

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

PRUEBA Y EJECUCIÓN PENAL

Sobre la traslación de las nociones procesales y probatorias para el procedimiento penal al procedimiento de ejecución penal: el caso mexicano.

Alumno: ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ

Tutor: DR. JOSE LUIS CASTILLO ALVA

Convocatoria: marzo de 2018

Indice

| | |
|--|--------------|
| Introducción..... | 3-4 |
| I. Reforma al sistema de justicia penal en México y su impacto..... | 4-5 |
| I.1 El modelo procesal vigente..... | 5-8 |
| I.2 Instituciones procesales a partir de la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales en México..... | 8-11 |
| II. Fase o etapa de Ejecución penal y Ley Nacional de Ejecución Penal..... | 11-14 |
| III. ¿El tratamiento probatorio en la ejecución penal es igual que en el proceso penal? | |
| III.1. Marco normativo..... | 14-17 |
| III.2 Dato, medio y prueba..... | 17-20 |
| III.2.1 ¿Es posible valorar el dato de prueba en la ejecución penal?..... | 20-24 |
| IV. Efecto y trascendencia de la presunción de inocencia como regla probatoria en la ejecución penal..... | 25 |
| IV.1 Marco normativo..... | 25-29 |
| V. ¿El estándar probatorio a utilizar en la ejecución penal es el mismo que en el proceso penal?..... | 29-36 |
| VI. Conclusiones..... | 36-37 |
| Bibliografía..... | 37-38 |

PRUEBA Y EJECUCIÓN PENAL

Sobre la traslación de las nociones procesales y probatorias para el procedimiento penal al procedimiento de ejecución penal: el caso mexicano.

Introducción

La implementación de un proceso penal de corte adversarial en Latinoamérica ha traído diversidad de opiniones respecto a temas trascendentales de la teoría general del proceso, entre ellos dos que consideramos fundamentales, como son: la prueba y el estándar probatorio.

Tomando en consideración que las partes al probar establecen la falsedad o verdad de los enunciados o afirmaciones probatorias que elaboran respecto a un hecho concreto que constituye el *thema probandum*, es que en este trabajo, entre otras cosas, trataremos de acreditar que si bien el estándar probatorio durante un proceso penal es, sin mayor oposición el *mas allá de toda duda razonable* (BARD)¹, por lo que hace a la fase o etapa de ejecución penal, el estándar no debe ser necesariamente el mismo.

Ello trae aparejado igualmente un dimensionamiento procesal distinto a las reglas de prueba del proceso en o durante la ejecución penal, ya que debe haber un re entendimiento ante la especial relación de sujeción del sentenciado de temas como son la presunción de inocencia, carga de la prueba, el hecho notorio, el testimonio del personal penitenciario (experto o no experto), las consecuencias de la distinción entre dato, medio y prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, entre otras.

En mis actividades como juez de ejecución me he percatado de que en materia probatoria los abogados quieren tratar el tema de la prueba bajo las mismas reglas que para el proceso de imputación, lo cual no es posible como trataremos de explicar en este trabajo.

Si bien, la generalidad de criterios sobre la prueba en los procesos de imputación y ejecución pueden ser compartidos, lo cierto es que deben ser tratados bajo un prisma distinto. Lo anterior nos lleva a concluir que los planteamientos probatorios en la ejecución penal deben ser diferentes a los del proceso penal, por las siguientes razones:

- 1.- En la ejecución penal se ha rebasado la interpretación común que se hace respecto al principio de presunción de inocencia durante el proceso penal, afectando con ello el entendimiento tradicional de dicho principio entendido poliedricamente;
- 2.- El estándar marcado por los artículos 16 y 19 de la CPEUM respecto al “hecho que la ley señala como delito” y la “probable intervención”, no es el mismo a aplicar durante la especial relación de sujeción de los sentenciados ejecutoriados, ello dada la distinción entre dato, medio y prueba establecida erróneamente en el CNPP;
- 3.- Respecto a los testimonios de los miembros del consejo técnico del centro de internamiento, los postulantes le han dado tratamiento de testigos, que si bien refieren a actitudes y comportamientos del sujeto privado de la libertad, también al evaluarlo utilizan

¹ Crítica al respecto resulta Vazquez (2017:346).

sus conocimientos expertos. Por ejemplo, el criminólogo y el psicólogo, que al evaluar al sujeto privado de la libertad, utilizan sus conocimientos especiales.

El problema que podemos advertir de ello, de acuerdo a nuestra experiencia, es que únicamente pretenden llamar a audiencia a dichos testigos para que refieran lo que les consta directamente respecto a la conducta de la persona privada de la libertad, y no en relación a las razones por las cuales lo evaluaron de dicha manera. Esto es, lo que ellos manifiestan en la audiencia es la interpretación que hacen de la conducta del sujeto desde sus conocimientos especiales, y

4.- Tomando en cuenta que si en el juicio de imputación penal el estándar está basado en el *mas allá de toda duda razonable*, el cual constituye el estándar mas alto admitido por el derecho, lo mas adecuado sería considerar un estándar probatorio reducido para la ejecución penal.

Lo anterior nos lleva a pensar que NO puede utilizarse un mismo estándar probatorio para lograr la condena así como para conceder beneficios penitenciarios. Ello en razón de que el respeto a la dignidad de la persona y los derechos restringidos con la condena nos obligan a contar con un estándar mas flexible y de menos rigor en la ejecución penal, favoreciendo en todo momento un principio *pro libertate*.

Es importante enfatizar que en la ejecución penal no hay una imputación o vinculación base del procedimiento y por tanto la distribución de carga de la prueba cambia diametralmente entre el proceso de imputación y el proceso de ejecución.

Previo al análisis de las cuestiones que hemos planteado como objetivo, realizaremos un acercamiento a la motivación que originó la reforma constitucional al sistema de justicia penal mexicano, así como el nacimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP), mismos que constituirán el marco normativo sobre el que trabajaremos nuestras hipótesis.

I. Reforma al sistema de justicia penal en México y su impacto

A partir de 1916, en México se realizaron diversas críticas al sistema mixto inquisitorio, debido a la constante y sistemática violación a las garantías de los imputados que implicaba dicho modelo.

Derivado de dichas críticas, como contra sistema, se ofreció un modelo procesal penal de corte acusatorio y adversarial, cuyo primer antecedente es el que perfiló el General Carranza en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 al incorporar en el artículo 20 la transformación del sistema de enjuiciamiento penal en el país haciéndolo más liberal y humano, además de establecer el mandato respecto al derecho que tiene todo imputado a ser juzgado en audiencia pública, refiriéndose con dicho aspecto al principio de oralidad.

El 18 de junio del año 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación en México una de las reformas constitucionales más significativas en materia de seguridad pública y justicia penal. En dicha reforma fueron modificados significativamente los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123.

El 5 de septiembre de 2013 fue declarada la constitucionalidad de la reforma al artículo 73 de la Constitución Mexicana. Antes de ello no existía la posibilidad de contar con un Código Procesal para la Nación ya que dentro del ámbito competencial de las Entidades Federativas se encontraba la de legislar en materia sustantiva y adjetiva penal, lo que nos obligaba a contar con 32 Códigos Penales y 32 de Procedimientos Penales, todos de diferentes corrientes dogmáticas y políticas que dificultaban la aplicación e interpretación de los mismos.

