

Presentación

Un procedimiento judicial está encaminado al conocimiento y establecimiento de una verdad: la que se plasma en la sentencia.

Si el propósito de cualquier tipo de conocimiento es llegar a establecer una verdad, entonces debe existir un método riguroso que permita la aceptabilidad de esa verdad, tal como aquella que deriva de un método científico, para que se acepte como teoría, como saber científico, invencible hasta en tanto no aparezcan condiciones o circunstancias que la modifiquen.

Gadamer sostiene que verdad y método van de la mano, es decir, que la verdad está íntimamente ligada al método y no puede considerarse una sin el otro. En este sentido, Popper habla del falsacionismo, entendiendo por tal, la necesidad de confrontar una verdad antes de considerarla teórica o científica. Si se sostiene, podemos hablar de una verdad, de lo contrario, hay que volver a iniciar el método.

Estas posturas metodológicas no son exclusivas de las ciencias experimentales, duras, exactas o deshumanas, como quiera llamárseles, sino que son inherentes a toda empresa que tiene como fin, como propósito, llegar a una verdad. Considero como verdad, no la absoluta, sino la relativa en la materia del derecho y, en específico, la que se emite para dirimir controversias jurídicas; una verdad derivada de argumentaciones de los adversarios si logran demostrar su respectiva postura, demostración que está dada por las pruebas aportadas al proceso. Si bien es cierto que un conflicto jurídico está lejos de ser incluido dentro de las ciencias experimentales —como desde entonces distinguió Aristóte-

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

les al hablar, por un lado, de los primeros y segundos analíticos y, por el otro, de retórica y dialéctica—, también lo es que no debemos soslayar que la finalidad es la misma: llegar al conocimiento verdadero y, como tal, debemos tener una metodología propia y confrontar las verdades iniciales para que esa decisión final se sostenga, sobre todo para que sea justa y equilibrada, que es lo que busca un procedimiento judicial.

Lo anterior sirve como preámbulo y lo llevo al terreno de las controversias en materia penal, principalmente por el hecho de que en un procedimiento de este tipo es el Estado quien actúa frente a un gobernado imputado de un delito: tanto para investigar y acusarlo como para sentenciarlo; las dos primeras actividades a cargo del poder ejecutivo por conducto del ministerio público, o ahora también de fiscalías autónomas, y la última a cargo del poder judicial. La reacción más drástica que tiene el Estado frente al gobernado es precisamente la materia penal, porque desde el inicio del procedimiento se le afectan derechos fundamentales: a la privacidad, inviolabilidad del domicilio, libertad, etc., de ahí que el Estado debe actuar bajo estándares y a través de una metodología que lo legitime para que esa afectación en los derechos, ya provisional, ya definitiva, sea legal y no arbitraria.¹

Entonces, ¿cómo es un procedimiento penal?, ¿cómo se llega al conocimiento y establecimiento de la verdad dentro de ese procedimiento penal?, ¿hay rigor metodológico en el establecimiento de esa verdad?

Si bien el procedimiento acusatorio y oral se encuentra vigente y es aplicable en toda la república mexicana a partir del 18 de junio de 2016, es necesario hacer referencia al procedimiento penal mixto para comprender mejor las diferencias, pues además, este último no se ha extinguido, sigue siendo aplicable a los procedimientos en trámite que se iniciaron bajo su vigencia.

Esto genera, aun hoy, tres años después de la aplicación del nuevo procedimiento, que existan confusiones y no se deje

¹ Arbitrario es aquello que es legal, que es permitido, pero la autoridad actúa con excesos frente al gobernado.

Presentación

del todo la ideología del sistema tradicional, lo cual es comprensible: estuvo vigente durante dos siglos, y muchas de esas confusiones se relacionan con el desconocimiento o la falta de reflexión sobre el cambio en los fines que persigue cada procedimiento, así como la metodología que cada uno sigue para el establecimiento de la verdad legal.

Hay algo esencial en el procedimiento tradicional: el juez toma las decisiones en torno a la verdad —juicio—, basándose en pruebas que no presencié directamente, ya que la mayor parte de prueba eficaz es recabada únicamente por el agente del ministerio público y queda constancia de su desahogo a través de formalismos: por escrito, con firmas del fiscal y su fedatario, asentando la fecha, en papel oficial, con sellos y folios, etc.

La etapa más importante es la primera, en donde el ministerio público, como autoridad, recaba y desahoga diligencias que tienen un estándar de prueba, suficiente, si se cumple con las formalidades para sostener una sentencia definitiva. Hay probanzas que se desahogan ante el juez o su auxiliar, en la etapa del proceso, pero generalmente son medios de prueba que complementan los de la averiguación previa (p. ej., ampliación de declaración o careos). Así, el órgano jurisdiccional se convence de una *verdad* que obtiene de la lectura de actas, no de lo que escucha directamente de los testigos y, muy importante, esos testimonios o dictámenes periciales nunca son confrontados por la defensa del imputado. Me parece que esto no nos ofrece nada de rigor metodológico, porque la *verdad* del acusador nunca se *verifica* fehacientemente ante el juez, que es a quien hay que convencer. Además, esa *verdad* nunca se *confronta* realmente por la defensa. Como dice Luigi Ferrajoli, se trata de una *verdad de Estado*.

