



## **SISTEMAS PENALES Y REFORMA PROCESAL PENAL EN MÉXICO.**

Pablo Héctor González Villalobos.

### **INTRODUCCIÓN.**

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

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

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

### **LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PENALES.**

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

En este orden de ideas, es un lugar común afirmar que la división de la historia en etapas tiene por objeto facilitar la comprensión de la sucesión de los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de tal ciencia, como también lo es

reconocer que la separación entre las distintas etapas suele ocurrir durante períodos de transición en los que no existen soluciones de continuidad. Y esto, por supuesto, es verdad cuando se habla de la historia de los sistemas penales. De hecho, como veremos, el modelo acusatorio puro fue más puro en una etapa tardía de su propia historia, en la que incluso en otras latitudes ya se habían sentado las bases del sistema inquisitivo.

Teniendo esto en cuenta, la reflexión sobre el modo en el que una comunidad humana resuelve conflictos que, en clave moderna, calificamos como penales, puede ubicarse, en perspectiva histórica, a través de la aparición más o menos sucesiva de los tres grandes sistemas que Maier (2002) identifica:<sup>1</sup> el sistema acusatorio puro o antiguo, el sistema inquisitivo y el sistema mixto (en el que teóricamente pueden encontrar cabida modelos tan disímolos como el llamado inquisitivo reformado en su versión latinoamericana, es decir, el modelo escrito del que vamos saliendo, así como el que ahora contiene, en sus grandes líneas, la Constitución Política de México).

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

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

---

<sup>1</sup> Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Parágrafo Quinto, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.

Aunque algunos autores suelen ubicar este sistema en la democracia griega y en la República romana, Maier (2002) hace notar,<sup>2</sup> a nuestro juicio con razón, que el sistema acusatorio se manifestó, con sus contornos más completos, en los pueblos germánicos antes de su entrada en contacto con la cultura romana. Esto genera una ironía de la historia, porque entonces resulta que, como ya lo sugeríamos, el sistema acusatorio antiguo es, en su expresión más pura, posterior a sistemas que, aunque también acusatorios, no se ajustan de manera exacta a la descripción teórica del modelo, como también resulta que la expresión histórica de ese sistema acusatorio puro llegó a ser contemporánea con las primeras manifestaciones del sistema inquisitivo.

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

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

Como segundo rasgo, cabe hacer notar que el fin fundamental del proceso (que como ya se dijo iniciaba sólo a instancia de parte directamente afectada) consistía en la resolución del conflicto (para lo cual la averiguación de la verdad podía servir, pero ello no era indispensable). Por ello, el curso del proceso, por la insuficiencia de la prueba, conducía a privilegiar la posición de los

---

<sup>2</sup> Cfr. op. cit., pp. 264ss.

poderosos que podían presionar a sus contrapartes más débiles para generar soluciones autocompositivas no necesariamente justas. En casos extremos, cuando el Tribunal no tenía ante sí más que el dicho del acusador frente al dicho del acusado y no sabía a quién creer, el debate se convertía en combate y quien ganaba la contienda ganaba el juicio en una suerte de ordalía, lo que naturalmente también constituía una fuente de injusticia.

Por otra parte, el juicio se desarrollaba en una audiencia pública, oral, contradictoria, continua, concentrada y en presencia de los miembros del tribunal (inmediación). Al concluir el debate, el tribunal resolvía en conciencia y, por tanto, no estaba obligado a motivar su decisión. Todavía hoy, en los sistemas procesales que depositan en un jurado la decisión, no existe obligación de los jurados de exteriorizar los motivos que los condujeron al veredicto.

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

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

La anterior descripción del sistema acusatorio puro, permite ya plantar algunas reflexiones útiles para iluminar la comprensión de lo que, de dicho sistema, se conserva hasta nuestros días en los diseños procesales que, como el

mexicano después de la reforma constitucional de 2008, suelen identificarse como sistemas de corte acusatorio y adversarial.

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

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

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

Además, la existencia misma de una audiencia pública, oral y contradictoria, hacía inviable la obtención coactiva de confesiones. De manera que, como es inusual que una persona confiese espontáneamente la comisión de un hecho delictuoso, no es de extrañar que la que, en el sistema inquisitivo, llegó a ser la reina de las pruebas, tampoco estuviere disponible como regla general.

