, en métodos y técnicas de investigación, aplicados al método criminalístico destaca un trascendental hallazgo, la estructura del ácido desoxirribonucleico (la famosa doble hélice de Watson y Crick, 1953, ADN).

Los trabajos de estos investigadores se ganaron por derecho propio un lugar en la rama criminalística, permitiendo acceder a una nueva era en el conocimiento de los procesos vitales. *“Como se habla de la era atómica, igual podría hablarse de la era de la doble hélice”, ha escrito J. Rostand, también autor de la expresión: “En la ciencia no existe progreso ninguno que no sea obra colectiva”.*¹³⁹

De la labor propiamente de laboratorio —que mostró tanto la síntesis de ácido ribonucleico, ARN (Ochoa), y la del ácido desoxirribonucleico, ADN (Kornberg), como el concepto de código genético y su metódico desciframiento (Ochoa, Nirenberg, Khorana y otros), aportaciones que se constituyeron en los primeros grandes hitos— se pasó al terreno jurídico en donde se encontró una relación interdisciplinar de aplicación en el terreno criminalístico, hoy en día pocos ignoran

¹³⁹ *ibidem*, p. 178.

los enormes beneficios de “la prueba del ADN” en materia de identificación individual ¹⁴⁰; todo ello, incidiría mas tarde en los medios de prueba, cuando la intervención pericial en materia de criminalística se lleve a cabo por solicitud, ya sea del representante social, o bien, del órgano jurisdiccional.

Dada la relación que guarda esta particularidad con nuestros objetivos de investigación, vale la pena ahondar en lo siguiente; gracias a la reciente introducción de la técnica analítica del ADN (1984-1986) por A. J. Jeffreys, se registró un impulso extraordinario, en los casos que resulta primordial lograr una precisa individualización de las personas, ya que de manera semejante a la técnica dactiloscópica este estudio permite, mediante la determinación de un “código genético”, individualizar la identidad de una persona. Luego entonces, al no haber en la población mundial dos ADN idénticos, no pueden existir, por lo tanto, dos personas iguales, *a excepción de los denominados gemelos univitelinos.*

Por otro lado, tenemos los avances que otra ciencia aplicada ha logrado aportar, como auxilio, a la criminalística, esto es la informática, que mediante nuevos métodos derivados de la cibernética, consistentes en un conjunto de técnicas que permiten recoger, almacenar, organizar y transmitir datos mediante sistemas computarizados. Nuestro autor guía, expresa que “...según el FBI, la informática aplicada a las disciplinas forenses es la ciencia capaz de adquirir, preservar, obtener y presentar datos que han sido procesados electrónicamente y guardados en un medio computacional.” ¹⁴¹

En este contexto, nace la computación forense en reemplazo de las antiguas bases de datos forenses, que habían sido piedra fundamental del éxito de la investigación, la mayoría de estas bases de datos se encontraban en archivos con una clasificación en papel; sin embargo:

¹⁴⁰ El resultado de estos análisis resulta incuestionable, por tal motivo en 1992 el entonces director del FBI (Por sus siglas en ingles, Federal Buro of Investigation), William Sessions, expresó lo siguiente: “La aplicación del ADN a la criminalística ha sido el avance más importante desde el establecimiento de las huellas dactilares como medio de identificación”. *idem.*

¹⁴¹ *ibidem*, p. 179.

*...en las últimas décadas muchos de estos archivos se han computarizado, proporcionando información rápida, veraz y confiable. El uso de Internet ha avanzado últimamente con rapidez y las bases de datos forenses están enlazadas para la resolución de delitos —incluso delitos internacionales—, así como para la investigación científica.*¹⁴²

Ahora bien, del trabajo de Moreno González, nos encontramos con otra aplicación relacionada a nuestros objetivos de tesis, para el caso resultan ser las bases de datos de huellas digitales que son una aplicación de lo más conocida y utilizada consuetudinariamente.

En donde, la búsqueda manual de antecedentes en los archivos dactiloscópicos y nominales, ha sido mejorada, a últimas fechas, por sistemas computarizados, mismos que reducen notoriamente los tiempos empleados con tal fin. Es decir, en palabras de Wayne W. Bonnet y Karen M. Hess, *“el sistema automatizado de identificación de huellas digitalizadas (AFIS), significa un importante avance en la lucha contra el crimen”*.¹⁴³

A manera de colofón, vale apuntar que el AFIS aplicando el método cibernético puede digitalizar huellas digitales sin la necesidad de tinta. En las mismas condiciones, huellas digitales latentes son escaneadas y convertidas en una imagen electrónica, la que se almacena en una base de datos para su rápida confrontación.

Rafael Moreno González, destacado autor en temas de la criminalística de campo, concluye citando, *“De acuerdo con Eillen Albrech, analista de programas del FBI, este sistema reduce el riesgo de tener huellas borrosas, empastadas o con falta de tinta, comúnmente asociado con el registro tradicional de huellas digitales, es decir, con tinta. La toma de huellas digitales mediante dicho sistema mejora la calidad de las mismas y facilita su identificación posterior.”*¹⁴⁴

¹⁴² *idem.*

¹⁴³ *ibidem*, 180.

¹⁴⁴ *idem.*

3.2. Intervención de la prueba pericial según el análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales.

A continuación hacemos un corte teórico conceptual, en el sentido de trasladar nuestro estudio hacia la cuestión normativa (parte interna del derecho), es decir, colocamos en el centro de nuestra indagación lo referente a la ley positiva vigente en lo específico a la prueba pericial, como medio probatorio en el proceso penal mexicano.

Para esta etapa de nuestra investigación, se hace imperioso señalar un efecto sustantivo que reorientó nuestro análisis, ya que, como de inicio se ha señalado, la normatividad en materia penal aplicable a los ámbitos temporal y espacial en México cruzan por un entrono reformador, mismo que propició que los códigos federal y local de procedimientos penales se unificaran en un solo ordenamiento aplicable a todo el territorio nacional.

No resulta óbice de lo anterior formular una aclaración respecto de nuestro ejercicio de análisis sobre la normatividad adjetiva en materia penal vigente en México, en el sentido de que por razones metodológicas y delimitativas acordes a nuestros objetivos específicos sólo habremos de observar las disposiciones que en específico guarden relación con la prueba en su conceptualización general y la intervención pericial en específico, sin mayor preámbulo citamos lo que en consecuencia de las reformas supra citadas plantea el ordenamiento supremo¹⁴⁵ de nuestro país la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con los medios de prueba; a saber:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. 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;

¹⁴⁵ cfr. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 37, pp. 45-50.

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y **la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;**

III. Para los efectos de la sentencia **sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.** La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio **la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;**

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y **los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;**

V. **La carga de la prueba** para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. (...);

VII. (...);

VIII. (...);

IX. **Cualquier prueba** obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. (...).

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...];

IV. Se le recibirán los testigos y **demás pruebas pertinentes que ofrezca,** concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. (...).

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y **aportar pruebas en contra;**

[...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

[...];

*II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o **elementos de prueba con los que cuente**, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.*

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

[...].”

(Lo destacado es nuestro).

La cita precedente, es claro ejemplo del lugar preponderante que ocupa el concepto de prueba en su intervención normativa en sede penal, ya que de inicio la ley fundamental en México fija el contexto, forma de intervención y valor asignado a las pruebas desde una postura general que concatenada a la legislación secundaria sirven de marco de referencia, *per se*, a este elemento importantísimo del procedimiento penal.

Evidentemente la pretensión de coadyuvar en el acceso a una justicia pronta y expedita, favoreció a que el órgano legislativo del estado mexicano creara un ordenamiento procedimental en materia penal de observancia nacional, con lo que el universo normativo concerniente a nuestro tema en particular –la prueba pericial- se vio modificado; hecho que motivó nuestro ajuste temático para trasladarlo a la nueva legislación procesal en materia penal.

Ahora bien, esta legislación se ha denominado el Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuyo artículo primero y segundo textualmente reza:

*“Artículo 1o. **Ámbito de aplicación***

Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Artículo 2o. Objeto del Código

Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.”

De la cita se observa, el ámbito espacial de aplicación de la nueva normatividad adjetiva, incluso se especifica el ámbito material de validez de ésta; en seguida el legislador prescribe los objetivos del conjunto normativo adjetivo de reciente publicación, hecho que efectivamente plantea de inicio la preponderancia del principio de estricta legalidad que hemos expuesto en capítulos anteriores.

A mayor detalle, de los numerales constitutivos de esta ley positiva observamos que por ejemplo el arábigo 6° hace una primera alusión a nuestro concepto a estudio, es decir la prueba como medio y la posibilidad de las partes para conocer los mismos, cuando señala:

“Artículo 6o. Principio de contradicción

Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.”

En seguida, observemos lo que prescribe el imperativo 9° del Código Nacional adjetivo, para responsabilizar al órgano jurisdiccional en la labor de intermediario en el desarrollo de las audiencias, como la de admisión, desahogo o la de valoración de las pruebas:

“Artículo 9o. Principio de inmediación

Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las

excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.”

Posteriormente en otra sección de la ley procedimental el artículo 103 especifica lo referente a los gastos en la producción de prueba y textualmente señala:

“Artículo 103. Gastos de producción de prueba

Tratándose de la prueba pericial, el Órgano jurisdiccional ordenará, a petición de parte, la designación de peritos de instituciones públicas, las que estarán obligadas a practicar el peritaje correspondiente, siempre que no exista impedimento material para ello.”

Del numeral 109 fracción XIV, de este cuerpo normativo se observa el derecho de la víctima u ofendido *“A que se le reciban todos los datos o elementos de prueba pertinentes con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que establece este Código;”* inclusive la fracción décimo séptima de este mismo ordinal, reconoce el derecho *“A solicitar la realización de actos de investigación que en su caso correspondan, salvo que el Ministerio Público considere que no es necesario, debiendo fundar y motivar su negativa;”*.

Los derechos del imputado no podrían ser soslayados, por tal motivo se han catalogado en la ley adjetiva, propiamente en lo referente a la prueba el artículo 113 fracción IX reconoce su derecho *“A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código;”*.

Este cuerpo normativo en su parte específica señala las funciones de la representación social, partiendo de la conducción de la investigación como fuente primordial de elementos de prueba, tal como lo prescribe el ordinal 127, mismo que reza:

“Artículo 127. Competencia del Ministerio Público

Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, (...).”

Para este punto de nuestra tesis, de la cita precedente se observa la aparición de un concepto fundamental que guía de inicio la labor del ministerio público y sus órganos coadyuvantes, como son la policía y los servicios periciales; nos referimos al término “investigación”, mismo que desde un enfoque científico valdría la pena definir nítidamente.