Actuando así, ¿el Estado se legitima al ejercer el derecho de castigar?, ¿las decisiones judiciales generan confianza en cuanto a su sentido, ya sea de absolución o de condena?, ¿qué tipo de Estado es el que juzga a una persona bajo tales estándares?, ¿existe correspondencia entre la ideología actual del Estado con esta forma de proceder?, ¿cómo debe ser un procedimiento penal?, ¿es factible un procedimiento penal con rigor metodológico? Si es así, ¿el proceso penal tiene un carácter epistemológico?

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Estos interrogantes son el objeto de estudio del presente trabajo, partiendo del carácter acusatorio del procedimiento, que incluso se cree que es nuevo, aunque no es así: del sistema o del principio acusatorio ya éramos parte (art. 21 constitucional, que siempre ha establecido que al ministerio público le corresponde la investigación y acusación y al poder judicial la imposición y —ahora también— la modificación de las penas). Lo nuevo será cómo concebimos y aplicamos el principio acusatorio, esto es, la relación, distancia e independencia entre el órgano acusador y el órgano jurisdiccional, las facultades otorgadas a un ministerio público y a un juez en el desarrollo del proceso. Lo nuevo, al menos para nuestro país, también es el carácter oral y adversarial en el proceso. Es un lugar común confundir los términos y pensar que al denominar al nuevo procedimiento como “acusatorio”, ya vienen dados automáticamente el carácter oral y adversarial. Esto no es así.

Resulta importante para el teórico y práctico del derecho reconocer el carácter distintivo de cada sistema procesal, sin quedarnos reducidos al campo de diferenciarlos a partir de que en uno se escribe y en otro se habla, o que en uno hay expedientes voluminosos y en el otro sistema de audiencias. ¡No! La distinción tiene que ser a partir del modelo teórico que subyace a cada sistema procesal, principalmente el modelo teórico del nuevo procedimiento penal diseñado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir del 18 de junio de 2008.

Este modelo teórico es el garantismo penal, del que mucho se habla y se cita pero poco se conoce, pues lo reducimos a la existencia de *garantías* en la Constitución o en las leyes, o incluso se lo atribuyen a Luigi Ferrajoli, desconociendo la base de la que partió este filósofo del derecho para sistematizar y hacer resurgir el garantismo penal de los siglos XVII y XVIII.

Además de analizar el nuevo procedimiento penal a partir del modelo teórico, es necesario estudiarlo, describirlo e interpretarlo partiendo del modelo o forma de gobierno que subyace a cada sistema procesal, tomando en cuenta los momentos históricos en los que aparecen, y aquí me refiero a los sistemas procesales acusatorio, inquisitorial y mixto. Esto ayuda a entender, pero sobre

Presentación

todo a comprender, las finalidades de cada sistema procesal en correspondencia con el poder del Estado.

El último enfoque de análisis es ontológico, es decir, desde el proceso mismo, atendiendo a su diseño constitucional, tanto en las garantías sustantivas —necesidad, lesividad, proporcionalidad— como procesales —inmediación, contradicción, continuidad, igualdad— y orgánicas de la jurisdicción —independencia, imparcialidad—, hasta la solución del caso, que es la decisión judicial —demostración, justificación—.

Estos tres caracteres: teórico, político y procesal, permitirán tener un análisis completo del nuevo procedimiento penal y así estar en posibilidades de delinear sus rasgos distintivos, a efecto de demostrar el carácter epistémico que tiene esta nueva manera de proceder en la impartición de justicia en materia penal. El enfoque teórico, porque nos describe qué es el garantismo y qué se requiere para que un procedimiento penal sea calificado como garantista. El enfoque político, ya que nos ayuda a entender las finalidades de ese procedimiento y la ideología que circunda al mismo. El enfoque procesal, porque nos muestra los estándares para la demostración y decisión en el nuevo procedimiento penal.

Mi propósito es probar el carácter epistemológico del procedimiento acusatorio y oral, que implica un cambio importante en la forma de concebir y practicar el derecho procesal penal, tanto por las partes como por el juez.

Existen autores que nos hablan del tema. Ferrajoli, por ejemplo, distingue entre procesos decisionistas y epistémicos, ubicando en este último al garantista, pero lo hace solamente desde el plano teórico, es decir, desde la teoría del garantismo penal, y describe el ideal de procedimiento que debería existir. Mi propósito aquí es distinto porque, si bien tengo que partir de ese modelo teórico, lo contrasto con la realidad, y llamo realidad a las normas constitucionales ya existentes y a la práctica que tengo de más de diez años en el procedimiento penal oral.