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

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

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

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

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

Vale la pena detenerse en este punto para abundar un poco más en él. Afirmar que la audiencia es la garantía de las garantías, es tanto como decir que la audiencia constituye el espacio natural en el que se tutela el debido proceso. En el entendido de que, por debido proceso legal, se entiende el conjunto de

condiciones que permiten calificar como justa la solución al conflicto. En expresión que tomamos prestada del maestro Miguel Sarre, el debido proceso es lo que hace la diferencia entre la justicia y la venganza.

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

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

### **El Sistema Inquisitivo.**

La historia de la inquisición ha generado la conciencia colectiva de la triste memoria de los abusos cometidos. Porque, como recuerda el propio Maier, la inquisición terminó siendo sinónimo de tortura. En cambio, lo que no suele decirse



con frecuencia es que el sistema inquisitivo, en sus orígenes, tuvo, entre otras motivaciones (está clara la correspondencia entre un régimen que había dejado de ser democrático con un sistema penal no acusatorio), un impulso civilizador. Porque la inquisición introdujo dos principios que pretendían corregir las injusticias, que ya han sido destacadas, que potencialmente surgían en el sistema acusatorio puro o antiguo. En efecto, el principio de acusación pública, por una parte, proscribía (al menos en teoría) la posibilidad de que la víctima u ofendido pudieran ser presionados por el imputado para que no ejercieran su derecho de accionar al Tribunal. Y la introducción de la verdad histórica como fin del proceso respondía al mismo ideal que, en clave moderna, llamaríamos igualitario. Es decir, si alguien, con independencia de que fuere rico o pobre, poderoso o débil, cometía un ilícito, sería sancionado. Y, en cambio, si otro individuo, también con independencia de su posición económica o de poder en el grupo social, era acusado de un hecho que no había cometido, esa misma averiguación de la verdad conduciría a su absolución.

El problema surgió por la extralimitación del principio que postula la verdad histórica como fin del proceso, lo cual demanda una explicación un poco más amplia, porque se trata de un tema que impacta directamente en la conveniencia o no de admitir la introducción mediante lectura de declaraciones previas en la audiencia de juicio.

En efecto, el proceso inquisitivo, al postular la verdad histórica como su fin fundamental, responde a una concepción de la verdad que podríamos calificar como ontológica. Esto significa que esa verdad que se busca, a imagen y semejanza de la Verdad como valor filosófico supremo, es una y está dada. De manera que el juez inquisidor sólo tiene que encontrarla mediante una tarea que se parece a la acción de quien levanta un velo para observar un objeto que se encontraba oculto tras él.

En este contexto epistemológico no resulta extraño que el inquisitivo asuma una confusión de funciones que contrasta con el modelo acusatorio. Pues

sobre la premisa de que la verdad es una y está ahí para ser descubierta, la concurrencia en una sola persona de las facultades de investigación y decisión no sólo no constituye una inconveniencia procesal, sino que facilita la tarea de descubrimiento de esa verdad que se busca. Como también facilitan tal labor otras características propias del sistema inquisitivo: la generalización del uso de la prisión preventiva, de carácter secreto y por tiempo indeterminado (tanto como sea necesario para el éxito de la investigación), el secreto del sumario (para evitar los inconvenientes propios que suelen generar los curiosos o entrometidos) y la concepción del imputado no como un sujeto de derecho, sino como un objeto de investigación. Característica, esta última, que implica el desconocimiento del derecho de defensa. Pues la propia concepción ontológica de la verdad la hace innecesaria. Ello, bajo la convicción de que un buen inquisidor sabrá averiguar la verdad y hacer justicia.

Por otra parte, la ya anticipada correspondencia entre el sistema político y el sistema penal, produjo en el inquisitivo una característica que es de especial relevancia para el tema que constituye el objeto de este capítulo. Se trata de la exigencia de documentación de las actuaciones practicadas en secreto por el juez inquisidor. Porque éste no es el titular originario de la jurisdicción que corresponde al monarca que, a diferencia de quienes gobernaban los clanes bárbaros, tiene, en el caso del Imperio Romano, que es en el que se gestó el modelo inquisitivo, la pretensión de aplicar un sistema jurídico relativamente uniforme sobre una gran extensión territorial. Por ello, es necesario que exista un control, que en el fondo es de naturaleza, no jurídica, sino política, sobre los jueces inquisidores, que tienen jurisdicción delegada, para evitar que ejerzan un amplio margen de discreción al interpretar y aplicar la ley. Pero como el inquisidor actúa en secreto, la única manera de verificar su lealtad al sistema consiste en exigirle que documente sus actuaciones. Nace así la metodología del expediente, como el instrumento adecuado para verificar el trabajo de los jueces. En el otro extremo de la pinza que busca controlar tal labor, aparecen los recursos, que eran