Esta reforma, a través de una adición al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultaría al Congreso de la Unión para expedir un Código Nacional de Procedimientos Penales, quedando como sigue:

Artículo 73. *El Congreso tiene facultad:*

XXI. *Para expedir:*

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común [...].

Con motivo de dicha reforma se llevaron a cabo diversos foros públicos en los que operadores jurídicos y académicos del país y extranjeros, principalmente estadounidenses y chilenos, participaron en la discusión sobre los proyectos presentados².

Como resultado de estos foros, el día 5 de marzo del año 2014, se promulgó en México el Código Nacional de Procedimientos Penales, dándose con ello respuesta a un viejo reclamo de los operadores jurídicos y sector académico del país.

I.1. El modelo procesal vigente

Tras la reforma, en México se asumió un sistema procesal penal acusatorio, en oposición al mixto de corte inquisitorial que prevalecía en el país.

El Segundo transitorio del decreto de reforma a la Constitución publicado el día 18 de junio del año 2008, da la pauta para establecer las etapas y figuras propias del sistema procesal penal acusatorio mexicano cuando textualmente refiere:

“Segundo. *El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”...*

Los párrafos segundo y decimotercero del artículo 16 de la constitución establecen que:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que

² Al respecto, consideramos importante tomar en cuenta la opinión crítica establecida por VAZQUEZ (2017:343-344) en cuanto a la falta de conocimientos empíricos para la realización de la reforma comentada y la cual compartimos plenamente.

preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

“los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.”

A su vez, los párrafos tercero, cuarto y sexto del artículo 17 refieren:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

“La federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un Servicio Profesional de Carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.”

Por su parte, el artículo 19 establece en su contenido que ninguna detención ante autoridad judicial debe exceder del plazo de setenta y dos horas, contados a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la misma, y que la misma deberá justificarse con un auto de vinculación a proceso cuyos requisitos son: expresar el delito que se imputa al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

De la misma manera, se refiere la excepcionalidad de la prisión preventiva cuando se especifica que solo la podrá imponer el juez cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el debido desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito de carácter doloso.

Se insta para los jueces un catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, en los que se incluyen los casos de delincuencia organizada, el homicidio doloso, la violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Igualmente, se establece la prórroga para el dictado del auto de vinculación a proceso a petición del indiciado.

Se sanciona penalmente la prolongación de la detención en perjuicio del indiciado.

Se establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso.

En el caso de delincuencia organizada (régimen de excepción) se dice: “Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpa-

evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.”

Se establece también la represión por parte de las autoridades y corrección mediante las leyes de todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles.

El artículo 20 constitucional por su parte resulta fundamental para el tema que nos ocupa ya que especifica la instauración de un proceso penal acusatorio y oral basado en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Este mismo artículo fija principios generales, siendo los siguientes:

“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;

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. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

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

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.”

En el cuerpo del mismo numeral, en sus apartados B y C, se establece el catálogo de derechos de toda persona imputada (presunción de inocencia, a declarar o no hacerlo, a ser enterado de sus derechos, etc.) y de la víctima u ofendido (contar con un asesor jurídico, aportar elementos de prueba, una efectiva coadyuvancia, a que le sea reparado el daño de manera ágil, etc.).

A su vez, el artículo 21 de la Constitución Mexicana, deja claro que la investigación por delito corresponde al Ministerio Público y a la policía.

De igual forma, especifica que el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, abriendo con ello un margen novedoso respecto a la posibilidad de ejercitar acción penal por los particulares.

Una de las novedades más representativas de dicha reforma lo constituye el hecho de dejar a la autoridad judicial la modificación y duración de las penas, favoreciendo con ello la judicialización de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, aunque como nos hemos podido dar cuenta no se encuentra contemplada dicha etapa como una de las del proceso penal acusatorio.

I.2. Instituciones procesales a partir de la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales en México.

Son muchas las novedades que ha traído aparejadas este sistema procesal penal de corte acusatorio y adversarial; sin embargo, las que en este momento nos interesa remarcar dada su trascendencia en el sistema jurídico penal mexicano, son las siguientes:

El Código Nacional de Procedimientos Penales divide el procedimiento en tres importantes etapas, siendo éstas la de investigación, intermedia y la de juicio oral. Para tener un panorama general de las mismas, indicaré la parte medular de cada una de ellas.

a) Investigación

Cuenta con dos fases, la denominada *inicial*, que va de la formulación de la denuncia o querrela hasta la denominada formulación de imputación, y la *complementaria* que va de la formulación de imputación al cierre de la investigación. Es importante señalar que de acuerdo al delito de que se trate se define el término para el cierre de la investigación, mismo que puede ser de entre dos (pena menor a dos años) y hasta seis meses (pena mayor a dos años).

Con la formulación de la imputación se da inicio a la denominada audiencia inicial que abarca: 1) el control de detención, 2) la formulación de la imputación, 3) el derecho del imputado a declarar si lo desea, 4) la solicitud de vinculación a proceso y de medidas cautelares, y 5) la definición del plazo para el cierre de la investigación complementaria.

El objetivo primordial de esta etapa es acreditar la existencia de un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo.

Dentro de la nueva dinámica procesal ofrecida con la reforma se pretende dejar atrás la excesiva formalidad durante la investigación realizada por el Ministerio Público (Fiscal); así como, garantizar el acceso al imputado a una defensa adecuada desde el inicio de la investigación. De la misma manera se garantiza el poner límites a los actos del Ministerio Público y los cuerpos de seguridad pública con la existencia de un Juez de control, el cual cumple con una función tutelar y garantista.

Una novedad respecto al proceso penal acusatorio mexicano es el “auto de vinculación a proceso”. Este debe ser solicitado por el Ministerio Público al tener datos de prueba que establezcan la comisión de un hecho que la Ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en el mismo.

Mediante la vinculación a proceso se resuelve la situación jurídica del imputado, y se formaliza la investigación. Este tiene derecho a que se resuelva su situación de inmediato, dentro de un plazo de 72 horas o su duplicidad, en caso de solicitar el plazo o su prórroga, así también podrá citar a testigos o peritos y presentar sus medios de prueba en la audiencia de vinculación a proceso.

En esta audiencia, el juez de control verificará mediante lo aportado por las partes si existen datos de prueba suficientes para vincular o no a una persona a proceso y con ello se justificará la aplicación de providencias precautorias o medidas cautelares.

Los requisitos que el juez de control debe verificar para dictarlo, se encuentran establecidos en el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

“Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso

El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que: Se haya formulado la imputación;

- I. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- II. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- III. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el Juez de Control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.”

Este auto vino a sustituir lo que en el sistema mixto inquisitorial era el auto de sujeción a proceso, que convertía sistemáticamente la detención en prisión preventiva si para el juez existían motivos suficientes, aunque debemos aclarar que una y otra figura no son lo mismo.

La importancia de este auto deriva en que desde la emisión del mismo se fija la *litis* del proceso, ya que los hechos motivo del mismo serán el objeto del proceso penal, llevando con esto implícito que el Ministerio Público en su acusación tiene que ser coherente con el hecho o hechos establecidos en el auto de vinculación a proceso.

b) Intermedia

Esta etapa va de la formulación de la acusación a la emisión del auto de apertura a juicio oral, y se divide en dos fases: una escrita y la otra oral.