Otro autor es el procesalista contemporáneo Michele Taruffo, quien sostiene el carácter no epistémico del procedimiento, basándose en que existen reglas de exclusión de pruebas —lo que

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

limita el conocimiento—, la llamada prueba tasada —que limita al juez para valorar la prueba—, el hecho de basarnos en testigos —la credibilidad o confiabilidad que puede o no tenerse en los atestes, y el que no confía en el llamado interrogatorio cruzado de testigos al modo americano—, así como el papel del juez —activo en el caso de las partes, *versus* pasivo, es decir, el que se limita a controlar y dirigir el proceso, apostando Taruffo por el modelo de juez activo—. En este aspecto demostraré en cada punto, a partir de las normas tanto constitucionales como procesales y la práctica, que ello es una base para concluir y demostrar el carácter epistémico del proceso.

Todos estos puntos de análisis son diametralmente opuestos al sistema tradicional mixto, y es en el carácter epistémico en donde fundamento y justifico la necesidad del nuevo procedimiento penal, a partir de la ideología actual que se desprende de la Constitución general: el respeto a los derechos humanos ahí reconocidos, así como en los tratados internacionales, y la observancia y aplicación del debido proceso como un derecho fundamental contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, el juicio justo.

Es importante precisar que mi objeto de investigación es el procedimiento penal acusatorio y oral, más no todo el sistema de justicia penal delineado a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pues aunque comúnmente se les llama del mismo modo, lo cierto es que se trata de dos dimensiones distintas: el procedimiento penal es uno de los componentes de todo el nuevo sistema de justicia penal, que se integra de la siguiente forma: *a)* subsistema de adolescentes; *b)* subsistema de adultos; *c)* subsistema de reinserción social; *d)* subsistema de seguridad pública; *e)* subsistema de delincuencia organizada, y *f)* subsistema procedimental: procedimientos alternos, procedimiento de terminación anticipada, principio de oportunidad y procedimiento ordinario. Es en el último en el que baso mi objeto de estudio.

Mi investigación se desarrolla desde una perspectiva normativa, analítica y empírica. Normativa, porque parto de las normas fundamentales —derechos, principios, garantías— constitucionales, convencionales y procesales, así como de la inter-

Presentación

pretación jurisprudencial. Analítica, porque me refiero a la estructura procedimental para culminar con un juicio —sentencia—. Y empírica, porque si bien parto de lo teórico y normativo, lo complemento con lo que en realidad sucede en la tramitación de un procedimiento penal, tanto de tipo mixto como acusatorio, imprimiendo mi experiencia de 11 años trabajando en el procedimiento acusatorio y oral.

Asimismo, su base es documental: doctrina a cargo de autores reconocidos, legislación, jurisprudencia y casos reales, para concluir y realizar propuestas en relación con el carácter epistémico del proceso penal acusatorio.

Los autores en que me baso son: Gadamer, Popper, Damaska, Ferrajoli, Taruffo y Foucault, principalmente.

Parto, en el capítulo inicial, de la evolución de los sistemas procesales, para mostrar que el primero en aparecer en la historia es el procedimiento acusatorio y no el inquisitorial. Esta evolución nos ayuda a comprender de mejor forma las razones y momentos históricos y políticos en los que fue surgiendo cada modelo procesal: acusatorio, inquisitorial y mixto.

En el capítulo segundo hago una breve referencia al garantismo, precisando qué debe entenderse por tal, así como la ideología y razones políticas de su nacimiento.

En el capítulo tercero hablo de los fines del proceso. Es importante distinguir las finalidades, porque de eso depende la forma de proceder para alcanzar las metas. Hay una confusión que deriva del procedimiento mixto, pues se combinaron aspectos del inquisitorial y del acusatorio. Eso trascendió también a una confusión en cuanto a la finalidad que persiguió el procedimiento mixto, todo relacionado con el tema de la verdad, que el sistema inquisitorial concibe de forma muy distinta a la del acusatorio. De igual forma distingo otra finalidad que se aleja de la dicotomía *verdad histórica-verdad legal*: la que tiene que ver con la *búsqueda de la verdad y con la resolución de conflictos*, para demostrar cómo hoy nuestra Constitución sigue esta última.

Los capítulos IV y V son torales: en ellos demuestro que el procedimiento acusatorio y oral tiene un carácter epistemológico-

LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

co, tanto en el proceso como en la decisión. Hago el comparativo ferrajoliano entre modelo decisionista y garantista y le pongo contenido a lo que Ferrajoli denomina verdad controlada y controlable. Refuto las posturas de Taruffo al negar el carácter epistémico del proceso penal y demuestro una a una, tanto desde lo normativo como desde lo práctico, el carácter epistemológico. Punto por punto señalo en qué consiste el carácter epistemológico del procedimiento acusatorio y oral.

Finalmente, dedico un espacio a la decisión judicial, porque es en esta en la que se plasma el resultado del proceso y dependiendo del tipo de proceso será el tipo de sentencia y la forma en que se decida en esta.

MARIELA PONCE VILLA
Querétaro, México, junio de 2019