desconocidos en el sistema acusatorio puro. El recurso de apelación surge así como el medio de impugnación paradigmático del sistema inquisitivo y responde, como ya se anticipó, a la necesidad de ejercer un control político. Por ello no se le concibe, al menos en lo esencial, como un derecho del justiciable. Nota que, a su vez, se corresponde con la concepción de la apelación como un recurso de plena jurisdicción en su máxima expresión. Porque si el juez de origen tiene jurisdicción delegada y, mediante el recurso, devuelve la jurisdicción a quien es el titular originario de la facultad de resolver conflictos de derecho, naturalmente cabe asumir que el Ad-quem tiene potestad para hacer todo lo que está permitido al A-quo, e incluso más. Por tanto, no resulta extraño que en este sistema el recurso de apelación frecuentemente resulte en sentencias que confirman, modifican o revocan, por razones distintas de las que esgrimió el Juez de origen y diferentes también de las que invocó el recurrente en su escrito de expresión de agravios. Como tampoco resulta extraño que haya recurso aunque no se expresen conceptos de violación e incluso que se exija la revisión de oficio de lo actuado en la primera instancia. Y en todo este proceso recursivo el expediente se erige como el mecanismo que permite la revisión sin violar el secreto.

Ahora bien, el ya anticipado juicio que afirmaba la extralimitación de la verdad histórica como fin del proceso, responde a la constatación de un proceso histórico que, por la dificultad probatoria y por la excesiva confianza en la capacidad del inquisidor para averiguar la verdad que es una y absoluta, condujo a la situación que pretende describir la afirmación de Maier de que la Inquisición terminó siendo sinónimo de tortura. En efecto, los conocimientos científicos que se tradujeron en técnicas de investigación criminal no aparecen, al menos de forma metodológicamente aceptable en términos contemporáneos, hasta el siglo XIX en Francia. Ya se había anticipado cómo esa dificultad probatoria, en el acusatorio puro o antiguo, se traducía en abusos que forzaban soluciones pretendidamente autocompositivas. Y esa misma situación, en el proceso inquisitivo, se tradujo en la necesidad de torturar al procesado. Porque si de saber la verdad se trata, nadie

mejor que quien cometió el hecho para que dé cuenta de qué fue lo que ocurrió. Es verdad que existieron normas que pretendieron limitar el ejercicio de la tortura (la prueba semi-plena del cuerpo del delito como requisito mínimo, por ejemplo), pero ello no afecta la relación, casi de ley natural en sentido científico, entre confesión y tortura.

El origen de esta penosa situación radica en el hecho de que, hasta donde puedo ver, una persona confiesa por cuatro razones: una, porque se trata de un individuo con un alto sentido de responsabilidad moral y su conciencia le exige que asuma su culpa. Pero estas personas habitualmente no cometen delitos. La segunda, cuando se trata de un loco o un inimputable. Es el caso, a mi parecer, de los drogadictos que, al aparecer el síndrome de abstinencia, roban la caja de herramientas del automóvil del vecino para ir a cambiar por una dosis de heroína. Si a estas personas se les procesa penalmente y se les trata como imputables, es sólo porque se afirma un reducto de libertad que quizá responda, más que a la idea de un juicio de reproche en sentido estricto, a la necesidad de una comunidad política que no sabe qué hacer con ellos. La tercera posibilidad, que constituye el ideal de un proceso penal, ocurre cuando la policía hizo su tarea con eficiencia y tiene tantas pruebas en contra del acusado que para este último ya no tiene sentido seguir negando su participación en el hecho. Es la confesión como punto de llegada, y no como punto de partida, de la investigación. Y aunque deja la satisfacción del deber cumplido, en realidad resulta innecesaria para el proceso penal, que en tal supuesto naturalmente terminará con una sentencia condenatoria, con o sin confesión. Finalmente, en cuarto y último lugar, confiesa quien es coaccionado física o moralmente. Es evidente que se trata del caso que se generalizó en un sistema que privilegió la confesión como medio de prueba y es él el que se encuentra detrás de la frase de Maier, ya mencionada, de que la inquisición acabó siendo sinónimo de tortura.