Su objeto consiste en ofrecer y admitir los medios de prueba, así como depurar los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Durante esta etapa interviene también un juez de control que ejerce dos funciones básicas:

- a) La tutelar, en la que pone límites a las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía
- b) La jurisdiccional, cuando aplica sustancialmente el derecho.

La fase **escrita** inicia con la presentación, por parte del Ministerio Público, del escrito de acusación, mismo que podrá ser objeto de corrección y contestación por parte de la víctima u ofendido y su asesor jurídico, así como del imputado y su defensa.

Una vez realizado el descubrimiento probatorio de las partes, el Juez de control deberá citarlas para la celebración de la audiencia intermedia, que es la fase oral de la etapa intermedia, en la que bajo los principios del sistema procesal penal acusatorio se argumentará respecto al objeto de esta etapa.

El fin de esta etapa se da con la emisión del auto de apertura a juicio oral, que contendrá³:

- I. El Tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia de juicio, así como la fecha y hora fijadas para la audiencia;
- II. La individualización de los acusados;
- III. Las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas, así como los hechos materia de la acusación;
- 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;
- VII. Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este Código;
- VIII. Las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate, y
- IX. Las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.

c) Juicio oral

Comienza con la recepción del auto de apertura y culmina con la sentencia. En esta etapa participarán jueces de juicio oral constituidos en un tribunal unitario o colegiado.

Se establece que para la condena de un sujeto el estándar adecuado es el más allá de toda duda razonable (Art. 359 Código Nacional de Procedimientos Penales). En este punto, cabe destacar que la valoración probatoria cambia radicalmente en México, pues pasamos de un estándar de valoración tasado, en el que todo lo pasado por la “fe” del Ministerio Público adquiría automáticamente un valor probatorio pleno, a un modelo en el que la libre convicción del tribunal extraída del debate será libre y lógica.

³ Artículo 347 del Código Nacional de Procedimientos Penales

Antes de la ya comentada reforma, todo lo generado por la Representación Social (Ministerio Público) era considerado como prueba. Sin embargo, derivado del contenido del artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales, distinguimos entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas.

Dicha distinción nos ayuda a fijar un estándar que pretendo explicar en la tabla que mas adelante expemos, en la que incluyo las opiniones más preponderantes en México, las cuales se pueden dividir básicamente en 3 tópicos: la primera, hace referencia a la etapa en la que cada una demuestra su utilidad; la segunda, se identifica por el Juez que conoce del elemento de convicción correspondiente; y la tercera, de acuerdo a su objetivo concreto⁴.

II. Fase o etapa de Ejecución penal y Ley Nacional de Ejecución Penal

Con la reforma constitucional de 18 de junio del año 2008, se establecieron como principios del proceso penal: la publicidad, la contradicción, la continuidad y la inmediación, la igualdad ante la ley, la igualdad de partes, el debido proceso, la prohibición de doble enjuiciamiento y la presunción de inocencia. Dichos principios rigen todas y cada una de las etapas procesales del denominado “modelo acusatorio”, siendo estas las siguientes: etapa de investigación, etapa intermedia y juicio oral, de conformidad con el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Resulta curioso, al menos para nuestro objeto de investigación, que desde dicha reforma Constitucional, en particular su segundo transitorio, y el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales antes mencionados, la ejecución penal o ejecución de sanciones penales no fuera contemplada como parte del procedimiento penal, lo que desde nuestra perspectiva repercute procesalmente en el tratamiento de la ejecución penal en el modelo mexicano, como mas adelante lo haremos ver respecto al tema de la prueba.

Esto resulta ser un indicativo de que la ejecución penal en México es un procedimiento distinto, lo cual nos parece adecuado, ya que mientras el proceso penal es un procedimiento de imputación que culmina con la emisión de una sentencia (titulo ejecutivo), el proceso de ejecución es un procedimiento de carácter residual de cumplimiento de dicho titulo ejecutivo emanado como consecuencia del propio proceso penal. Lo anterior nos lleva a concluir que muchos de los principios rectores deben ser re-entendidos y atendidos a la luz de la ejecución penal y sus particularidades.

En este sentido, dentro del tercer transitorio de la reforma se dejaba claro que el sistema de ejecución penal entraría en vigor a los tres años de publicada la misma, es decir, que con fecha 19 de junio del año 2011 la judicialización de la ejecución penal ya era, al menos normativamente, una realidad.

⁴ Cabe aclarar que dichas posturas no están exentas de críticas, mismas que serán expuestas más adelante.

Derivado de ello, con fecha 16 de junio del año 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP), la cual tiene por objeto:

- a) establecer normas a aplicar durante el internamiento de las personas privadas de la libertad por resolución judicial, refiriendo por estas a las normas o reglamentos de carácter administrativo aplicable a las personas privadas de la libertad;
- b) establecer los procedimientos para resolver controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, entendiendo por estas las controversias administrativas y jurisdiccionales contempladas por la Ley Nacional de Ejecución Penal (art. 116 a 119 LNEP), y
- c) regular los medios para lograr la reinserción social (art. 72 a 99 LNEP).

Se establece que, de conformidad con el artículo 116 de la LNEP, los jueces de ejecución conocerán controversias relacionadas con:

- I. Las condiciones de internamiento y cuestiones relacionadas con las mismas;
- II. El plan de actividades de la persona privada de la libertad y cuestiones relacionadas con el mismo, que impliquen violación de derechos fundamentales;
- III. Los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al Centro como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo, y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil;
- IV. La duración, modificación y extinción de la pena y de sus efectos, y
- V. La duración, modificación y extinción de las medidas de seguridad.”

Para efectos de este trabajo nos interesara resaltar las cuestiones probatorias de aplicación en la LNEP.

Respecto al establecimiento de quienes asumen el carácter de parte procesal en la ejecución penal, de acuerdo al contenido del artículo 121 de la LNEP, son:

- I. La persona privada de la libertad;
- II. El defensor público o privado;
- III. El Ministerio Público;
- IV. La Autoridad Penitenciaria, el Director del Centro o quién los represente; El promovente de la acción o recurso, y
- V. La víctima y su asesor jurídico, cuando el debate esté relacionado con la reparación del daño y cuando se afecte de manera directa o indirecta su derecho al esclarecimiento de los hechos y a la justicia.”

Por lo que hace a las reglas generales sobre la prueba aplicables en la ejecución penal, derivado del contenido del artículo 80 de la LNEP, por supletoriedad se aplicaran las establecidas en el CNPP (artículos 356 a 390).

De acuerdo a lo antes establecido, consideramos que, al hacer referencia la LNEP a que las partes tendrán participación de acuerdo a la naturaleza de la controversia y al establecer, en su articulado, que serán partes los promoventes de la acción (121 f. V y ultimo párrafo, LNEP), tenemos un primer cambio respecto a las reglas en el proceso penal, ya que mientras en el proceso la carga

probatoria la tiene el Ministerio Público o la parte acusadora (artículo 130 del Código Nacional de Procedimientos Penales), en el procedimiento de ejecución la carga de la prueba la tendrá el promovente de la acción (también respecto al término promovente vid. art. 120 de la LNEP). En el caso de nuestro interés, respecto a los beneficios penitenciarios, la carga de la prueba la tiene el sentenciado y su defensa, dada la naturaleza premial y condicionada de los beneficios penitenciarios.