Es así que consultamos el trabajo de Rubio y Varas, dos tratadistas de lo métodos y técnicas de investigación; de sus postulados obtuvimos que *“El concepto de investigación etimológicamente esta relacionado con el término vestigio, huella. Investigar, por tanto, sería un modo de conocer algo siguiendo las huellas o vestigios que esta cosa deja.”*¹⁴⁶

Optamos por ampliar la visión definitoria de algunos vocablos que son utilizados por el legislador para referir acciones desplegadas durante un trabajo de investigación por la necesaria razón delimitativa que en un discurso jurídico deben guardar dichos términos, como bien lo expresa Manuel Atienza, al postular que: *“Definir en principio, es una operación mediante la cual se describe, se especifica, se aclara o se establece el significado de una expresión lingüística.”*¹⁴⁷

Para complementar el postulado anterior el jurista en comento aclara que en mayor medida suele hablarse de tres tipos de definición. Describe en primer termino, las definiciones lexicográficas que consisten en indicar o describir en que sentido (o sentidos) los hablantes de una lengua utilizan una determinada expresión; un ejemplo de este tipo de aserciones son, podemos decir, las definiciones del diccionario.

Se encuentran en segundo lugar, las definiciones estipulativas entendidas aquellas que establecen que cierto termino ha de usarse o entenderse en cierto sentido; tal seria el caso, cuando a un termino ya existente en un lenguaje se le atribuye un significado diferente al usual, o cuando se introduce un nuevo termino

¹⁴⁶ Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p.24.

¹⁴⁷ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 3ª. Edición, Barcelona, 2007, p. 42.

(lo que ocurre con frecuencia en el lenguaje científico y mas raramente en el jurídico), para el que se propone un determinado significado.

Y en tercer y ultimo lugar, existen las definiciones que consisten en partir del significado usual de una expresión y, a partir de ahí, precisar dicho significado: redefinición; esta ultima es una operación que, en cierto modo, esta a mitad de camino entre las definiciones lexicográficas y las definiciones estipulativas.

Tomando en consideración lo previamente apuntado, es dable resumir que en general las definiciones legislativas son de carácter estipulativo o bien son redefiniciones, ya que en realidad, las obras que escriben los estudiosos del derecho, los que elaboran la dogmatica jurídica o ciencia del derecho, suelen ser libros que versan sobre otros libros. Por tales motivos, en los libros de derecho abundan las definiciones.

Seguidamente, retomando el análisis normativo, el numeral 131 enumera las obligaciones de la representación social, de las cuales subrayamos las fracciones III, IV, V, VII, VIII, IX, referentes a la prueba, entre las que observamos:

“III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las Policías y a los peritos durante la misma;

*IV. Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren **los indicios**, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento;*

*V. Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, en su caso, ordenar la recolección de **indicios** y medios de prueba que deberán servir para sus respectivas resoluciones y las del Órgano jurisdiccional, así como recabar los elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación;*

VII. Ordenar a la Policía y a sus auxiliares, en el ámbito de su competencia, la práctica de actos de investigación conducentes para el esclarecimiento del hecho delictivo, así como analizar las que dichas autoridades hubieren practicado;

VIII. Instruir a las Policías sobre la legalidad, pertinencia, suficiencia y contundencia de **los indicios** recolectados o por recolectar, así como las demás actividades y diligencias que deben ser llevadas a cabo dentro de la investigación;

IX. Requerir informes o documentación a otras autoridades y a particulares, así como solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba;

XX. Comunicar al Órgano jurisdiccional y al imputado los hechos, así como los datos de prueba que los sustentan y la fundamentación jurídica, atendiendo al objetivo o finalidad de cada etapa del procedimiento;”

Consideramos pertinente destacar una particularidad que decanta de la cita textual que precede, consistente en la utilización por parte del legislador de otro concepto netamente relacionado con los medios de prueba y con la apreciación de los mismos, término que por su trascendencia consideramos pertinente definir diáfananamente ya que desafortunadamente se omitió precisar en la legislación un sentido o significado en específico.

Nos referimos al término *indicio* (s); a fin de obtener una definición aplicable al ámbito jurídico consultamos lo que sobre el particular postula el reconocido diccionario jurídico mexicano¹⁴⁸, a saber: *Indicios*. Del latín *indicare*, conocer o manifestar. Hechos, elementos o circunstancias que sirven de apoyo al razonamiento lógico del juez para lograr su convicción sobre la existencia de otros hechos o datos desconocidos en el proceso.

De conformidad al criterio de los autores en cita, nuestro concepto en análisis no es unívoco ya que se trata de un concepto difícil de delimitar desde el punto de vista jurídico, lo anterior por la razón de que se le han atribuido diversos significados los cuales en ocasiones se confunden, tal sería el caso de considerarlo como sinónimo de sospecha o conjetura; particularmente, desde el punto de vista del derecho probatorio, se utiliza el vocablo como sinónimo de

¹⁴⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 78 y 79.

presunción¹⁴⁹, y, en un tercer término, se emplea el concepto de indicios para indicar los efectos restringidos de algunos medios de convicción frente a aquellos que producen la plena convicción del juzgador.

Ahora bien, como se hace patente, los indicios están relacionados con los medios de prueba y con la apreciación de los mismos en todas las ramas del proceso, existe la tendencia tanto doctrinal como legislativa y jurisprudencial de utilizarlos de manera predominante en el proceso penal en tanto que en las restantes ramas de enjuiciamiento, es decir, civil y mercantil, laboral y administrativa se emplea con mayor frecuencia el concepto de presunciones.

Sin embargo, a pesar del equívoco mencionado, la corriente mayoritaria estima que se trata de momentos diferentes en el procedimiento probatorio, ya que los indicios constituyen los elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias conocidos que se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde un punto de vista causal o lógicamente, y este razonamiento es el que da lugar a la presunción.

Consecuentemente aparecen en primera instancia los indicios que permiten derivar las presunciones, pero tomando en consideración que estas últimas son las que se consideran como de carácter humano, o sea, de naturaleza judicial, puesto que las llamadas presunciones legales están relacionadas con la carga y la eficacia de la prueba y por lo tanto no tienen relación con los indicios propiamente dichos.

Vale reforzar los criterios anteriores, comentando el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, supremo tribunal que ha considerado que la prueba de indicios y el razonamiento que implica la presunción judicial, debe considerarse como prueba circunstancial, la cual se apoya en el

¹⁴⁹ Sentido jurídico interpretativo que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal define en su artículo 245, como *“Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.”*

valor incriminatorio de los indicios y tiene como punto de partida hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, ilación cuyo objetivo es develar un dato por complementario o una hipótesis por verificar, en ambos casos, ya sea, sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable e incluso acerca de las circunstancias del acto incriminado¹⁵⁰.

Aunado al análisis precedente, consideramos pertinente consultar a nuestro autor y obra fuente, es decir, optamos por efectuar un análisis de lo que sobre la materia plantea Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón*; pues bien, de la obra en cita obtuvimos una definición específica para abordar el vocablo *indicio(s)*, ya que sobre el particular Ferrajoli expone en primer término que las condiciones de verificabilidad que de inicio definimos como estricta legalidad y las condiciones de la refutabilidad procesal identificadas como estricta jurisdiccionalidad de las denotaciones legales, ambas son previas a las condiciones de la verificación y las condiciones de la confutación que sirven de terreno a la producción de la prueba.

De hecho únicamente si el motivo del juicio consiste en una conducta empírica taxativamente determinada en todos sus elementos constitutivos -la acción, el resultado, la culpabilidad- puede ser objeto tanto de prueba como de comprobación contradictoria e imparcial. Por el contrario, no se puede probar, y todavía menos contradecir, una acusación indeterminada o expresada mediante valoraciones, tanto inverificables como no confutables.

Baste recapitular la primer parte del presente trabajo de investigación, en que quedó expuesto que la verificación fáctica en el proceso penal, al igual que en cualquier verificación histórica, es el resultado de una ilación entre hechos probados del pasado y hechos probatorios del presente; de tal forma que esta ilación, adquiere la estructura discursiva de una inferencia inductiva, en la que las premisas vienen constituidas por la descripción del hecho a explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión propiamente enuncia el hecho que se considera probado por las primeras.

¹⁵⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op. cit.*, nota 148, p. 79.

Incluso para reforzar lo supra indicado, recordamos el trabajo de un empirista consumado, como lo fue David Hume quien demostró que “...los acontecimientos, no se siguen necesariamente uno a otro y, por tanto, no es posible «demostrar» su conexión causal, sino todo lo más sostenerla como plausible gracias a generalizaciones idóneas basadas en la experiencia pasada.”¹⁵¹

Generalizaciones, equivalentes a conclusiones las cuales aun cuando no verdaderas necesaria sino sólo probablemente, aumentan nuestro conocimiento; es por ello, que su relativa incertidumbre respecto de las premisas o pruebas aceptadas como verdaderas es el precio que se paga por el valor implícito de descubrimientos de hechos ignorados indispensables para explicar hechos conocidos.

En estas circunstancias, la inducción judicial es reflejo inequívoco de toda inducción, por la razón de que en ella, invariablemente, “...la conclusión probada o descubierta tiene el valor de una hipótesis explicativa de naturaleza probabilística en cuanto al nexo causal entre una acción imputada a la culpabilidad de un sujeto y el conjunto de hechos - el acontecimiento lesivo y los datos probatorios recogidos- descritos en las premisas.”¹⁵² A grado tal, que su caracterización específica consiste en el hecho de que el procedimiento mediante el cual se realiza no es sólo una actividad intelectual sino que es también una actividad jurídica, normativamente disciplinada.

De los párrafos anteriores se desprende el enfoque específico respecto del vocablo a estudio, ya que nuestro autor en cita refiere que existen *los hechos o datos probatorios* que son abordados según sean experimentados directa o indirectamente, esto es, según permitan más o menos indirectamente la inducción del hecho-delito. Por lo tanto advierte de la pertinencia de alejarnos del lenguaje común para efectuar un análisis de estos términos, definiéndolos como:

¹⁵¹ Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 130.

¹⁵² *idem.*

a) *Prueba*: Medios de prueba.- al hecho probatorio experimentado en el presente (directamente) del que se infiere¹⁵³ el delito u otro hecho del pasado –inducción directa del hecho-delito-.

b) *Indicio*: Contenidos probatorios.- al hecho probado del pasado (indirectamente) del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio – inducción indirecta del hecho-delito-.

Ahora bien, los indicios se robustecen en la misma medida de atribuirles veracidad a las circunstancias que los describen (envuelven), los nexos de causalidad establecidos entre las circunstancias descritas y el resultado producido, convirtiéndolos en inferencias inductivas del hecho a probar; o si se quiere ponen de manifiesto, la cuestión del tipo de probabilidad que permite, a propósito de una serie más o menos compleja de premisas probatorias e indiciarias, hablar de prueba de la conclusión de una inducción judicial.

A pesar de este resultado, ninguna de las conclusiones de estas sucesivas inferencias o argumentos inductivos es indubitavelmente verdadera, ya que como ha sido señalado este procedimiento inductivo del razonamiento sólo se puede conducir a que cada una de aquellas conclusiones es más o menos razonable, plausible o probablemente verdadera. Luego entonces, la concatenación de indicios indirectos se traduce en indicios directos, según resulten acertados, para finalmente constituir prueba indiciaria producto de la fiabilidad de esta construcción de hechos o datos indirectos que se convierten en directos por su acertada correspondencia de unos y otros.