### **El Sistema Mixto.**

El ideal ilustrado, que se materializó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, era incompatible con un sistema penal que privilegia la tortura. Por ello, el proyecto revolucionario exigía la abolición de la Inquisición. Francia entonces intentó, en un primer momento, importar el sistema inglés que, como ya se anticipó, había evolucionado como un sistema acusatorio sin solución de continuidad. Así se diseñó un proceso a imagen y semejanza del proceso inglés, con división de funciones, publicidad, concentración, contradicción, continuidad e inmediación, y se depositó la decisión en un jurado. Estaba claro que el acusatorio era el único sistema penal compatible con el recién estrenado discurso que afirmaba la universalidad de los derechos humanos.

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

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

penal eficiente, meta de la Inquisición; con el respeto a la dignidad y libertad humanas?”<sup>3</sup>

Ahora bien, el nombre de Sistema Mixto responde a la mezcla de elementos inquisitivos (acusación penal pública, búsqueda de la verdad histórica, averiguación previa escrita y secreta) con características propias del sistema acusatorio (audiencia de juicio con división de funciones, pública, contradictoria, oral, continua, concentrada, etc). No obstante, debe tenerse cuidado de no pensar que el Sistema Mixto es un concepto unitario, ya que, como ya se anticipó, en esta etiqueta caben variantes que aumentan si se atiende a un criterio puramente formal. Porque el diseño procesal que todavía conserva en México el Código Federal de Procedimientos Penales, así como el que tenía Chihuahua antes de 2006, son modelos que formalmente son mixtos, pues tienen una averiguación previa de corte inquisitivo (en la que, sin embargo, en las últimas décadas había intentado garantizarse una defensa efectiva), y una etapa de juicio que pretendía materializar los principios del sistema acusatorio. Como también es formalmente mixto el diseño procesal que, a partir de 2008, se incorporó a la Constitución de la República y los que contienen los códigos de Chihuahua y de los demás estados que han pretendido implantar un sistema acusatorio que, sin embargo, conserva elementos del inquisitivo (fundamentalmente la acusación pública y la verdad histórica como uno de los fines del proceso).

En estas condiciones resulta necesario preguntarse cuál es la diferencia entre unos y otros sistemas mixtos. La respuesta se ubica en la inclusión o exclusión de una norma que, a mi juicio, constituye la piedra angular del sistema. O sea la que prohíbe que puedan ser valorados y, por tanto, tomados en cuenta, datos contenidos en medios de prueba cuyo desahogo no haya sido producido en la audiencia pública, en presencia de los jueces y ajustándose al contradictorio. Los países europeos que abandonaron el inquisitivo fueron incorporando procesos mixtos que respetaban dicha norma. No fue así el caso de América Latina, en la

---

<sup>3</sup> MAIER, Julio, *cit.*, p. 352.

que sus procesos formalmente mixtos no tenían dicho precepto y en muchos casos ni siquiera tenían Ministerio Público sino jueces de instrucción. Por ello, incluso en México, que cuenta con una ya centenaria tradición de división de funciones, el inquisitivo reformado continuaba siendo fundamentalmente inquisitivo. Porque se privilegiaban las pruebas recabadas, de manera prácticamente unilateral, por la autoridad investigadora durante la Averiguación Previa. Lo cual fue reforzado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sostuvo que, por el principio de inmediatez procesal, debían prevalecer las informaciones tempranas sobre las tardías. Ello dificultó enormemente la posibilidad de que las pruebas desahogadas en la etapa de instrucción pudieran tener mayor valor que lo actuado durante la averiguación previa. Naturalmente la audiencia final, que es en la que se supone que se materializaba el aspecto acusatorio del proceso, acabó siendo una simulación que ni siquiera suponía la reunión de las partes, pues ordinariamente una escribiente levantaba un acta (y recababa las firmas correspondientes) en la que se asentaba que se había celebrado la supuesta audiencia, que el Ministerio Público había ratificado sus conclusiones, que la defensa había hecho lo mismo (o incluso que, ante la ausencia del escrito correspondiente, había pedido que se le tuvieran por formuladas conclusiones absolutorias) y que el acusado se adhería a lo manifestado por su defensor.