Corroborando lo antes dicho, la misma sustanciación de la controversia nos deja claro que el promovente lleva la carga de la prueba, toda vez que con su solicitud se da inicio al trámite, aunado a que deberá realizar su ofertamiento de medios de prueba (surtiendo una especie de descubrimiento probatorio, toda vez que en la primera parte de la audiencia será respecto a la admisión o desechamiento de medios de prueba), de lo que se le entregará copia a las demás partes para que dentro de los cinco días contesten la acción y oferten sus medios de prueba, de lo cual se dará copia al promovente.

Por ello es que, tratándose de los beneficios penitenciarios, el sentenciado y su defensa deben acreditar en audiencia de controversia judicial, probatoriamente, que ha cumplido con los requisitos establecidos por la LNEP para poder gozar de los mismos.

De lo establecido anteriormente obtenemos las premisas básicas del presente trabajo ya que nos lleva a preguntarnos:

1.- ¿el tratamiento probatorio en la ejecución penal es igual que en el proceso?,

2.- ¿qué efecto y trascendencia tiene la presunción de inocencia en la ejecución penal?,

y

3.- ¿el estándar probatorio a utilizar en la ejecución penal es el mismo que en el proceso penal?

No queremos dejar de advertir que en la ejecución penal no partimos de una imputación o acusación que servirá como base para la discusión entre las partes, en sentido positivo o negativo, si no de una acción concreta a acreditar por el promovente en los términos marcados por la ley, llevándonos a una lógica procesal mas de carácter civilista que penal, marcado según nuestra idea inicial, por un *pro libertate* a favor del reo, que tendrá también un reflejo importante en el estándar de prueba que trataremos de sugerir en este trabajo para la ejecución penal.

III. ¿El tratamiento probatorio en la ejecución penal es igual que en el proceso penal?

La prueba en el proceso penal mexicano

III.1. Marco normativo

Comenzaremos determinando el **marco Constitucional** de la institución probatoria:

- * El artículo 20, apartado A, fracción II de la CPEUM establece que el desahogo y la valoración de las pruebas corresponderá al juez, quien deberá valorarlas de manera libre y lógica.
- * La fracción III del mismo artículo refiere que, para los efectos de la sentencia, sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio.
- * La fracción IV indica que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública, contradictoria y oral.
- * La fracción V a su vez determina que 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.
- * La fracción IX, establece que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Por su parte el marco establecido por la legislación única denominada Código Nacional de Procedimientos Penales refiere, en lo que nos interesa:

- * En su Artículo 60, respecto al principio de contradicción, se establece que 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.
- * Las víctimas tienen, de acuerdo al artículo 109 F. XII, el derecho 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.
- * El artículo 113, fracción II, a su vez manifiesta que el imputado tiene 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.
- * El artículo 130, cuando nos refiere sobre la carga de la prueba, nos establece que para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.
- * El artículo 131, fracción XVII, impone al Ministerio Público la obligación de 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.
- * En el artículo 213, se indica que el objeto de la investigación es 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.

- * El artículo 259, nos establece que: cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito, que las pruebas serán valoradas por el órgano jurisdiccional de manera libre y lógica, que 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 dicho Código y en la legislación aplicable, así como que 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 el mencionado Código.
- * Asimismo, el artículo 260 refiere que el antecedente de investigación es todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar datos de prueba. Y resulta trascendente el contenido del artículo 261, mismo que pretende aclarar qué se entenderá por datos de prueba, medios de prueba y pruebas, manifestando dicho artículo que: **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, y **prueba** se usa para denominar 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.
- * El artículo artículo 262 especifica que las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los términos previstos en este Código.
- * El artículo 263 nos refiere que 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 el Código.
- * Respecto a la nulidad de la prueba, el artículo 264 establece que se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad, así como que las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.
- * A su vez, el artículo 265 refiere que respecto a la valoración de los datos y pruebas, 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.
- * La denominada prueba anticipada se encuentra prevista en el artículo 304 cuando establece que hasta antes de la celebración de la audiencia del juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente.
- * El artículo 337, define el descubrimiento probatorio cuando nos dice que consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba

que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

- * En el artículo 368, se hace referencia a la prueba pericial, misma que podrá ofrecerse 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.
- * Respecto a la convicción del Tribunal de enjuiciamiento, el artículo 402, señala: el Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones del citado Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiriera la convicción, más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado. No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

III.2 Dato, medio y prueba

Como anteriormente hemos referido, las distintas formas en que se ha pretendido hacer la distinción entre los conceptos de dato, medio y prueba, son las siguientes:

| | Etapas | Juez que conoce | Objetivo (Qué es?) |
|-----------------------|---------------|------------------------|--|
| Dato de prueba | Investigación | Juez de Control | 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 |

| | | | |
|-----------------------------------|-------------|------------------|--|
| Medio o elemento de prueba | Intermedia | Juez de Control | Son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos. |
| Prueba | Juicio Oral | Juez de oralidad | 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. |

El resolver sobre la más adecuada de las distinciones entre uno y otro no ha resultado pacífico, ya que a nuestro parecer la distinción real entre uno y otro no queda debidamente definida en el mismo CNPP. Para resolver la misma debemos hacer un ejercicio lógico que nos permita esclarecer la verdadera diferencia entre una y otra.

La primer distinción elaborada por la mayoría de los académicos mexicanos es respecto a la etapa en la que dicho elemento de convicción es utilizado, lo que lleva a afirmar que **dato** es todo aquello utilizado en la etapa de investigación, **medio**, aquello utilizado durante la etapa intermedia y que **prueba** es aquello utilizado durante el juicio.

Esta distinción resulta falaz si realizamos un ejercicio comparativo entre diversas disposiciones del mismo CNPP, por ejemplo, si se contraponen la definición de que los datos son aquellos utilizados durante la investigación respecto de lo que señala el artículo 314 del CNPP, que a la letra dice:

Artículo 314. Incorporación de datos y medios de prueba en el plazo constitucional o su ampliación El imputado o su Defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.

Exclusivamente en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, de conformidad con lo previsto en este Código, el Juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su Defensor, cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente.

De acuerdo a dicho artículo también durante la investigación podrán ser desahogados medios de prueba, ya que el plazo constitucional para resolver sobre la vinculación o no vinculación forma

parte de dicha etapa, lo que nos demuestra que el mismo legislador no pretendió hacer la distinción entre estos elementos de convicción por etapas.

Otro ejemplo más que desvirtúa dicha distinción es el tema de la prueba anticipada, ya que del contenido del artículo 304 se desprende que:

“Hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que sea practicada ante el Juez de control;

II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;

III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y

IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.”

De este articulado obtenemos que habrá previamente a juicio, aunque de manera excepcional, el desahogo de prueba, lo cual podría llevarse a cabo ya sea durante la investigación o bien durante la etapa intermedia, ya que la temporalidad marcada por el artículo antes referido sea, siempre y cuando, antes de la celebración de la audiencia del juicio.