Resulta ilustrativo observar que cuanto mayor es el número de las inferencias necesarias para inducir de la prueba la conclusión de la responsabilidad por el delito del que es causa, tanto menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria; es decir, sólo bastaría que la defensa presente una contraprueba que

¹⁵³ inferir. (Del lat. *inferre*, llevar a). tr. Sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa. (...). ¶ MORF. conjug. c. *sentir*. Microsoft® Encarta® 2009, *Diccionario de la real academia española*, © 1993-2008.

desmienta alguna de las inferencias de la serie acusatoria para desmembrar la cadena y desmontar todo el razonamiento.

Por el contrario, cuando son necesarias varias inferencias porque concurren varias pruebas o varios indicios independientes entre sí, tal sería el caso de varias pruebas de un mismo indicio o varios indicios distintos. De tal forma, como se ha reseñado, “...*varias pruebas y/o varios indicios concordantes se refuerzan entre ellos aumentando su probabilidad, mientras que varias pruebas y/o varios indicios discordantes se debilitan recíprocamente reduciendo o incluso anulando cada uno la probabilidad del otro.*”¹⁵⁴

La observación de que pruebas e indicios se corresponden en el tiempo nos permite llegar a otra *inferencia* que tiene que ver con que “*respecto del delito, las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca pruebas directas sino casi siempre indirectas, es decir, pruebas de indicios a su vez directos o indirectos: probabilidades de probabilidades, como escribió Francesco María Pagan*”.¹⁵⁵ En esta lógica temporal, mientras las pruebas, al consistir en hechos del presente, son siempre objeto de experiencia directa; caso contrario el de los indicios, que consisten siempre en hechos del pasado, por este motivo los indicios son más directos que las pruebas respecto de la hipótesis explicativa final, pero las pruebas son más directas que los indicios respecto de la experiencia probatoria inicial.

Esta última distinción permite proyectar en dos sentidos la distinta naturaleza de la probabilidad de las pruebas y de la probabilidad de los indicios, tal sería el caso en que:

1) La probabilidad o fuerza inductiva de las pruebas afecta a la fiabilidad o crédito subjetivo de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas; el carácter no apócrifo de los documentos; la solidez de las pericias; el rigor de las inspecciones y

¹⁵⁴ Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 131.

¹⁵⁵ *ibidem*, p. 132.

reconstituciones judiciales de hechos; la autenticidad y no falsificación de las huellas y piezas de convicción.

2) La probabilidad o fuerza inductiva de los indicios afecta en cambio a su relevancia o gravedad objetiva, es decir, a su idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto. Puede haber pruebas fiables de indicios tenues o tal vez irrelevantes y pruebas increíbles o escasamente creíbles de indicios graves y relevantes. En el primer caso el indicio es cierto pero débil, en el segundo es incierto aunque fuerte y tal vez decisivo.

Por tales motivos, un dato probatorio, puede ser refutado bien impugnando la relevancia de los indicios inducidos de él, bien desacreditando la fiabilidad de las pruebas de las que ha sido inducido. En consecuencia, resulta más fiable subjetivamente cuanto más cercano es a la experiencia probatoria inicial (aunque lejano de la conclusión explicativa final) y tanto más relevante objetivamente cuanto más cercano está de la conclusión final (aunque lejano de la experiencia inicial).¹⁵⁶

Nada más ilustrador que recurrir al trabajo garantista de Ferrajoli para definir el concepto de *indicio (s)*, que cobra relevancia en la legislación positiva en México; a pesar de lo anterior, debemos continuar con nuestro análisis propuesto, respecto de la nueva normatividad en materia procedimental penal que ahora nos ocupa.

Atendiendo nuestro orden numérico ascendente observamos que el artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales, enuncia las obligaciones de uno de los órganos auxiliares de la representación social, nos referimos a la policía cuyos miembros en ejercicio de su deber “...actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución”. Específicamente, respecto de la investigación se dispone en la fracción VIII: “Preservar el lugar de los hechos o del

¹⁵⁶ cfr., Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 3, pp. 132 y 133.

hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;”.

Desde el punto de vista metodológico la preservación del lugar de los hechos o del hallazgo es de suma importancia en lo que se refiere a la producción de medios de prueba como consecuencia de la intervención de peritos en materia de criminalística, tema que en el capítulo subsecuente habremos de abordar con mayor detalle.

A continuación el cuerpo normativo a estudio presenta una figura de intervención procesal novedosa; ya que el ordinal 136 define a los consultores técnicos los cuales podrán intervenir *“Si por las circunstancias del caso, las partes que intervienen en el procedimiento consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, así lo plantearán al Órgano jurisdiccional. El consultor técnico podrá acompañar en las audiencias a la parte con quien colabora, para apoyarla técnicamente.”*

Pues bien, a continuación el arábigo 212 marca la pauta para delimitar el deber de investigación penal que por mandato de ley corresponde en su orquestación al ministerio público, por ello se observa que: *“Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señale como delito, dirigirá la investigación penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos autorizados en la misma. La investigación deberá realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión.”*

Otra puntual aportación del legislador mexicano cuando retoma los postulados garantistas de Luigi Ferrajoli, en el sentido de evitar criterios ontológicos durante las labores de investigación, ya que ésta deberá realizarse libre de estereotipos y discriminación.

No basta, claro está, delimitar el deber de investigación, por el contrario como acertadamente lo plantea el legislador, también es pertinente definir el objeto de ésta; por tal razón el numeral 213, postula: “Objeto de la investigación. La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.”

Como se hace patente la investigación propiamente dicha comprende una serie de actos llevados a la práctica por los órganos coadyuvantes y las partes intervinientes en el desarrollo del procedimiento penal, todo lo cual se complementa con las denominadas técnicas de investigación que el legislador tuvo a bien reconocer:

“Artículo 227. Cadena de custodia

*La cadena de custodia **es el sistema de control y registro** que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.*

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.”

(Lo destacado es nuestro)

De nueva cuenta, se nos presenta la oportunidad de señalar que la legislación en análisis enuncia otro término relacionado a la metodología de investigación, mismo que surge como efecto de la misma, tal es el caso del vocablo “evidencia”. Por extraño que resulte, en primera instancia recurrimos al prestigioso *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, obra en la que fue imposible localizar información etimológica o gramatical sobre dicha alocución.

No por ello desistimos en nuestra intención hermenéutica de develar un sentido que justifique su utilización por parte del legislador, por tal motivo consultamos la obra de otro reconocido tratadista como lo es José Vizcarra Dávalos que en su obra intitulada *Teoría general del proceso*, elabora una disertación doctrinaria en torno a la evidencia y su relación con la prueba, discurso mediante el que refiere que el conocimiento del juez no se forma, por lo regular a través de un solo medio de prueba, sino que es consecuencia de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes le suministran.

En este contexto, una teoría general de la prueba permite establecer el modo como el juez va adquiriendo conocimiento de las cosas; explica la formación lógica de los distintos medios de prueba, y la vinculación que entre ellos existe; es decir, existen hechos determinados que gravan la conciencia, sin el auxilio de ningún intermediario y cuya impresión es tan viva como la luz en la vista; otros, en cambio, no los percibimos sino por medio de otros hechos precedentes recibidos, aplicando el raciocinio, que nos concede de lo conocido a lo desconocido.

Atendiendo lo expuesto, resulta que la prueba directa o inmediata es el fundamento de la “*evidencia*” o sea la convicción de la verdad de un hecho. Esa convicción puede ser interna (en ciertos estados emotivos) o externa (que percibimos por los sentidos). La convicción interna, es consecuencia de un proceso mental autónomo, que está fuera del control de las partes y, por consiguiente, no puede fundar una decisión; por eso el juez debe excluir su conocimiento personal y toda clase de apasionamiento que pueda influir en su criterio. No ocurre lo mismo con la evidencia externa, susceptible de ser apreciada por terceros, desde que cae bajo el dominio de los sentidos.

A mayor ilustración, durante el desarrollo de la investigación surgen “...*ciertos hechos que, no obstante caer bajo el dominio de los sentidos, no pueden ser apreciados sino por quien posea conocimientos especiales en la materia; y así como nos servimos de instrumentos de óptica para suplir las imperfecciones de la vista, el juez recurre al auxilio*

de la ciencia, asesorándose por técnicos que ilustran su criterio, lo que constituye la prueba por peritos.”¹⁵⁷

De conformidad al enfoque de este jurisconsulto, el testimonio, tanto de las partes como de terceros, puede producirse también en forma escrita y, en ese caso, el documento donde consta, constituye la prueba instrumental, porque es el medio o instrumento que sirve para hacerlo valer en juicio. Incluso, como bien concluye:

...a falta de testimonio del hombre, la inducción puede fundarse en rastros, transitorios o permanentes, que toman el nombre de indicios y sirven de punto de partida a la investigación. Las consecuencias que de ellos se sacan, constituyen las presunciones, que se llaman legales cuando son preestablecidas por la ley y judiciales cuando son sólo el fruto del raciocinio del juez.¹⁵⁸

Atentos a los argumentos de Vizcarra Dávalos, podríamos intentar siquiera sugerir que previo a la promulgación de todo ordenamiento jurídico bien valdría la pena atender los trabajos doctrinarios que sobre temas tan especializados se han propuesto todo ello encaminado a establecer una definición clara y precisa de estos términos de trascendencia jurídica; sin desatender, por cierto, el principio de estricta legalidad en su sentido de observancia legislativa.

En seguida, el texto del prescriptivo a estudio refiere otro término que no es unívoco en su origen etimológico, efecto que trasladado al terreno jurídico agrava su utilización, en virtud de no haber sido específico, el legislador, en su enunciación lo cual nos remite a la referencia precitada de Eugenio Raúl Zaffaroni (supra), en el sentido de los equívocos¹⁵⁹ recurrentes cuando de definir conceptos en materia jurídica se refiere; nos referimos al termino “objeto”, si bien es cierto que nuestro estudio no pretende ahondar en demasía en cuestiones etimológicas o bien gramaticales, respecto del origen de la terminología empleada por el legislador en la elaboración de un cuerpo normativo, no por ello omitimos indagar

¹⁵⁷ Vizcarra Dávalos, José, *Teoría general del proceso*, decimoprimer edición, editorial Porrúa, México 2010, pp. 205 y 206.

¹⁵⁸ *idem*.

¹⁵⁹ *cfr.* Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 92, p.4.

el sentido estricto que algunos términos tienen en su interacción, tanto con los medios de prueba como con la metodología de investigación.

Nuestro intento por definir el sentido estricto que guardan determinados términos utilizados por el legislador, tiene el objetivo de corroborar la observancia, o no, del principio garantista de estricta legalidad que ha guiado nuestro trabajo de tesis, luego entonces hemos utilizado como obra de consulta el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas perteneciente a la UNAM; para extrañeza de este trabajo de investigación, en dicho compendio terminológico no se hace alusión a este vocablo.