En consecuencia, el proceso de reforma penal que comenzó, hace ya varias décadas, en la provincia de Córdoba, en la Argentina, y a la que se sumó Chihuahua de forma temprana en México, como es natural, incluyó la regla de clausura que, para preservar el principio de inmediación, estableció que sólo las pruebas recabadas en presencia de los jueces podrían ser tomadas en cuenta por éstos para fundar una sentencia. Sólo así se puede garantizar que el proceso mixto preserve la parte acusatoria que es indispensable para desincentivar la tortura. Sin embargo, a diferencia del acusatorio puro, en el que no existía registro de la investigación y, por lo tanto, era imposible la introducción mediante lectura

de declaraciones previas, los actuales sistemas denominados acusatorios contienen, en prácticamente todos los casos, excepciones a la norma fundamental de que se trata. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, que es un país con larga tradición acusatoria, se admite, en algunos supuestos, la introducción de declaraciones previas.<sup>4</sup> Y en Chile, de manera análoga al texto original del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, se establecen hipótesis que admiten la introducción mediante lectura de tales informaciones.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> En efecto, las denominadas *Federal Rules of Evidence*, que rigen en el ámbito de la justicia federal norteamericana, establecen supuestos que resultan aplicables a documentos, en algunos casos con independencia de la disponibilidad del declarante (regla 803) y en otros cuando el declarante no está disponible (regla 804). En todo caso, resulta de gran interés la regla residual que en realidad es un principio (que a su vez constituye la excepción genérica a la regla general que prohíbe la prueba referencial) que recoge la regla 807 cuyo tenor literal es el siguiente: *Rule 807. Residual Exception*  
*(a) In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:*  
*(1) the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;*  
*(2) it is offered as evidence of a material fact;*  
*(3) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and*  
*(4) admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice.*  
*(b) Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.*

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

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

- (1) Existen indicios que garantizan la confiabilidad de la declaración;
- (2) Es ofrecida como evidencia de un hecho material;
- (3) Tiene mayor valor probatorio que cualquier otro medio de convicción que razonablemente esté al alcance del oferente;
- (4) Su admisión contribuye de la mejor manera a los propósitos de estas reglas y a los intereses de la justicia.

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

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

- a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;
- b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y



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

Cuando un Estado opta por privilegiar la seguridad sobre el debido proceso, se encuentra en la concepción que se ha denominado *modelo del control social del delito*, como alternativa al *modelo del debido proceso*.<sup>6</sup> La base del argumento, del que da cuenta Bacigalupo, consiste en que, “partiendo del potencial peligro de la criminalidad organizada, la protección de la libertad y la lucha contra la criminalidad son dos caras de la misma medalla; ‘no se trata sólo de la seguridad del ciudadano *frente* al desorbitado poder estatal, sino de la seguridad del ciudadano *a través* del Estado mediante la lucha contra la criminalidad organizada”.<sup>7</sup>

En contrapartida, se ha denunciado “la ‘introducción demagógica del control de criminalidad como una finalidad absoluta’. Desde esta perspectiva... ni siquiera es correcto lo que se propone mediante la reducción de la finalidad del proceso penal al control de la criminalidad, ‘pues el poder descontrolado no es especialmente efectivo, sino destructivo, con una tendencia a la autodestrucción’ y porque es extremadamente dudoso que ‘la arbitrariedad sea lo mejor para crear orden”.<sup>8</sup>

Parecen convincentes los argumentos que, en teoría, afirman la falsedad del dilema aparente de referencia. Porque no hay estrategia de seguridad que sea

---

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

<sup>6</sup> Sobre este tema, véase BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, capítulo 4.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pp. 28s. Bacigalupo cita, como parte del argumento, una idea de Lorenz.

<sup>8</sup> Arzt, citado por Bacigalupo, *cit.*, p. 29.