Por lo que hace a la segunda forma de distinguirlos, respecto al juez que conoce, evidentemente, esta no resulta problemática de inicio, sin embargo sostenemos que no nos aporta ninguna cuestión sustancial respecto a la real diferencia entre estas tres referencias a los medios de convicción. Aunado a ello, igualmente hace falaz la distinción el hecho de que la prueba anticipada es desahogada, con las reglas de juicio por un juez de control, y resulta valorada por un tribunal de enjuiciamiento, lo cual pensamos que compromete los principios de inmediación y contradicción.

Ahora bien, si basamos la distinción entre dato, medio y prueba con el contenido del artículo 261 del CNPP, obtendríamos una distinción basada en la razón y en la lógica procesal, tratando de realizar la mejor interpretación del CNPP y que ello nos lleve a la mejor aplicación como nos lo hace ver VAZQUEZ (2017:355), ya que la distinción entre cada uno de estos sería de acuerdo al contenido del numeral antes invocado, que:

El dato de prueba tiene como forma de desahogo la mera referencia a su contenido por no ser desahogado en juicio ante el órgano jurisdiccional, y este debe resultar, a consideración del juez de control, como idóneo y pertinente *para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.*

El medio de prueba es, a su vez, toda fuente de información *que permite reconstruir los hechos,* respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

De lo anterior podríamos desprender que el medio de prueba, de acuerdo al contenido del CNPP, es aquél elemento de convicción que permite determinar los hechos o premisas fácticas concretas a esclarecer durante el juicio, así como ubicar en circunstancias de modo, tiempo y lugar a los procesados, que podrá ser incorporado al juicio siempre y cuando se hubieren respetado las reglas procesales establecidas para determinar su relevancia y admisibilidad, o como les denomina el CNPP: idoneidad y pertinencia, términos que nos parecen menos claros.

De acuerdo con el CNPP, la prueba es 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.*

De esta definición se desprende que: la prueba es conocimiento obtenido por medio de pruebas directas (certeza) o indirectas (probabilidad), de un hecho; que el elemento de convicción haya ingresado al proceso derivado de su calificación de relevante y admisible y que debe ser desahogado por las partes frente al tribunal de enjuiciamiento y cuyo objetivo es permitir al tribunal llegar a establecer que cada uno de los hechos motivo del juicio están o no probados y con ello llegar a una conclusión sobre el caso.

De lo anteriormente dicho podemos concluir que la distinción mas razonable y lógica entre dato, medio y prueba a la luz del contenido del CNPP, es aquella basada en el objetivo que en el proceso cumple cada uno, es decir: que cuando hablamos de dato es por que se pretende acreditar un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención de un sujeto como autor o cómplice, que al hablar de medio de prueba la pretensión procesal es reconstruir los hechos, referido en términos de mayor certeza de lo sucedido y del concurso de personas en el mismo, y que al hablar o referir a la prueba tenemos que el objetivo de la misma es lograr el esclarecimiento de los hechos, en términos de que el tribunal logre llegar a una convicción de culpabilidad o bien al establecimiento de una duda razonable, que a nuestro parecer son los estándares fijados o para una condena, o bien una absolución⁵.

III.2.1 ¿Es posible valorar el dato de prueba en la ejecución penal?

Como antes lo hemos establecido, en la ejecución penal no partimos como eje procesal de una imputación o una vinculación que determine los hechos a acreditar o discutir en el proceso, sino del ejercicio de una acción por parte de algun interesado⁶, por lo que formalmente no podemos hablar de una investigación en el proceso de ejecución, lo que lógicamente nos llevaría a la no utilización de datos de prueba, en términos de la distinción de la que partimos, ya que hemos

⁵ consideramos errónea la opinión común de que el único estándar es el de BARD, ya que la misma constitución como lo hemos visto anteriormente establece que para poder condenar el tribunal debe llegar a una convicción de culpabilidad, cuestión distinta al establecimiento de una duda razonable, nos parece que en este mismo sentido se encuentra MIRANDA (2012:344).

⁶ Hablamos de interesado ya que en materia de ejecución la legitimación para el establecimiento de controversias es amplísima como se desprende del contenido de los artículos 108, 117 y 121 de la LNEP.

establecido que la utilidad del dato es respecto a la acreditación de un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención de un sujeto, como autor o cómplice en los mismos.

En ese sentido, la LNEP no refiere en ninguno de sus apartados la utilización de datos de prueba en dicha etapa, como se desprende del contenido de los artículos 120, 122 y 124 de la LNEP, de los que se obtiene que el inicio de una controversia partirá del ofrecimiento de medios de prueba por parte del promovente, de los que se dará conocimiento a la parte contraria para que, en una especie de descubrimiento probatorio, se pueda hacer cargo de ellos en su contestación y plantear argumentos de exclusión en la audiencia correspondiente.

Sin embargo, consideramos que aun y cuando la ley no es clara o resulta ser omisa en ello, si existe la posibilidad de acudir a la valoración del dato de prueba⁷ en la ejecución penal, dado la incorporación del mismo para su valoración en algunos casos concretos. Dos ejemplos que podemos referir al respecto, son:

- 1) Los casos de traslados excepcionales contemplados por el artículo 52 de la LNEP, que establece a la letra:

“Artículo 52. Excepción al Traslado voluntario

La Autoridad Penitenciaria, como caso de excepción a lo dispuesto en el artículo 50, podrá ordenar y ejecutar el traslado de personas privadas de la libertad, mediante resolución administrativa con el único requisito de notificar al juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes de realizado el traslado, en los siguientes supuestos:

- I. En casos de delincuencia organizada y medidas especiales de seguridad;*
- II. En casos de riesgo objetivo para la integridad y la salud de la persona privada de su libertad,*
- III. En caso de que se ponga en riesgo la seguridad o gobernabilidad del Centro Penitenciario.*

En todos los supuestos de excepción a los traslados sin autorización previa, el juez tendrá un plazo de cuarenta y ocho horas posteriores a la notificación para calificar la legalidad de la determinación administrativa de traslado. En contra de la resolución judicial se podrá interponer el recurso de apelación en los términos previstos en esta Ley. En caso que dentro del plazo establecido, la autoridad jurisdiccional no se pronuncie respecto de la legalidad del acto, la persona privada de la libertad podrá interponer una controversia judicial contra la determinación administrativa.”

Como podemos ver en este caso, ante el aviso que realiza la autoridad penitenciaria al juez de ejecución, este se encuentra obligado a verificar que:

- a) El aviso fue realizado dentro de las 24 horas siguientes a su realización, lo que de no ser así y al constituir el “único” requisito (creo que debería ser entendido como requisito de procedibilidad para entrar al estudio de la legalidad de la determinación administrativa de traslado excepcional), tendría el efecto de que al no cumplir con el ámbito de la legalidad, el traslado será considerado ilegal de inicio, y

⁷ Partimos de que todo lo que comprueba es prueba y lleva implícita una valoración, ya que el dato también lleva implícita la aplicación sustancial del derecho en decisiones que afectan la esfera jurídica de los sujetos vg. El control de legalidad de la detención, la vinculación a proceso o la imposición de medidas cautelares son llevadas a cabo con la valoración del dato de prueba, cuya incorporación es meramente referencial partiendo de la lealtad y buena fe entre las partes, dejando la oportunidad de su valoración positiva o negativa por parte del juez a las partes en el contradictorio.