No obstante, decidimos consultar el diccionario de la real academia española de la lengua, en su versión electrónica de donde obtuvimos:

*“objeto. (Del lat. obiectus). m. **Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo.(...).** ||6.cosa. (...) V. hombre ~, mujer ~.”*¹⁶⁰

(Lo destacado es nuestro).

Del conjunto de acepciones presentes en la cita, optamos por considerar las que mayor relación guardan con el horizonte jurídico motivo de nuestro análisis, de hecho la significación marcada con el numero 6 que refiere a cosa (s) nos parece ser la que mayor concordancia guarda con los “bienes” que en terreno jurídico es dable delimitarlos específicamente en la labor investigativa; es así que del *Diccionario Jurídico Mexicano*¹⁶¹ obtuvimos la cita siguiente:

“Bienes. (Del latín bene, entre sus acepciones están: utilidad, beneficio, hacienda, caudal).

¹⁶⁰ Microsoft® Encarta® 2009, *op. cit.*, nota 137.

¹⁶¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 287 y 288.

1. Jurídicamente se entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación, entendiendo como tales, las cosas que no se encuentran fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley (aa. 747 a749 CC).¹⁶²

En primer lugar se logra una definición acorde al Código Civil Federal, acto seguido, se refiere la clasificación que la legislación mexicana comprende: a) los bienes muebles e inmuebles; b) los bienes considerados según las personas a quienes pertenecen y c) los bienes mostrencos y vacantes. Además, doctrinalmente, se habla de: a) bienes fungibles y no fungibles: b) bienes consumibles y no consumibles y c) bienes corpóreos e incorpóreos.

Específicamente adentrados en el terreno jurídico, seguimos dando cause a una definición precisa que colme nuestro objetivo, a este fin tenemos que son bienes muebles aquellos que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro ya sea por sí mismo (semovientes, verbigracia: los animales) o por una fuerza exterior (a. 753 CC).

Además la legislación civil en cita considera los bienes según a las personas a quienes pertenecen pudiendo ser del dominio del poder público o de propiedad de los particulares (a. 764 CC). Dentro de la segunda categoría todas las cosas cuyo dominio pertenece legalmente a los particulares, no pudiendo aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley (a. 772 CC).

Para mayor comprensión la ley en cita establece que son bienes mostrencos los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore (a. 774 CC). También se define los bienes fungibles, siendo éstos aquellos que tienen un mismo poder liberatorio (a. 763 CC), es decir que teniendo el mismo valor pueden reemplazar a otro en el pago, se determinan por su género, cantidad calidad, son genéricos.

Incluso resulta extensivo el análisis ya que existen los bienes consumibles, es decir aquellos bienes que se agotan en la primera ocasión que son usados; y no consumibles son aquellos que no lo permiten. Para concluir esta breve cita

¹⁶² Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Texto vigente; Última reforma publicada DOF 28-01-2010.

ilustrativa tenemos la categoría de bienes corpóreos se refiere a las cosas y los incorpóreos a los derechos.

Nos permitimos guiar el antedicho análisis, sin perder de vista nuestro objetivo específico de construir una definición *ad hoc* para el término “objeto” utilizado por el legislador, que como hemos indicado guarde estrecha relación con el concepto “bien” que a nuestro entender resulta de mayor correspondencia jurídica en el terreno del código procedimental a estudio.

A manera de corolario de lo anterior, para poder dar fin al análisis del artículo en cita observemos lo que sobre el vocablo “*instrumento del delito*” expone nuestro diccionario fuente; de esta obra de consulta obtuvimos que puede ser considerado como tal, el medio de que debe servirse el agente, según la respectiva figura legal de delito, para efectuar el hecho. Por obvios motivos, para la perpetración de casi todos los hechos delictuosos el actor ha de valerse de un determinado medio.

Sin embargo, cabe diferenciar ese posible medio de un instrumento, en el sentido aquí enunciado, esto es, en el de una cosa u objeto requerido por la abstracta previsión legal del hecho como elemento constitutivo o diferenciador de ella. Es la mención legal expresa de él en una figura de delito la que le concede significación jurídica. En el contexto enunciado,

*...el instrumento es siempre una cosa. Cuando el agente utiliza en tal carácter a una persona, no se trata ya de un elemento de la figura legal, sino de una situación regulada por las normas relativas al concurso de sujetos a un hecho punible. Entre los instrumentos previstos por diversas figuras legales cuéntanse, entre otros, las armas, los explosivos, las sustancias tóxicas y la imprenta.”*¹⁶³

El análisis efectuado en los párrafos precedentes, a partir de la cita del artículo 227 del Código Nacional de Procedimientos Penales, corresponde al primer párrafo del mismo, ya que en el segundo párrafo puntualmente se prescribe la forma metodológica en que se deberá aplicar la denominada cadena de custodia.

¹⁶³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 152.

Detalle a destacar consistente en que, aun cuando las instituciones encargadas de procurar justicia, esto es las procuradurías locales y la general de la república, han tenido a bien emitir acuerdos y elaborar protocolos específicos¹⁶⁴ para el desarrollo de sus labores en la investigación, procesamiento y cadena de custodia, extrañamente el prescriptivo a estudio no hace referencia expresa de los mismos.

En función de lo anterior, proponemos un enunciado complementario que haga mención expresa de los acuerdos y protocolos aludidos con lo cual el código adjetivo daría sustento jurídico a las técnicas específicas de investigación, entendidas estas como protocolos institucionales de las procuradurías; a saber:

“Artículo 227. Cadena de custodia

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

*Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.**(De conformidad a los protocolos institucionales que para tal fin han emitido por medio de acuerdos los órganos encargados de procurar justicia)**”*

(Lo destacado es nuestro)

Para continuar nuestro análisis, citamos lo que el artículo 228 del ordenamiento adjetivo preceptúa:

Artículo 228. Responsables de cadena de custodia

¹⁶⁴ *cf.* Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 131, fracción “IV.- Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento”

La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.

Reiteramos que nuestra intención de analizar a detalle la terminología que guarda relación con los procedimientos de investigación tiene la intención de dar luz a nuestro objetivo específico de analizar la correspondencia entre ley positiva y principio de estricta legalidad que Ferrajoli desarrolla y que para nuestra investigación sirve de sustento doctrinario. Es por tal motivo que de la cita observamos la utilización de otro término que consideramos pertinente definir, tal es el caso de “*huella*”; acepción que para el *Diccionario Jurídico Mexicano*, no merece mención alguna, no por ello omitimos consultar la versión electrónica del Diccionario de la real academia española de la lengua que sobre dicho vocablo define:

“huella. (De hollar). f. Señal que deja el pie del hombre o del animal en la tierra por donde pasa. || 2. Acción de hollar.(...). 5. Rastro, seña, vestigio que deja alguien o algo.(...). 8. Am. Mer. y Nic. Camino hecho por el paso, más o menos frecuente, de personas, animales o vehículos.(...).|| ~ dactilar. f. impresión dactilar. (...).”

(Lo destacado es nuestro)

Del compendio de significados referentes a el mencionado vocablo, elegimos destacar la acepción marcada con el numero 5 cinco por ser la que a nuestro juicio entraña un sentido a fin en la aplicación de la cadena de custodia; entendida esta,

como una técnica específica en las acciones de investigación que como bien destacan Rubio y Varas *“Investigar, por tanto, sería un modo de conocer algo siguiendo las huellas o vestigios que esta cosa deja.”*¹⁶⁵

Para dar cierre al análisis del artículo 228 del código en cita, observamos lo que en su párrafo segundo preceptúa utilizando la alocución *“vestigio”*, si bien, previamente hemos intentado definir las acepciones específicas de indicio (s) y huella (s), ahora toca el turno a vestigio (s), término que en las definiciones del *Diccionario Jurídico Mexicano*, obra que en repetidas ocasiones hemos utilizado como de consulta, no es considerada hasta el tiempo de nuestro trabajo de investigación; hecho que nos da pie a consultar la versión electrónica del Diccionario de la real academia española de la lengua, del cual se desprende:

“vestigio. (Del lat. vestigiūm). m. huella (// del pie del hombre o de los animales en la tierra). || 2. Memoria o noticia de las acciones de los antiguos que se observa para la imitación y el ejemplo. ||3. Ruina, señal o resto que queda de algo material o inmaterial. || 4. Indicio por donde se infiere la verdad de algo o se sigue la averiguación de ello.”

(Lo destacado es nuestro).

Como queda de manifiesto consideramos que la designación terminológica marcada con el número tres es la que encuadra en la idea de labores de investigación y cadena de custodia. Hemos observado durante el análisis terminológico en curso, que existe un fenómeno discursivo en que diversos términos al actuar en los discursos crean redes lingüísticas en que se corresponden significaciones entre sí, algo que asemeja a la sinonimia: un efecto que da sentido interpretativo contextual a dichos vocablos.

Nos parece oportuno destacar que el legislador quizá sin proponérselo emplea diferentes alocuciones que en su definición gramatical se relacionan según el contexto en que son empleadas, como en nuestro caso en específico, hasta

¹⁶⁵ cfr. Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 24.

resultar un fenómeno de sinonimia que para Zaffaroni constituyen equívocos del discurso jurídico y que en capítulos anteriores hemos definido (supra).

Criterio este último, que homologado al principio de estricta legalidad en sentido legislativo nos hacen un llamado de atención en el sentido de que la nueva ley adjetiva emplea términos que no cubren la expectativa garantista de haber sido previamente especificados con nitidez, ya que son empleados como sinónimos unos de otros y que como hemos tratado de ilustrar en estricto sensu deberían guardar un sentido jurídico específico.

Demos paso al análisis del artículo 251 de el ordenamiento a estudio, esto en virtud de establecer el tipo de actos de investigación que no requieren autorización previa del órgano jurisdiccional para poder ser llevados a la práctica, entre otros: *“No requieren autorización del Juez de control los siguientes actos de investigación: I. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo;”* Espacios físicos que, como mudos testigos que no mienten, aguardan el trabajo especializado de los órganos coadyuvantes de la representación social, además de ser la fuente de elementos constitutivos de la prueba en materia penal.

Luego de analizar una etapa crucial en la metodología de investigación, la cadena de custodia, abordaremos a continuación otra fase medular en la producción de medios de prueba; ya que el artículo 259 del código procedimental expone las generalidades de este particular:

“Artículo 259. Generalidades

Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.

Las pruebas serán valoradas por el Órgano jurisdiccional de manera libre y lógica.

Los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones expresas previstas por este Código y en la legislación aplicable.

Para efectos del dictado de la sentencia definitiva, sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo las excepciones previstas en este Código.”

El prescriptivo en cita resulta enunciativo, mas no limitativo, en la posibilidad de aportar elementos probatorios en el proceso penal; de inicio se marca la pauta para el órgano jurisdiccional de recurrir a un método en específico cuando de valorar el material probatorio se refiere, de manera libre y lógica. Finalmente un hecho de trascendencia jurídica, es decir, para sustentar las sentencias sólo deberá darse valor probatorio al material desahogado en la audiencia de juicio respectiva.