viable a mediano y largo plazo si no se respeta el debido proceso. Dicho en otras palabras, aunque es verdad que sin seguridad la justicia es una ilusión, también lo es que sin justicia no hay seguridad. Además, la idea de que el modelo del control social del delito disminuye la impunidad es sólo aparente. Pues la reducción de garantías aumenta el riesgo de que inocentes resulten condenados. Y esta situación implica impunidad porque por cada inocente en la cárcel existe un verdadero delincuente (el que en realidad cometió el delito) en la calle. La única diferencia con la impunidad resultante de culpables absueltos, es que se trata de una impunidad que no se traduce en un costo político inmediato porque el caso formalmente está resuelto. Pero constituye una aberración jurídica y moral que al final resulta autodestructiva, ya que la policía y la fiscalía no tienen incentivos para hacer un trabajo de calidad y la ciudadanía, a medida que los abusos se multiplican, comienza a desconfiar de las instituciones de procuración y administración de justicia. Desconfianza que, a su vez, entorpece la posibilidad de que la propia policía y la fiscalía obtengan información de los ciudadanos. De manera que se torna prácticamente imposible que puedan hacer un buen trabajo. Porque no hay policía, por muy apta en lo técnico y muy honrada que sea, que pueda dar resultados sin una red de informantes que supone una relación de confianza que se pierde cuando surge la arbitrariedad. Por eso, un sistema flexible con las exigencias del debido proceso, al final, no produce justicia, debilita las instituciones y genera impunidad e inseguridad en el largo plazo, aunque en el corto aparentemente funcione porque formalmente da resultados.

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

En estas condiciones, parece sensato afirmar que, aunque en teoría el dilema es falso, la construcción de las instituciones debe realizarse en un entorno de equilibrio entre las exigencias del debido proceso y el deber del Estado de investigar los delitos y castigar a los delincuentes. Equilibrio que, en relación con el tema que constituye el objeto de examen de este capítulo, se manifiesta en la forma en la que se conserva la regla general que prohíbe la introducción mediante lectura de declaraciones previas y las excepciones a esa regla. Y que se refleja con mucha claridad en el texto de la regla residual para la admisión de prueba referencial en los tribunales federales norteamericanos (Regla 807), que ya ha sido transcrita a pie de página (vid. nota 4), particularmente cuando en el apartado a4 establece que la prueba indirecta será admisible si “contribuye de la mejor manera a los propósitos de estas reglas y a los intereses de la justicia”.

Pero de manera previa a realizar el examen de esta situación en Chihuahua, antes y después de las reformas que al efecto se han producido, es pertinente abundar en la justificación del principio en el que descansa tal regla. Además de que, como ya se dijo, la motivación histórica del precepto en cuestión estaba directamente vinculado con la exigencia del discurso de los derechos humanos de que se desincentivara la tortura, existe otra razón que lo justifica y que guarda relación con el derecho de defensa y con la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso. En efecto, el sistema acusatorio postinquisitivo nace en el contexto de una cosmovisión filosófica diferente del pensamiento teocéntrico medieval que consolidó el sistema inquisitivo. Ya entonces, al analizar este sistema, se apuntó que respondía a una concepción ontológica de la verdad, que postulaba que ésta era una sola, que estaba dada y que el juez era el indicado para descubrirla (literalmente desvelarla). En cambio, la reforma producto de la ilustración se corresponde con la consolidación de la modernidad que sustituyó a la antigüedad filosófica. Aunque un examen profundo de las implicaciones epistemológicas de tal cambio de cosmovisión excede los límites de este trabajo, cabe apuntar que la concepción de la verdad del sistema acusatorio

contemporáneo es una concepción que podríamos calificar de dialéctica y que, como recuerdan Duce y Baytelman,<sup>9</sup> es producto de una actividad contradictoria profundamente estratégica. Ello significa que la verdad procesal, aunque debe corresponderse con la verdad histórica (porque éste continúa siendo uno de los fines del proceso), no es concebida de manera absoluta porque el acceso al hecho, ocurrido en el pasado, encuentra obstáculos que tienen que ver con la disponibilidad de la prueba y, en un nivel más profundo, con las limitaciones propias de la capacidad de conocimiento humano.

En efecto, reconstruir un hecho a partir de medios de convicción implica admitir como cierto un conocimiento que, cuando mucho, es probable. En este sentido, no deja de ser convincente la idea, sostenida, entre otros, por Marina Gascón,<sup>10</sup> de que es artificial la distinción entre prueba directa y prueba indirecta, ya que incluso el relato de un testigo presencial es indirecto en cuanto está mediatizado por la memoria, la capacidad de percepción y los prejuicios del propio declarante. No hay que olvidar que presenciar un hecho no es garantía de saber qué fue lo que ocurrió. Por ello, el sistema adversarial que pretende prescindir de la confesión, es también un sistema que busca poner el mayor énfasis probatorio en la llamada prueba científica, que no es otra cosa que la evidencia material procesada por exámenes practicados por expertos conforme a la metodología adecuada para cada ámbito del saber humano. A partir de ahí, se obtienen datos que, entrelazados en un proceso inductivo que se apoya en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, se obtiene una conclusión que debe superar el estándar recogido por la expresión “más allá de toda duda razonable”. Lo que, para decirlo en lenguaje llano, sólo significa que la conclusión que se admite como verdadera no es la única posible, pero sí es aquella que aparece como la más

---

<sup>9</sup> Cfr. DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés, *Litigación oral, juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp.79ss.