- b) En caso de haber sido realizado dicho aviso dentro de las 24 horas siguientes a la realización de dicho traslado, el juez entrará al estudio de legalidad de la determinación administrativa emitida por la autoridad penitenciaria, bajo el apercibimiento que de no hacerlo así dentro de las 48 horas siguientes, la persona privada de la libertad podrá interponer controversia judicial contra la misma.

Lo anterior, nos lleva a establecer que el estudio de legalidad de la determinación administrativa de traslado excepcional, no implica un llamamiento a audiencia de las partes que de acuerdo a la naturaleza de lo controvertido tuvieran que alegar algo al respecto, ya que de una interpretación armónica del artículo supra referido solo surgirá controversia al respecto si el juez no se pronuncia dentro de las 48 horas posteriores al legal aviso del traslado excepcional. De ello, lógicamente se desprende que no habría, por no ser motivo de controversia (audiencia), ofertamiento de medios de prueba para su correspondiente desahogo posterior en audiencia.

Al tener que entrar el juez al estudio de la legalidad de la determinación administrativa de traslado excepcional, está obligado a analizar que la resolución objeto de análisis se ajuste a los parámetros constitucionales establecidos para toda resolución de autoridad que afecte la esfera jurídica de las personas, a saber, fundado y motivado como lo determinan los artículos 14 y 16 de la CPEUM.

Con independencia de la verificación de la aplicación del derecho al caso concreto, también el juez se encuentra obligado a verificar la existencia de los hechos que motivaron la necesidad del traslado excepcional, lo cual tiene que ser probatoriamente acreditado, pero al no ser motivo de audiencia y/o controversia, tenemos que preguntarnos en este caso concreto ¿bajo que base probatoria el juez deberá tenerlos por acreditados?.

En este caso, sostenemos que pese al silencio de la LNEP al respecto, la motivación de la determinación a estudiar por el juez de ejecución, tendrá que ser basada en datos de prueba que permitan establecer el hecho base de la necesidad del traslado excepcional, a saber: que se trate de casos de delincuencia organizada y medidas especiales de seguridad, o bien, por la existencia de un caso de riesgo objetivo para la integridad y la salud de la persona privada de su libertad (PPL), y/o en caso de que se ponga en riesgo la seguridad o gobernabilidad del centro penitenciario.

En el primero de dichos supuestos no habría mayor complejidad ya que bastaría con acreditar con la sentencia y el auto de ejecutoria, y su ofrecimiento como dato de prueba, que se trata de un sentenciado por delincuencia organizada, para tener por justificado el supuesto exigido por la norma; los demás, sin embargo, implicarían la generación de mayor caudal probatorio para su acreditación. Por ejemplo, en el caso de la imposición de medidas especiales de seguridad, se tendría que incorporar como dato de análisis en la resolución de traslado, el documento en el que se establece la necesidad de las medidas especiales de seguridad y su imposición respetando el debido proceso penitenciario; en casos de riesgo objetivo para la integridad y la salud de la PPL, establecer datos que acrediten el riesgo para estos y particularizar por qué en específico el sujeto

corre dicho o dichos riesgos, lo que ocurriría de igual manera en caso de que se ponga en riesgo la gobernabilidad y seguridad del centro penitenciario.

No debemos olvidar que al establecer que se trata de datos de prueba es por que estos no han sido desahogados ante el órgano jurisdiccional, ya que son generados en una investigación que puede motivar una sanción por parte de la autoridad administrativa penitenciaria en el ámbito de su competencia, pero que serán valorados por la autoridad jurisdiccional como fundamento probatorio de la determinación administrativa del traslado excepcional⁸.

Por lo tanto, aquí tendríamos que hacer una ampliación interpretativa del concepto de dato de prueba y sus objetivos a acreditar conforme al estándar marcado por el artículo 261 del CNPP, ya que el hecho en este caso no sería determinado como aquellos que la ley señala como delito y por ende la probable intervención del sujeto en el mismo, sino entendido desde la esfera administrativa como un hecho que será motivo aparente del traslado excepcional y la necesidad razonable y proporcional del traslado de un sujeto concreto por los motivos previstos en la norma.

Esto resulta, a nuestro parecer, consecuencia de lo que podemos denominar naturaleza híbrida de la ejecución penal, ya que se trata del cumplimiento de obligaciones determinadas en una sentencia del orden penal a realizarse respecto a una especial relación de sujeción de un sujeto frente al Estado, propia del derecho administrativo.

2) Tratándose de revisión de resoluciones del comité técnico (art. 48 LNEP).

En este caso, las resoluciones del comité técnico (RCT) podrán ser impugnadas dentro de los tres días siguientes a su notificación y serán revisadas por el juez de ejecución (JE), la LNEP no es clara al referir en qué consiste dicha revisión, sin embargo consideramos que esta consistirá en el análisis de la legalidad, fundamentación y motivación de la misma, bajo los principios rectores de la sanción administrativa (al respecto REYES, 2015:86 a 115).

Por tanto, al “revisar” el JE la resolución del comité técnico, que deberá ser emitida en los términos establecidos por el artículo 39 de la LNEP, deberá valorar los fundamentos probatorios de la sanción impuesta mediante la RCT, mismas que al no ser ofertados como medios de prueba para efecto de su desahogo en audiencia, serán valorados por el JE como dato de prueba en los términos que hemos aludido anteriormente.

Con lo antes dicho hemos pretendido demostrar que no basta con realizar una simple traslación de las reglas que sobre prueba introdujo el CNPP para el proceso al procedimiento de ejecución penal, sino que debemos hacer una reinterpretación sistemática de los mismos, ya que como hemos

⁸ sobre el mito de la oralidad absoluta y como en realidad la oralidad no es un absoluto sino gradual y de acuerdo a cada proceso en específico, vid. Vazquez (2017:356)

demostrado, existen circunstancias decisorias del JE que no implican la sustanciación de una controversia que motive la celebración de una audiencia en los términos establecidos por la LNEP.

Dicha Ley, al parecer, consideró bajo la lógica de la utilización del dato en la investigación, que el dato de prueba y su referencia no serían necesarios en la etapa de ejecución penal, aunque consideramos lo contrario de acuerdo a los argumentos vertidos en este trabajo.

Una vez determinado lo anterior, podríamos incluso considerar, que la utilización del dato para los efectos antes descritos es analizar la fundamentación y motivación de las resoluciones de la autoridad penitenciaria, misma que implica el análisis de los datos de prueba con los que se sustentó la resolución administrativa.

Si consideramos que dentro de la naturaleza híbrida de la ejecución penal las reglas probatorias deben ser entendidas de manera distinta, entonces el juez para cumplir con el mandato normativo podría, al no poder resolver ante la insuficiencia probatoria de la autoridad penitenciaria, requerir al menos los datos de prueba que estime necesarios de acuerdo al contenido de la RTC. Ello, por no haberse incorporado a la misma, ya sea por una simple omisión o una acción tendiente al ocultamiento de datos relevantes que harían insostenible la sanción impuesta mediante la RTC.