Enseguida el cuerpo normativo especifica y por lo mismo diferencia los datos de prueba, los medios de prueba y como tal la prueba; es así que el imperativo de referencia enuncia:

“Artículo 261. Datos de prueba, medios de prueba y pruebas

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.”

Obviamente este ordenamiento reconoce la igualdad de condiciones entre las partes para ofrecer los medios de prueba que resulten idóneos a sus intereses, ya que el numeral 262 preceptúa el *“Derecho a ofrecer medios de prueba. Las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los*

términos previstos en este Código.” Lo anterior en el entendido de no contravenir las disposiciones legales de la materia, tal como lo establece el artículo: “263. Licitud probatoria. Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.”

La parte final del título IV, capítulo único del código a estudio define claramente en su ordinal 264 la *“Nulidad de la prueba. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad. Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.”*

Finalmente se reitera el método de valoración de los datos y la prueba que el órgano jurisdiccional debe atender al dictado de la sentencia, baste observar la cita siguiente:

“Artículo 265. Valoración de los datos y prueba

El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.”

Como podrá observarse, en la presente etapa de nuestro trabajo de investigación, hemos llegado al análisis de la prueba en particular, como lo destaca el hecho de que en el artículo 272 del código adjetivo, se preceptúa:

“Artículo 272. Peritajes

Durante la investigación, el Ministerio Público o la Policía con conocimiento de éste, podrá disponer la práctica de los peritajes que sean necesarios para la investigación del hecho. El dictamen escrito no exime al perito del deber de concurrir a declarar en la audiencia de juicio.”

Engarzado con lo anterior el numeral siguiente en la codificación encita, esto es, el 273 puntualiza la relación entre la fuente, referida como “indicios” y el

especialista en la dictaminación para la emisión de estos importantes medios de prueba en el procedimiento penal; motivo por el cual citamos:

“Artículo 273. Acceso a los indicios

Los peritos que elaboren los dictámenes tendrán en todo momento acceso a los indicios sobre los que versarán los mismos, o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

Artículo 274. Peritaje irreproducible

Cuando se realice un peritaje sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la cantidad estrictamente necesaria para ello, a no ser que su existencia sea escasa y los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. Éste último supuesto o cualquier otro semejante que impida que con posterioridad se practique un peritaje independiente, deberá ser notificado por el Ministerio Público al Defensor del imputado, si éste ya se hubiere designado o al Defensor público, para que si lo estima necesario, los peritos de ambas partes, y de manera conjunta practiquen el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización de peritaje.

La pericial deberá ser admitida como medio de prueba, no obstante que el perito designado por el Defensor del imputado no compareciere a la realización del peritaje, o éste omita designar uno para tal efecto.”

Observando lo preceptuado en el segundo artículo en cita nos percatamos que el ordenamiento reconoce explícitamente la oportunidad para que los peritos independientes o de defensa practiquen en conjunto con los peritos oficiales un tipo de pericial que por sus propias características demande un trabajo conjunto. A pesar de lo anterior, no se destaca específicamente la importancia que una metodología científica aporta a los medios de prueba en particular elaborados por peritos; en ese sentido no se hace mención de los protocolos que el órgano auxiliar utiliza como sustento de los medios de prueba periciales.

Si bien previamente en el nuevo modelo de procedimientos penales se observó una etapa que tiene que ver con el inicio de la investigación, ahora nos colocamos en la denominada etapa intermedia, misma que de acuerdo al artículo 334,

prescribe: *“Objeto de la etapa intermedia. La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio. (...).”* Etapa específica para el ofrecimiento y desahogo de los medios probatorios motivo de nuestra cita.

Formalmente se da cierre a la etapa intermedia con el auto de apertura a juicio, momento procesal en que de acuerdo al numeral 347:

“Artículo 347. Auto de apertura a juicio

Antes de finalizar la audiencia, el Juez de control dictará el auto de apertura de juicio que deberá indicar:

I. (...);

II. (...);

III. (...);

IV. Los acuerdos probatorios a los que hubieren llegado las partes;

V. Los medios de prueba admitidos que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, así como la prueba anticipada;

VI. Los medios de pruebas que, en su caso, deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño;

[...].”

A continuación otra parte sustancial del cuerpo normativo a estudio, ya que plantean expresamente disposiciones generales sobre la prueba; a saber:

“Artículo 356. Libertad probatoria

Todos los hechos y circunstancias aportados para la adecuada solución del caso sometido a juicio, podrán ser probados por cualquier medio pertinente producido e incorporado de conformidad con este Código.

Artículo 357. Legalidad de la prueba

La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 358. Oportunidad para la recepción de la prueba

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

Artículo 359. Valoración de la prueba

El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.”

De la cita se observa que los dos primeros numerales encuadran la legalidad formal mediante la cual deberá obtenerse todo medio de prueba que intervenga en un procedimiento de orden penal, es decir, enuncian mas no limitan lo medios de obtención de material siempre que en su producción se respeten los derechos fundamentales.

Enseguida se expresa la justa oportunidad para el desahogo de la prueba, siendo la audiencia de debate a juicio. Finalmente un momento trascendental, la valoración de la prueba en concordancia a la debida motivación como sustento del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución judicial, que además deberá quedar libre de toda duda razonable.

Para concluir con este análisis en particular observamos lo que sobre la prueba pericial preceptúa el código adjetivo en sus ordinales:

“Artículo 368. Prueba pericial

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

Artículo 369. Título oficial

Los peritos deberán poseer título oficial en la materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán y no tener impedimentos para el ejercicio profesional, siempre que la ciencia, el arte, la técnica o el oficio sobre la que verse la pericia en cuestión esté reglamentada; en caso contrario, deberá designarse a una persona de idoneidad manifiesta y que preferentemente pertenezca a un gremio o agrupación relativa a la actividad sobre la que verse la pericia.

No se exigirán estos requisitos para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque para informar sobre ellos utilice las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte, técnica u oficio.”

Cada ocasión en que ha sido oportuno hemos destacado nuestro objetivo general de investigación, mismo que nuevamente subrayamos en esta parte específica de nuestro trabajo, ya que del análisis precedente de la ley adjetiva procedimental en lo tocante a la intervención de especialistas en una ciencia, arte u oficio, esto es peritos, que mediante su labor investigativa sustentada en el método científico aplican técnicas específicas acordes a la especialidad de análisis requerida según el planteamiento a dilucidar.

En efecto, lo que en primera instancia justifica la intervención pericial es el planteamiento de una pregunta de investigación, el ¿Qué? primigenio de todo trabajo investigativo encaminado a un fin específico, esto es: *“Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.”*; en este sentido cobra relevancia la postura de Zaffaroni, expuesta en capítulos precedentes, en lo que refiere respecto de la interdisciplinariedad del derecho penal con otros saberes del conocimiento científico en sus ramas de ciencias duras o de la naturaleza y ciencias sociales o del espíritu.

Ahora bien, desde el punto de vista puramente de la metodología de investigación científica aquellas intervenciones que demanden conocimientos especiales que permitan emitir un dictamen deberían reunir además de la metodología y técnicas aplicadas que los acuerdos y protocolos correspondientes del órgano investigador así lo especifiquen, un formato que haga evidente la aplicación de una metodología científica; tal sería el caso de:

- a) un planteamiento del problema;
- b) marco teórico, objeto y alcance;
- c) desarrollo, técnicas empleadas, consideraciones;
- d) conclusiones, en su caso;
- e) aparato crítico y bibliografía.

Desafortunadamente, como podrá observarse, la ley relativa al procedimiento penal no hace referencia expresa de una metodología que sustente la emisión de medios probatorios relacionados con la intervención pericial; en este sentido una documental producida mediante un método netamente científico carece del sustento de la estricta legalidad en su vertiente legislativa, ya que el órgano creador de leyes debió reconocer la estructura metodológica que envuelve, como resultado de la intervención pericial, un dictamen relativo a una ciencia, arte, técnica u oficio.

3.3 Acuerdos y protocolos en materia de cadena de custodia en la intervención pericial.

Evidentemente, el sustento jurídico del trabajo de campo de los órganos auxiliares de la representación social bien puede analizarse a la luz sistémica que caracteriza al derecho como objeto de estudio; esto es, engarzado con la legislación anterior no pasa inadvertida la relación jurídica que ampara la intervención pericial cuando de aportar elementos probatorios en un procedimiento penal se trata, ya que a mayor ilustración el artículo 21 Constitucional preceptúa:

“Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

(...).”

En armonía con lo anterior el nuevo Código Nacional de Procedimiento Penales define en específico las facultades en la tareas de investigación de la representación social, en los términos siguientes:

“Artículo 127. Competencia del Ministerio Público

Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión.”

No resulta óbice de lo anterior, citar lo que en específico la codificación procesal en comento preceptúa como una obligación del ministerio publico durante el desarrollo de la investigación y que se concatena con nuestro análisis, a saber:

“Artículo 131. Obligaciones del Ministerio Público

Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:

I. Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados;

[...];

III. Ejercer la conducción y el mando de la investigación de los delitos, para lo cual deberá coordinar a las Policías y a los peritos durante la misma;

IV. Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia del mismo, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento;

V. Iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda y, en su caso, ordenar la recolección de indicios y medios de prueba que deberán servir para sus respectivas resoluciones y las del Órgano jurisdiccional, así como recabar los

elementos necesarios que determinen el daño causado por el delito y la cuantificación del mismo para los efectos de su reparación;

[...];

IX. Requerir informes o documentación a otras autoridades y a particulares, así como solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba;

[...];

XXIII. Actuar en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y

[...].”

(Lo destacado no es de origen).

De la cita a estudio destacamos los incisos que guardan relación con nuestra idea de análisis en el sentido de referir aquellas disposiciones que sustentan jurídicamente la intervención de los órganos auxiliares de la representación social y particularmente la tarea investigativa de análisis (preservación y procesamiento) en el lugar de los hechos y laboratorio de los peritos.

En esta guisa, la fracción IV del precepto supra aludido obliga al ministerio público a supervisar la aplicación y ejecución de medidas, propiamente cerciorarse de que se siga un método. También deberá, supervisar la observancia de reglas (técnicas) y protocolos que dicha institución procuradora de justicia ha tenido a bien emitir por medio de acuerdos orgánicos de dicha autoridad.

Ahora bien, la legislación en cita debería definir, sin embargo no resulta así, lo que debe entenderse por “*protocolo (s)*”; a este objetivo efectuamos una consulta al diccionario de la real academia española de la lengua en versión electrónica, que define:

“protocolo. (Del b. lat. protocollum, y este del gr. πρωτόκολλον). m. Serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades. || 2. Acta o cuaderno de actas relativas

*a un acuerdo, conferencia o congreso diplomático. || 3. Regla ceremonial diplomática o palatina establecida por decreto o por costumbre. ||4. **Plan escrito y detallado de un experimento científico, un ensayo clínico o una actuación médica.*** (Lo destacado es nuestro).