<sup>10</sup> Véase, al efecto, el documento titulado *La prueba judicial: valoración racional y motivación*, consultable en su versión electrónica en la siguiente página de la Universidad de Castilla La Mancha: [http://www.uclm.es/postgrado.derecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf)

probable y con suficiente garantía probatoria para satisfacer la conciencia de un observador imparcial y razonable.

Si esto es así, entonces el juicio penal, en el aspecto probatorio, ya no consiste en el descubrimiento o desvelamiento por el tribunal (que frecuentemente actúa de oficio) de una única verdad dada, sino en la competencia de dos versiones de un solo hecho (la de la fiscalía y la de la defensa) por alcanzar, ante los ojos de un tribunal imparcial (y que sólo excepcionalmente actúa de oficio), el aludido estándar de convicción. Todo ello, en un proceso dialéctico en un doble sentido. En primer lugar, porque se trata, como ya se dijo, de dos versiones de un evento que compiten entre sí para obtener la mayor credibilidad del tribunal. Y en segundo lugar, porque la credibilidad del relato depende de la calidad de la información que se obtiene de los órganos de prueba. Lo cual supone, a su vez y de manera muy sintética, dos tareas: acreditar al declarante o al objeto que se pretende introducir como evidencia material y obtener del órgano de prueba o del objeto introducido información que, en el contexto de una teoría del caso, se ajuste a la lógica, a la experiencia y a los conocimientos científicos.

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

circunstancia, por otra parte, es la que subyace al precepto que prohíbe las preguntas sugestivas en el examen directo y las permite en el contraexamen, dado que se parte del supuesto de que el declarante tiene algún grado de compromiso con la teoría del caso del oferente de la prueba.

En estas condiciones, el contrainterrogatorio se constituye como el garante de la calidad de la información, tanto por lo que hace a las credenciales del declarante (¿es sincero? ¿pudo percatarse de manera directa de lo que dice que vio? ¿tiene prejuicios serios que comprometen su imparcialidad más allá de la que es razonable esperar de una persona en sus circunstancias? Si es perito, ¿tiene la experticia necesaria para pronunciarse sobre la materia de su examen? ¿se ajustó al método aceptado por la ciencia que practica?), como también para garantizar que el contenido de su relato sea el adecuado (que no contenga exageraciones sin fundamento y que no oculte información relevante). Y no es difícil ver con claridad que el contraexamen es una tarea que sólo puede llevarse a cabo, de manera idónea, en una audiencia oral. Por ello, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido, de manera desafortunadamente aislada hasta ahora, en el caso *Karttunen contra Finlandia*, que un proceso escrito y no oral violenta el debido proceso porque imposibilita una cabal evaluación de las pruebas y los argumentos de la defensa.<sup>11</sup>

Por ello, la posibilidad de que un sistema procesal penal admita la introducción mediante lectura de registros de declaraciones previas debe ser verdaderamente excepcional y se justifica sólo, como ya se anticipó, por el deber del Estado de tener un sistema penal eficiente y eficaz, en situaciones en las que, por las circunstancias particulares del caso, tal desiderátum no puede ser realizado por medios ordinarios. Porque la introducción mediante lectura compromete siempre, en alguna medida, el contradictorio (ya que no se puede contrainterrogar a un documento) y, por tanto, la calidad de la información que es vital para que la sentencia del tribunal se encuentre, en cuanto sea humanamente

---

<sup>11</sup> Comité de Derechos Humanos, caso *Karttunen c. Finlandia*, párr. 7.3 (1993).

posible, apegada a la verdad histórica del hecho juzgado. Lo cual implica, como un efecto adicional, que la valoración de tales declaraciones que se introducen mediante lectura supone una carga argumentativa mucho mayor para el juzgador que decide acogerlas.