De lo anterior podría surgir otra problemática derivada de la presunción de inocencia, en caso de que no le favorezca a la PPL la información requerida por el JE, ya que el mismo generó prueba de cargo destruyendo la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador, vulnerando el *indubio pro reo*, ya que ante la insuficiencia probatoria del acusador, en este caso del órgano sancionador, el JE tuvo que haber presumido la inocencia del sujeto por no haberse alcanzado la suficiencia probatoria marcada por el estándar correspondiente para la imposición de la sanción administrativa.

IV.- Efecto y trascendencia de la presunción de inocencia como regla probatoria en la ejecución penal

La presunción de inocencia es, como le denomina Ferrajoli (2001:539), una garantía procesal, misma que constituye uno de los fundamentos principales que motivaron la reforma integral al sistema de justicia penal mexicano, constituyendo un límite a la actuación del Estado frente a los ciudadanos. Para efectos de nuestro trabajo nos interesara hablar de este principio como garantía procesal y sus efectos, relacionado a la materia penal.

IV.1 Marco normativo

El artículo 20, apartado A, fracción I de la CPEUM establece como principio general del proceso penal la protección del inocente, así como en su apartado B, fracción I, sobre la presunción de su inocencia mientras no sea declarada su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

El CNPP por su parte y en relación a lo que nos interesa establece respecto a la presunción de inocencia que: se debe proteger al inocente (art. 2o); que toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, siempre y cuando no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional (artículo 13); que el imputado tiene derecho a ser tratado y considerado como inocente hasta que haya quedado demostrada su responsabilidad (art. 113).

El mayor desarrollo de este principio en México ha sido desde el ámbito jurisprudencial, el cual ha sido basto, logrando conformar por esta vía interpretativa el entendimiento del mismo desde el año 2002, aunque no por ello queremos dar a entender que fuera desconocido en la legislación procesal penal mexicana.

Con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el año 2011, el Estado mexicano se vió también obligado a asumir criterios internacionales en la materia que vinieron a cambiar sustantivamente la interpretación de la presunción de inocencia.

En un importante precedente emitido en el año 2007, la SCJN resolvió lo siguiente:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

Amparo en revisión 89/2007. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Marat Paredes Montiel.

La Corte igualmente a partir del año 2014, y al parecer, siguiendo totalmente los criterios emanados de la jurisprudencia española, determinó en diversas tesis que este principio tiene carácter poliédrico (al respecto vid. FERRER, 2010:2), entendiéndose en diversos criterios emanados por ese máximo tribunal como: regla de trato procesal, como regla probatoria, como estándar de prueba, incluso GONZÁLEZ LAGIER atribuye, al parecer, de manera general a la presunción de inocencia la carga de minimizar el riesgo de que un inocente resulte condenado (2015:1) y como regla de trato extraprocesal.

Este ámbito multifacético de la presunción de inocencia (PI) desde la perspectiva de FERRER (2010:23) tiende a atrofiarse, máxime si desde un estudio detallado nos percatamos de que hay en juego otros derechos de mayor envergadura o peso que la presunción de inocencia y que le hemos

cargado, sin ser necesario, a este principio la protección de derechos ya protegidos por otros instrumentos normativos, incluso mas efectivos que la PI.

Resultan relevantes, por establecer la presunción de inocencia como regla probatoria, las siguientes dos tesis:

Época: Décima Época
 Registro: 2006093
 Instancia: Primera Sala
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia
 Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 Libro 5, Abril de 2014, Tomo I
 Materia(s): Constitucional
 Tesis: 1a./J. 25/2014 (10a.)
 Página: 478

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

Época: Décima Época
 Registro: 2006091
 Instancia: Primera Sala
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia
 Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 Libro 5, Abril de 2014, Tomo I
 Materia(s): Constitucional
 Tesis: 1a./J. 26/2014 (10a.)
 Página: 476

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

Esta regla probatoria⁹ es precisa en asignar la carga de producción de prueba para el órgano acusador, con el efecto de “destruir” el estatus de inocente del sujeto a proceso. Sin embargo,

⁹ En el caso Español resulta paradigmática la STC 31/1981 de la que se desprende que esta regla implica para considerar que efectivamente la presunción de inocencia fue vencida o no violada : “A) debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; B) que pueda considerarse como prueba de cargo; C) suministrada por la acusación (en el sentido de que a ella corresponde la carga de la prueba); D) practicada en el juicio oral; y E) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales” en Ferrer, Una concepción...: 12.

respecto a la ejecución penal partimos del hecho de que: a) no hay un órgano acusador y por tanto acusación como base del proceso de ejecución y b) que un tribunal ha llegado a la convicción de culpabilidad de una persona, por lo que la presunción de inocencia en esta etapa debe ser redimensionada a la luz de sus objetivos.

De ahí que podamos sostener que la presunción de inocencia como regla de trato procesal, incluso en su vertiente extraprocesal, no existe ya en la etapa de ejecución penal y deja de surtir sus efectos, toda vez que como antes hemos referido un sujeto ha sido declarado culpable por un delito, por lo que ya no se debe presumir inocencia respecto a los hechos motivo de la sentencia y por tanto se puede tratar al ciudadano como culpable, ya que ha sido declarado como tal en un proceso con todas las garantías, es decir, que esta regla finalizó en el momento en que causó estado la sentencia condenatoria (FERRAJOLI, 2001:539, 549 y ss).

Luego entonces, dado lo anterior, la presunción de inocencia como regla probatoria respecto a la asignación de carga de la prueba al órgano acusador, tampoco resulta aplicable. Primero, por que no hay una acusación que guíe el procedimiento y asigne carga probatoria a quien la sustenta, y segundo, por la dinámica de partes en la que nos encontramos en el procedimiento de ejecución penal, ya que en este se parte del ejercicio de un derecho por parte del promovente, quien quiera que este sea, y la carga de la prueba para acreditar los hechos materia de la controversia planteada por el mismo.

Sin embargo, debemos ser claros al acotar que al tratarse de una naturaleza híbrida de la ejecución penal (penal-administrativa), la presunción de inocencia si surtirá sus efectos como se estableció en las tesis antes descritas, siempre y cuando, solo se trate de controversias administrativas o respecto a sanciones o actos de carácter administrativos derivadas de la relación de sujeción del sujeto con el Estado, toda vez que la autoridad penitenciaria le imputa hechos que motivan una sanción en el ámbito administrativo y la autoridad debe acreditar, en base a la regla probatoria establecida por el principio de presunción de inocencia, dichos supuestos. Cabe destacar, que las alegaciones exonerantes si deberán ser motivo de carga de prueba para el sancionado¹⁰ como se puede desprender del siguiente criterio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la

¹⁰ en ese sentido Vid. Bayón, Juan Carlos, Presunción de inocencia y carga de la prueba, conferencia consultada en: <https://www.youtube.com/watch?v=ln5WRQm3BeI> el 30 de marzo de 2018.

existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 553/98. Justiniano Rivas Rojas. 10 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Roberto Rodríguez Soto.

Lo cual resulta relevante a la luz del siguiente criterio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordes dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permita una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral 1o. constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona, aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.

Contradicción de tesis 200/2013. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 28 de enero de 2014. Mayoría de nueve votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Luis María Aguilar Morales y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Octavio Joel Flores Díaz.