Retomando nuestro criterio previamente ejercido, decidimos destacar la acepción enumerada con el ordinal 4 cuatro por ser la que enuncia expresamente el registro de las labores de investigación que se relacionan con el método científico; baste recordar, que la intervención pericial basada en el método criminalístico presume de respetar la guía del método científico que propiamente inicia con la observación y preservación del lugar de los hechos o del hallazgo.

Agotado el preámbulo al desarrollo de este capítulo en específico, procedemos a destacar una consideración relativa al hecho de que la normatividad en particular que deberá observarse en la intervención de los órganos auxiliares del Ministerio Público, siendo éstos policía y servicios periciales, se encuentra especificada en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, puntualmente en los denominados acuerdos emitidos por el Procurador General de la República, en términos de lo preceptuado por el artículo siguiente:

“Artículo 5.- Corresponde a la Procuraduría General de la República:

I.[...];

XIII. Emitir disposiciones para la recolección, el levantamiento, la preservación y el traslado de indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, y de los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los procedimientos y protocolos para asegurar su integridad;

[...], y

XVI. Las demás que prevean otras disposiciones legales.”

Incluso este ordenamiento reitera el papel jerárquico, en la emisión de este tipo de acuerdos de observancia ineludible por parte de los órganos auxiliares de la representación social; ya que el imperativo noveno preceptúa:

“Artículo 9.- El Procurador General de la República ejercerá autoridad jerárquica sobre todo el personal de la Procuraduría General de la República.

El Procurador General de la República emitirá los acuerdos, circulares, instructivos, bases y demás normas administrativas necesarias que rijan la actuación de las unidades administrativas y órganos técnicos y administrativos, centrales y desconcentrados, de la Procuraduría General de la República, así como de agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la Policía Federal Ministerial, oficiales ministeriales, visitadores y peritos.”

Atendiendo el sentido discursivo de los párrafos precedentes en el sentido de citar el fundamento jurídico de la intervención pericial como órganos operativos de la función investigadora del ministerio público bien podemos efectuar la siguiente presunción: el artículo 227 del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales intitulado Cadena de custodia, en si mismo es el “protocolo” de procesamiento que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

En efecto considerando la definición pre citada e interpretando el texto del ordinal de referencia que expresa textualmente:

“Artículo 227. Cadena de custodia

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

[...].”

A pesar de nuestra aportación que no pretende ser infundada, el legislador en oportunidad de creación del código a estudio no definió con precisión el término adecuado para reconocer el protocolo para la debida cadena de custodia; es decir, el dispositivo define la cadena de custodia como un sistema de control y registro, mismo que de conformidad a la definición del diccionario, propiamente equivaldría

a un “protocolo”, en esta tesitura el término se convierte en un vocablo equivoco que refleja una vez mas el fenómeno discursivo de la sinonimia.

Sin pretender descalificar el arduo trabajo legislativo, damos cierre al aspecto de análisis del sustento jurídico y procedemos a observar lo que particularmente establece el **Acuerdo A/078/12**, mediante el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

En nada demerita lo anterior citar lo que bien apunta Miguel Oscar Aguilar Ruiz en su obra *PROTOSCOLOS DE CADENA DE CUSTODIA Dos grandes etapas: preservación y procesamiento*, en el sentido de que “...es imprescindible y de vital importancia preservar el lugar de los hechos, lo cual consiste en no alterarlo, con dos objetivos esenciales: uno, inmediato, que busca conservar en su sitio original cada uno de los indicios o evidencias, (...); y otro, mediato, que establece las condiciones para reconstruir lo sucedido y determinar la verdad histórica con tanto apego a la realidad como sea posible, identificando al o a los posibles autores del mismo.”¹⁶⁶

Retomando nuestro análisis del Acuerdo A/078/12 emitido por el Procurador General de la República, se observa:

“Objetivo: Disposiciones preliminares

Primero.- El presente Acuerdo tiene por objeto establecer las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

Contenido Disposiciones preliminares

¹⁶⁶ Aguilar Ruiz, Miguel Oscar, *PROTOSCOLOS DE CADENA DE CUSTODIA Dos grandes etapas: preservación y procesamiento*, 2ª. Edición, INACIPE-PGR, México, 2012, p. 19.

Segundo.- Todas las autoridades que intervengan en la Cadena de Custodia tendrán que dejar constancia por escrito de su participación, a efecto de garantizar que los indicios o muestras de objeto de análisis, inicialmente recolectados serán los mismos que se someterán a los análisis requeridos y posteriormente se presentará ante las autoridades un informe confiable.

Tercero.- La información mínima que se debe disponer en la Cadena de Custodia para un caso específico, es la siguiente:

a) Registro de Cadena de Custodia, en donde se anoten los datos principales sobre descripción del indicio, fechas, horas, responsable del indicio, identificaciones, cargos y firmas de quien recibe y de quien entrega;

b) Recibos personales que guarda cada responsable del indicio y en la que aparecen los datos similares a los Registros de Cadena de Custodia;

c) Etiquetas que van adheridas o impresas a los embalajes de los indicios, por ejemplo a las bolsas plásticas, bolsas de papel, sobres de papel, sobres de manila, frascos, cajas de cartón, etc.;

d) Libros de registro de entradas y salidas, o cualquier otro sistema informático que se debe llevar en los laboratorios de análisis, en las oficinas del Ministerio Público y en bodega, y

e) Registro de las condiciones de almacenamiento (temperatura, humedad, etc.).”

Como se observa el texto reitera la importancia, en primer lugar de atender ineludiblemente determinadas directrices para no alterar el espacio físico que sirve de objeto de estudio en la intervención pericial; luego, respecto de la denominada cadena de custodia se enfatiza la necesidad de llevar un registro minucioso (constancia por escrito: *protocolo*), tanto de los intervinientes en el manejo de material sensible significativo, como de información mínima indispensable respecto del embalaje, etiquetado, tipo y toda descripción que permita individualizar para identificar dicho material.

En términos de lo anterior la constancia por escrito equivale al registro minucioso que distingue a los protocolos en el ámbito científico; a pesar de ello la

normatividad a estudio no enuncia expresamente el término “*protocolo*”. Llegado el punto de análisis advertimos que si la ley orgánica omite definir el término protocolo, por un lado, y la ley adjetiva penal hace lo propio respecto de los acuerdos emitidos por el C. procurador encargado de la persecución e investigación del delito, por tanto, el empleo de los términos “acuerdos” y “protocolos” por parte del legislador en la creación de la normatividad penal no resulta congruente con el principio de estricta legalidad en su vertiente legislativa.

Ya que siendo atentos a la redacción del Código Nacional de Procedimientos Penales en lo tocante a conducir la investigación con la debida diligencia, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento. A pesar de lo anterior, como lo hemos destacado, la Ley Orgánica refiere *“disposiciones para la recolección, el levantamiento, la preservación y el traslado de indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, y de los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los procedimientos y protocolos para asegurar su integridad”*, enseguida nos avocamos a localizar lo que este ordenamiento definía con respecto a los protocolos, sin embargo sólo especifica *“establecer las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito”*.

Disposiciones, directrices, roles, actividades metodológicas, paso metodológico, los procedimientos establecidos en técnicas criminalísticas reconocidas y/o en Manuales correspondientes; enunciaciones que en estricto sentido definen actividades diferenciadas y que no precisamente definen el término “protocolo”. En este sentido aun cuando el Código Nacional adjetivo penal utiliza el vocablo sujeto a análisis, la ley orgánica que establece la actuación del personal sustantivo no especifica lo que debe entenderse por protocolo dentro de su ámbito de actuación.

Desde el punto de vista de esta normatividad orgánica se hace una descripción puntal, paso a paso respecto de las acciones a seguir que el personal de la representación social deberá observar durante la protección y preservación del

lugar de los hechos o del hallazgo, disposiciones que de acuerdo con nuestros objetivos de investigación habremos de destacar las que guarden relación con la intervención de peritos; en este orden de ideas el capítulo II establece:

“Capítulo II Protección y preservación del lugar de hechos y/o del hallazgo

Séptimo.- El objetivo de la etapa del proceso de protección y preservación del lugar de los hechos y/o del hallazgo es la preservación del lugar y de los indicios para evitar toda alteración posible que pueda desvirtuar o dificultar la labor del especialista.

Así como, que todo indicio conserve su situación, posición, estado original tal y como lo dejó el infractor al abandonar el lugar, permitiendo al especialista reconstruir los hechos e identificar al sujeto activo.

Octavo.- La etapa en cuestión tendrá lugar al confirmarse la existencia de un hecho delictivo y concluye hasta que el Ministerio Público u autoridad competente, decreta que ya se agotaron todas las diligencias a efectuarse en dicho lugar.”

Enseguida, el apartado décimo del capítulo en cita describe el ámbito de intervención de cada uno de los auxiliares de la representación social, enunciando:

“Décimo.- Los roles de las autoridades se determinarán de la manera siguiente:

a) El agente del Ministerio Público será el coordinador de la diligencia y con ayuda del personal pericial y a través de la ruta de acceso trazada, se situará en el punto focal para dar poder visualizar el lugar y dar fe del mismo;

[...];

[...], y

d) Los Peritos y la policía facultada para el manejo de evidencias, en su caso, serán los encargados de procesarlas; embalando y etiquetando los indicios materiales, siempre documentando los mismos en los formatos de Cadena de Custodia, en el ámbito de su competencia.”

Como resulta evidente, la ley orgánica destaca la importancia en la observancia de un procedimiento perfectamente delineado durante la intervención de los peritos oficiales denominado este procesamiento del lugar de hechos y/o del hallazgo, ya que de esta labor surge la legitimidad de los trabajos de investigación, tal como se observa en los apartados XII, XIII y XIV que rezan:

“Décimo segundo.- Dentro del proceso de observación, análisis y valoración del lugar de los hechos y/o del hallazgo se realizarán las actividades metodológicas referentes al procesamiento del lugar de los hechos para llevar a cabo una eficaz investigación, dándole aplicación a los métodos de búsqueda y ubicación de los indicios.

Decimotercero.- Este procedimiento se desarrolla durante la inspección del lugar de hechos y/o del hallazgo sujeto a investigación, e inspección de cadáver, aplica a los peritos, Policía facultada para el manejo de evidencias y asignados a la diligencia al lugar de los hechos, personas y lugares relacionados con la comisión de la presunta conducta punible.

Décimo cuarto.- Las acciones procedentes en materia de observación, análisis y valoración del lugar de los hechos y/o del hallazgo serán:

a) Una vez que se ingresa al lugar, se ubicará en un punto focal realizando una vista preliminar con el fin de establecer vías de ingreso y salida del lugar. Los Peritos determinarán una ruta acceso que se sugerirá al agente Ministerio Público, a fin de que el personal autorizado pueda ingresar sin alterar el estado original del indicio o evidencia. En su caso la Policía facultada para el manejo de evidencias realizará lo propio;

b) La observación se deberá realizar en base a los fundamentos criminalísticos y criterios establecidos en técnicas criminalísticas reconocidas y/o en Manuales correspondientes;

c) Observar en forma metódica, completa, minuciosa y sistemática el lugar sujeto a investigación con la finalidad de buscar e identificar la existencia de indicios o evidencias de la probable comisión de un hecho delictuoso;

d) El Perito designado, determinará el método de búsqueda a aplicar de acuerdo a las características del lugar y del hecho. (Punto a punto, por sector o cuadrantes, espiral, franjas o líneas, cuadrícula o rejilla, entre otros);

e) Se procederá a dar aplicación al método de búsqueda elegido, señalizando la ubicación de los indicios, dándoles numeración consecutiva, todo ello con la Fe Ministerial;

f) La observación y ubicación de indicios o evidencias materiales debe hacerse en las mejores condiciones, debe ser preferentemente con luz natural o con una buena iluminación, así como con instrumentos ópticos adecuados, y

g) Una vez finalizado este procedimiento, se inicia el de fijación del lugar de los hechos.”

Para no distraer nuestro estudio, a pesar de ser la actuación pericial en el lugar de los hechos y/o del hallazgo un paso fundamental en la labor de investigación pericial, procedemos a esbozar las disposiciones de este ordenamiento en relación al trabajo de laboratorio en donde el material sensible significativo es sujeto de análisis científico según las necesidades en la conducción de la investigación ministerial.

En efecto una vez cumplidas las tareas de fijación del lugar de los hechos, mediante el cual se ilustra en forma precisa la ubicación, dirección, trayectoria, forma, color, apariencia, etc., de un indicio o evidencia material localizado en el lugar de los hechos y/o del hallazgo; de recolección, embalaje y rotulado, en forma adecuada de los indicios o evidencias para ser enviados a los correspondientes laboratorios o bodegas, en condiciones de preservación y seguridad, detallando en el inventario o Registro de la Cadena de Custodia la forma en que se realizó la recolección, embalaje y rotulado de las evidencias y las personas que intervinieron en dichas acciones, recabando la firma de cada una de ellas; y de transporte de indicios, corresponde a las actividades que se desarrollan para facilitar el envío de los indicios o evidencia material al Laboratorio Forense correspondiente o al Depósito de Evidencias.

Concluida la etapa de procesamiento en el lugar de los hechos y/o hallazgo con el transporte de material a manos del Ministerio Público, autoridad quien decreta la próxima etapa de destino, ya sea al laboratorio o bien a la bodega de evidencia para su almacenamiento; de la primer etapa, debe observarse lo dispuesto en el Título IV, Capítulo único, Manejo de los indicios en servicios periciales y sus laboratorios, que textualmente se observa:

“Trigésimo primero.- El proceso de manejo de los indicios o evidencias en los servicios periciales son las actividades desplegadas por los laboratorios periciales para la recepción y de los indicios (sic) con el fin de realizar los estudios o análisis solicitados por la autoridad correspondiente.

[...].

Trigésimo tercero.- Las acciones procedentes para el manejo de indicios o evidencias en servicios periciales y sus laboratorios serán:

a) Los Servicios Periciales deberán recibir la petición por escrito del Ministerio Público de los estudios o dictaminación que requiera le sean practicados al indicio o evidencia enviada;

[...];

i) De acuerdo al requerimiento Ministerial, se le dará la solicitud de dictaminación al Perito especialista para la realización de dicho estudio, el cuál acudirá a la Bodega General Temporal a recoger el indicio o evidencia, junto con el Registro de Cadena de Custodia;

j) El perito que reciba el embalaje dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del indicio o evidencia a la menor brevedad posible, de modo que su dictamen pericial pueda ser oportunamente remitido a la autoridad correspondiente;

[...];

m) Una vez concluidos todos los estudios periciales requeridos por el Ministerio Público, el encargado de la Bodega General Temporal de Servicios Periciales, remitirá los dictámenes, junto con los indicios o evidencias (o sus remanentes) y el

Registro de Cadena de Custodia al Ministerio Público, haciendo las anotaciones correspondientes al Registro de Recepción y Salida de indicios o evidencias de Servicios Periciales, y

n) Cuando fuere necesario, el laboratorio que haya recibido indicios o evidencias para su estudio o análisis, podrá apoyarse con otro laboratorio autorizado de entidad pública, mediante interconsulta o remisión, cumpliendo con lo dispuesto en este Acuerdo.” (Lo destacado es nuestro).

En función de nuestro objetivo particular de analizar la congruencia jurídica de la normatividad específica de la intervención pericial, respecto del principio garantista de estricta legalidad en su vertiente legislativa, damos cierre al análisis efectuado en párrafos precedentes, no sin antes destacar el hecho de que por un lado el Código Nacional de Procedimientos Penales enuncia en su normatividad el término “protocolos”, entendidos desde nuestra postura indagatoria como la observancia, por parte de los órganos auxiliares del ministerio público en la investigación, de un *Plan escrito y detallado de un experimento científico*, respecto a la forma de conducirse en sus labores de investigación; sin embargo, consultando la ley orgánica de la representación social nos percatamos de que no se define con claridad lo que en estricto sentido debería entenderse por protocolos, de hecho lo más cercano a dicha denominación se refiere a sistema de registro en la cadena de custodia que dicho sea de paso en una interpretación sistémico contextual resultaría **“protocolo en la cadena de custodia”**.

Como efecto del presente análisis hemos observado la dificultad de colocar terminología de origen estrictamente científico en un ámbito normativo, sólo por ilustrar un ejemplo; se suele hacer uso indiscriminado de los vocablos metodología, método, procedimiento y técnica con los cuales se trata de identificar la tarea investigativa de los órganos auxiliares del ministerio público.

Basta con efectuar una consulta al diccionario para ser testigos de que en específico cada uno de esos términos apuntan hacia un significado particular y por ende diferenciado, verbigracia:

*“metodología. (Del gr. μέθοδος, método, y -logía). f. Ciencia del método. || 2. **Conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica** o en una exposición doctrinal.”* (Lo destacado es nuestro-LDEN-).

Para nuestra exposición, la intervención pericial se basa en una metodología científica que respeta la observación como vía de entrada a su objeto de estudio: el lugar de los hechos y/o el hallazgo.

*“método. (Del lat. methōdus, y este del gr. μέθοδος). m. Modo de decir o hacer con orden. || 2. Modo de obrar o proceder, hábito o costumbre que cada uno tiene y observa. || 3. Obra que enseña los elementos de una ciencia o arte. || 4. Fil. **Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla.**|| ~ real. m. Vía administrativa del Estado para la tramitación de las preces de los fieles a la Santa Sede.”* (LDEN).

Intervención pericial guiada por el método criminalístico, ya que sus acciones (proceder) se despliegan con orden para hallar la verdad y enseñarla. A propósito de los razonamientos de Rubio y Varas:

“El método de investigación (estrategias de investigación o procedimientos de investigación) es el procedimiento que vamos a seguir para desentrañar los aspectos y las relaciones que configuran el objeto de estudio. Método significa camino. Hace referencia a los pasos que debemos dar, en un orden determinado, para alcanzar el objetivo” ¹⁶⁷

Ahora bien, en este ejercicio ilustrativo consideramos que el personal sustantivo, perito, posee los conocimientos especiales del método criminalístico, consistente en las técnicas de observación, fijación, embalaje, rotulación y cadena de custodia; no resulta óbice de lo anterior, citar a nuestros teóricos de los métodos de investigación que previamente hemos nombrado, para quienes *“Las técnicas, por su parte, hacen referencia a instrumentos concretos de investigación, herramientas que*

¹⁶⁷ Rubio, María José y Varas, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 25.

forman parte del proceso investigador y son útiles para la recogida de datos y su posterior análisis.”¹⁶⁸

De forma complementaria citamos la definición presente en el diccionario fuente, a saber:

“técnico, ca. (Del lat. *technicus*, y este del gr. *τεχνικός*, de *τέχνη*, arte). adj. (...).
||3. m. y f. **Persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte.** || 4. m. Méx. **Miembro del cuerpo de Policía.** || 5. f. **Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.** || 6. **Pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos.** || 7. **Habilidad para ejecutar cualquier cosa, o para conseguir algo.** □ V. *arquitecto ~, auxiliar ~ sanitario, escala ~, ficha ~, ingeniero ~.*” (LDEN).

A manera de colofón, consideramos pertinente exponer lo que otro autor contemporáneo ha postulado respecto del tema que ahora nos ocupa, es decir, respecto a la pertinencia de utilizar términos que en el ámbito científico designen unívocamente un significado claro y preciso. Recurrimos a Mario Bunge para quien el conocimiento científico es claro y preciso: sus problemas son distintos, sus resultados son claros.

Refuerza su argumentación expresando que *“El conocimiento científico procura la precisión; nunca está enteramente libre de vaguedades, pero se las ingenia para mejorar la exactitud; nunca está del todo libre de error, pero posee una técnica única para encontrar errores y para sacar provecho de ellos.”*¹⁶⁹

Enseguida enfatiza la propiedad del lenguaje científico consistente en que la ciencia define la mayoría de sus conceptos: algunos de ellos se definen en términos de conceptos no definidos o primitivos, otros de manera implícita, esto es, por la función que desempeñan en un sistema teórico (definición contextual). Las definiciones son convencionales, pero no se las elige caprichosamente: deben ser convenientes y fértiles.

¹⁶⁸ *ibidem*, p. 26.

¹⁶⁹ Bunge, Mario, *La ciencia su método y su filosofía*, <http://www.philosophia.cl/> Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, pp. 7-9.

En síntesis y a favor de nuestra intención expositiva precisa que el conocimiento científico es comunicable: no es inefable sino expresable, no es privado sino público. A mayor ilustración, concluye que:

“La comunicabilidad es posible gracias a la precisión; y es a su vez una condición necesaria para la verificación de los datos empíricos y de las hipótesis científicas. La comunicación de los resultados y de las técnicas de la ciencia no sólo perfecciona la educación general sino que multiplica las posibilidades de su confirmación o refutación.”¹⁷⁰

Nuestra intención de recurrir a los argumentos precedentes se encamina a destacar algunos efectos equívocos en el discurso de los juristas, fenómeno lingüístico en que términos ambiguos terminan por parecer sinónimos unos de otros en su enunciación por parte del legislador hecho que conculca el principio de estricta legalidad y en consecuencia resta efectividad a la normatividad en materia procedimental, como en nuestro caso concreto ha quedado expuesto.

Luego de analizar aspectos teóricos en el ámbito de la ciencia auxiliar por antonomasia del derecho penal, nos referimos a la criminalística de campo, a través de los cuales intentamos definir con nitidez el origen, metodología científica y técnica de que se vale para brindar criterios de validez a los medios de prueba que intervienen en un procedimiento penal.

Ya que desde el diseño de nuestro plan de trabajo para el desarrollo de tesis vislumbramos la necesidad, en primer lugar teórica y en segundo normativa, de analizar dichos lineamientos para estar en posibilidad de someterlos a análisis desde una postura de derecho garantista.

Así es como anticipamos la pertinencia de exponer el paradigma positivista que sirve de sustento a la metodología de investigación criminalística, para luego ubicar el momento y forma mediante la cual los resultados de un trabajo científico se transforman en medio probatorio que ha de ser considerado por el órgano jurisdiccional en la motivación de la sentencia.

¹⁷⁰ *idem.*

Afín de constatar que la aplicación de los lineamientos que prescribe la norma adjetiva guía la práctica de las labores del personal sustantivo auxiliar de la representación social, desde una postura interna del derecho analizamos los ordenamientos jurídicos que engarzados posibilitan la función de campo de dicho personal en su trabajo de preservación y procesamiento del lugar de los hechos y/o el hallazgo.

Esta indagación confirmó que en tales cuerpos normativos, el legislador utiliza diversos conceptos que no tuvo a bien definir con precisión, es decir, aparecen preceptuados en la ley y otros ordenamientos emitidos por el representante social, acepciones que utilizadas como sinónimos unos de otros conducen a la confusión influenciando negativamente los resultados de una labor científica que por sustento epistemológico debe ser perfectamente libre de ambigüedades.

Ahora bien, existe un momento medular en la transformación de la metodología criminalística en medio probatorio del proceso penal; nos referimos al momento en que el personal auxiliar del ministerio público, esto es el perito: emite un dictamen contenedor del método y la técnica criminalística de campo.

En específico esta documental adquiere el carácter jurídico, reconocido por la ley del procedimiento como uno de los medios probatorios que pueden incidir en el ánimo del juzgador; sin embargo no se precisa qué elementos deben constar en el cuerpo de dicha documental. A este respecto nos permitimos proponer que dicho dictamen debería contener elementos básicos, que a semejanza de los trabajos de investigación en el ámbito científico académico se requieren, entre otros:

- a) un planteamiento del problema;
- b) marco teórico, objeto y alcance;
- c) desarrollo, técnicas empleadas, consideraciones;
- d) conclusiones, en su caso;
- e) aparato crítico y bibliografía.

Todo lo anterior, coadyuvaría a que la función pericial en efecto, guiada por directrices metodológicas precisas arrojara resultados contingentes de verdad de hecho y por ende verdad jurídica susceptibles de comprobación y/o refutación, en la idea garantista del modelo de verdad formal o procesal propuesto por Ferrajoli que durante el desarrollo de la presente tesis nos ha servido de guía teórica.

Conclusiones

1 Una primera aseercción temática de nuestra tesis consiste en afirmar que el sistema de justicia penal en México experimenta un efecto reformador en consonancia teórico conceptual con la corriente de derecho garantista; misma que siendo atentos comparte un sentido paralelo con la corriente internacional en materia de derechos humanos.

Ambas corrientes de derecho que han sido adoptadas por la legislación suprema de nuestro país, esto es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Nuevos vientos garantistas refrescan la sede jurisdiccional mexicana, hecho que obliga al juzgador a la observancia ineludible de dos pilares fundamentales de este hito jurídico; nos referimos a los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad.

En lo correspondiente al principio de estricta legalidad se puede abonar en el sentido de que toma dos vertientes de observancia; a saber:

a) el principio de estricta legalidad designa la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al órgano creador de leyes (legislativo), a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.

b) el principio de estricta jurisdiccionalidad, ámbito en la labor del juzgador en que giran dos órbitas normativas: una encaminada a subsumir la conducta en las hipótesis acusatorias, y la segunda, consistente en producir prueba empírica en virtud de procedimientos reconocidos por la ley penal que permitan tanto la verificación como la refutación del hecho antijurídico.

3.- Luego de nuestra labor indagatoria, se pudo colocar bajo foco de atención la trascendental función del órgano jurisdiccional, ya que se convierte en orquestador de los espacios de poder durante todo proceso sometido a su jurisdicción.

Poder de verificación que se convierte en el horizonte temático para el poder de comprobación de la prueba o de verificación fáctica, plataforma que en lo sustancial sirvió de guía a nuestra investigación por su obvia liga discursiva

referente a la metodología criminalística de obtención y análisis del material probatorio en materia de criminalística de campo.

4.- Merced al desarrollo de nuestros capítulos de tesis, pudimos atestiguar el efecto que la corriente garantista ha producido en la legislación penal mexicana; es decir, observamos como los principios que sirvieron de plataforma argumentativa a nuestro desarrollo de tesis, también sirvieron de referente en las motivaciones jurídicas que propiciaron que el máximo tribunal constitucional de la república, declarara inconstitucional la redacción y el sentido interpretativo del último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal.

5.- Resultó por demás ilustrador el esbozo histórico del devenir paradigmático del positivismo, corriente en la ciencia moderna que sirvió de base a los orígenes de la metodología de investigación criminalística. Incluso quedó abierto el debate respecto de la validez de diversas tradiciones de acercamiento al conocimiento (paradigmas científicos).

6.- Efectuado el análisis propuesto con respecto de los fundamentos teórico doctrinales de la prueba en general y la intervención pericial en específico, logramos definir cómo se crea un nexo conceptual entre la obtención de medios de prueba, que corresponderían al mundo fáctico y el reconocimiento que la doctrina y leyes penales otorgan a dicho material probatorio para convertirlo en verdad jurídica aproximable en la medida de satisfacer las directrices de los principios de estricta legalidad y estricta juridicidad.

7.- Del análisis en específico de la normatividad adjetiva, Código Nacional de Procedimientos Penales, un hecho a destacar es la utilización de términos equívocos al momento de definir las labores de investigación por parte del personal sustantivo a cargo de la representación social, ya que se observó un fenómeno discursivo de sinonimia en donde vocablos diversos interpretados en el contexto de la investigación tratan de definir elementos que se corresponden unos a otros; verbigracia: objeto, instrumento, indicio, vestigio, huella, etc.

8.- Finalmente el presente trabajo de tesis, en la medida de su contenido discursivo, logró establecer en lo general que la intervención pericial se encuentra reconocida por la ley secundaria; en este sentido cumple con el principio de estricta legalidad.

Sin embargo, basados en la observación de la legislación de segundo nivel, que dicho sea de paso contempla la ley orgánica de la representación social, aparecen dos lagunas prescriptivas.

La primera consistente en que aun cuando el ordenamiento adjetivo reconoce el término protocolo elemento de la investigación, no define en qué consiste. Incluso la ley orgánica no refiere este vocablo como elemento de las labores de su personal sustantivo que, en específico nos referimos a la intervención pericial.

En segundo y último caso tenemos el hecho de que la normatividad a estudio no reconoce claramente la forma en que un estudio pericial debe ser presentado como medio de prueba; puntualmente, nos referimos al contenido del medio, no al medio como tal. Para solucionar esta laguna propusimos en su oportunidad la formalidad con la que en el ámbito científico se presenta el resultado de una investigación respetuosa de un método específico.

Consideramos que al no definir la normatividad con claridad, en el primer caso, a qué se refiere el concepto protocolo, se resta certidumbre jurídica al ordenamiento, luego permite que la función pericial se vuelve ambigua en su metodología, ya que si al ser el protocolo el sistema de registro detallado de dicha labor, no debiera existir dicha laguna ya que colocaría en tela de juicio la intervención pericial.

En lo referente al segundo caso, respecto a la no definición de los elementos que en específico deben constar en la documental denominada dictamen pericial, consideramos que esta omisión conduce irremediablemente a cuestionar la objetividad del resultado de dicho medio probatorio; dificultando con ello el juicio sobre la cuestión planteada.

Bibliografía

AGUILAR, Ruiz, Miguel Oscar, *Protocolos de cadena de custodia. Dos grandes etapas: preservación y procesamiento*, 2ª. Edición, INACIPE-PGR, México, 2012

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, editorial Ariel, España, 2001.

CABRERA, Márquez, Felipa Leticia María, *El Estudio de personalidad aplicado a mujeres privadas de libertad, a la luz de los estándares en materia de debido proceso con perspectiva de género. Una aproximación desde el modelo penal garantista*, Instituto Veracruzano de las Mujeres, México, 2008.

COLIN, Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, México 1997.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Editorial Porrúa, México 2005.

CHAVARRIA, Olarte, Marcela, VILLALOBOS, Pérez-Cortés, Marveya, *Tesis Elaboración y Presentación*, Editorial Trillas, México 2009.

DIAZ, Uribe, Hugo Antonio. *Apuntes de derecho penal*, Universidad de las Américas, sede Concepción, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Distribuciones FONTAMARA, México 2004.

FONTANT, Balestra, Carlos. *Derecho penal, introducción y parte general*, editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.

FOUCAULT, Michell, *La verdad y las formas jurídicas*, Conferencias en la Pontificia Universidad de Rio de Janeiro, Brasil, 21 y 25 de mayo de 1973.

GARCÍA, Ramírez, Sergio, ISLAS de González Mariscal, Olga, VARGAS, Casillas, Leticia A., *Temas de Derecho Penal, seguridad pública y criminalística, cuartas jornadas sobre justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005.

GONZÁLEZ, Hernández, Bryan, *Más allá del Libre Comercio: Seguridad Esencial*, Heredia, Costa Rica, 2008.

ISLAS, de González Mariscal, Olga, y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, *Garantías Individuales*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Oxford, México 2001.

KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México 1985.

MORENO, González, Rafael. *Los indicios, fundamento de la investigación criminalística*, en revista Itercriminis No.- 3, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1999.

MORENO, González, Rafael. *Los indicios biológicos del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2000.

LINDBERG, David C., *Los inicios de la ciencia occidental*, Barcelona, Paidòs, 2002.

O'DONELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normatividad, Jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, México 2007

OVALLE, Favela, José. *Teoría General del Proceso*, editorial Oxford, México 2005.

PICÓN-SALAS, Mariano, *De la Conquista a la Independencia*, Fondo de Cultura Económica, México 1994.

QUISBERT, Ermo. *Historia del derecho penal a través de las escuelas y sus representantes*, La paz, Bolivia, Centro de estudios de derecho, 2008.

RUBIO, Ma. J. y VARAS J. *El análisis de la realidad en la investigación social, Métodos y técnicas de investigación*, editorial CCS, 3ª edición, Madrid, 2004.

RUSELL, Bertrand. *El panorama de la ciencia*, editorial Ercilla, Chile 1988.

SÁNCHEZ, Vázquez, Rafael. *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Porrúa, cuarta edición, México 1999

VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, UNAM, México 2011.

UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Editorial Porrúa, México 2004.

UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, México 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, 2.a edición, Ediar sociedad anónima editora, Argentina, 2002

Fuentes Legislativas:

Acuerdo **A/078/12** por el que se establecen las directrices que deberán observar los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

Agenda Penal del D. F. Ediciones Fiscales ISEF, México 2013.

CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial PORRUA, México 2013.

Código Nacional de Procedimientos Penales (Publicado en el Diario Oficial el 5 de marzo de 2014)

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009).

Otras fuentes

<http://www.eluniversal.com.mx/notas/532069.htm>, Ciudad de México, viernes 22 de agosto de 2008