Debemos aclarar que lo anterior no es así en las controversias judiciales que establece la LNEP, en las que incluso la PPL tendrá el carácter de promovente y por ende le corresponderá la carga de la prueba respecto a las pretensiones que plantee vía controversia.

Por lo que podemos afirmar que en la ejecución penal y dado el tratamiento mismo que se desprende de la LNEP, tendremos una “doble vía” de la presunción de inocencia en la etapa de ejecución penal: 1) respecto al ámbito administrativo, en el que se entenderá de la misma manera que en el proceso penal, y en el que la autoridad penitenciaria tiene que derrotar la inocencia del sujeto respecto al acto que da motivo a la sanción administrativa, y 2) en las controversias

judiciales previstas en la LNEP en las que la PPL asume carácter de promovente y por tanto se le asigna la carga de probar la acreditación de los supuestos que la ley exige para la concesión de los beneficios penitenciarios.

V.- ¿El estándar probatorio a utilizar en la ejecución penal es el mismo que en el proceso penal?

Cuando hablamos de un estándar probatorio (EP) hacemos referencia a la pregunta: ¿cuáles son los criterios que nos permiten tener por establecido un hecho?

Lo que se trata de superar mediante el establecimiento de un EP es la incertidumbre, la cual "...no es sinónimo de irracionalidad, sino que son problemas que se resuelven con métodos distintos a la lógica binaria, es decir, en términos de la probabilidad que si bien no puede fundar una verdad absoluta, si puede aportar un sustitutivo, a saber, el de verdad probable." (TARUFFO, 2009:191).

Partiendo de lo anterior, asumimos que para determinar que una proposición sobre los hechos ha quedado probada el mejor método es el de la probabilidad inductiva, que nos permite llegar a establecer una especie de suficiencia probatoria en clave de grado de confirmación cuando supere la probabilidad de 0.5 (al respecto vid. FERRER, 2007:99).

Aunque pudiera parecer que al tratarse del derecho operaría un solo EP al tratarse del mismo objeto de estudio, esto en realidad no es así ya que como ha establecido FERRER (2007:139) "nada impone que el estándar de prueba deba ser el mismo en todo tipo de procesos".

El estándar probatorio mayormente aceptado en materia penal es el BARD, sin embargo no debemos dejar de lado que el establecimiento de un estándar en materia penal debe ser gradual, de acuerdo a las exigencias de los diversos momentos procesales y los intereses en juego en cada uno de estos¹¹, resulta clarificadora al respecto la opinión de CASTILLO (2018:1-40).

El BARD exige "...que el Juez haya despejado toda duda razonable acerca de su veracidad, en clave de *correspondencia* con la realidad" en relación al contenido de la acusación, por tratarse de un estándar de condena cuyo fundamento político-ético es la disminución de condenas erróneas en materia penal (MIRANDA, 2012:344).

La doctrina mayoritaria se ha preocupado por la formulación de estándares de prueba para el juicio y previos a este, pero se encuentra totalmente árida la discusión por el establecimiento de un EP durante la ejecución penal o para la ejecución penal, es decir, después de que en un juicio se haya condenado a una persona por haber llegado un tribunal a la convicción de su culpabilidad y que dicha sentencia haya causado estado.

¹¹ Al respecto FERRER 2005:69

Incluso se llega a establecer que el EP depende de la materia que se trate (HAACK, 2013:69) o, insistimos, visualizando en la materia penal uno para la condena y otro para fases anteriores, pero no para la fase posterior de cumplimiento de la sentencia que igualmente, al menos desde el año 2011 en México, se encuentra judicializada y sometida a reglas de proceso.

Procesalmente hablando y siguiendo a CASTILLO cuando nos explica los criterios psicológistas: (2013:74) “la prueba es la concreta actividad procesal dirigida a lograr la convicción del juez y/o el tribunal acerca de la verosimilitud de las afirmaciones sobre los hechos que realizan las partes en el proceso”.

Pero no basta con generar una mera convicción o convencimiento en el Juez o Tribunal, ya que el EP nos debe permitir establecer racionalmente cuándo es que podemos considerar algo como probado sin depender de la confianza subjetiva en una hipótesis, y que nos ayude a esclarecer cuándo una hipótesis subjetiva se encuentra justificada. (LAUDAN, 2005:95-113).

Al respecto, la prueba es un instrumento epistémico para la presentación y adquisición de información necesaria y suficiente que permita una adecuada toma de decisión respecto a los hechos por parte de quien juzga. (VAZQUEZ, 2009:151)

Para GASCÓN (2009:18) los EP son “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”.

La creación de los EP implica para dicha autora, dos cosas:

1) Una función heurística que nos permita decidir *qué grado de probabilidad o certeza se requiere* para admitir una hipótesis sobre los hechos como verdadera. En esta intervienen no solo cuestiones epistemológicas sino también, políticas como antes lo hemos referido.

El grado mínimo se encuentra constituido por la probabilidad prevalente (PP) que indica que “una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea mas probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte <<más probable que no>>” (GASCÓN 2009:19).

La mayor probabilidad indicada será respecto a la tesis negativa en caso de existir o en caso contrario que sea “mas probable que no”.

Respecto a las cuestiones políticas de construcción del EP, estas se ven reflejadas en la distribución del error en las determinaciones judiciales tomando en consideración que hay dos posibles errores, a saber: a) aceptar como probado (verdadero) lo que es falso, y b) no aceptar como probado (verdadero) lo que es verdadero.

Lo que hará más o menos exigente el EP será la consideración respecto a los derechos o intereses afectados por cualquiera de los errores.

Si ponemos en un mismo nivel ambos tipos de error, entendiéndose condenar a un inocente o absolver a un culpable, el EP no será muy exigente y al ser el mínimo nos basaríamos en la PP.

Si por el contrario, consideramos que el error b) es más tolerable que el a) que merece mayor protección, el EP será más exigente, lo cual sucede en el proceso penal.

Otra opción sería que fuera más tolerable el error a), y por tanto considerando que los derechos o intereses afectados por el error b) merecen menos protección de los afectados por a), el EP sería mucho menos exigente, e incluso por debajo de la PP.

2) Una función justificadora, es decir, formular objetivamente el EP para que nos indique *cuando se alcanza el grado de probabilidad o certeza exigido* (2009:18).

Al establecer un EP se deben tratar de formular criterios objetivos que nos lleven a tener por probado un hecho.

Para tratar de lograr la formulación de estándares objetivos los dos modelos fundamentales analizados por la doctrina, y que corresponden al análisis de probabilidades, son: a) los que aplican modelos matemáticos a la valoración, en términos de frecuencia y b) los que se basan en modelos o esquemas de confirmación en términos de generalización.

Por no ser motivo de este trabajo no entramos en la explicación de cada uno, pero nos basta con establecer que desde nuestra perspectiva el modelo de confirmación nos parece el más adecuado ya que desde este se entiende que la probabilidad de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de las reglas de la causalidad.

Si bien, hemos dicho que consideramos que este modelo es el más adecuado, este presenta dificultades para determinar fórmulas concretas para explicar el EP, lo que no pasa con el modelo referido matemáticamente por expresarse cuantitativamente.

Al pretender el EP distribuir el riesgo de error se ubica en el terreno de las decisiones político-valorativas en la que se determinará con qué intensidad se deben garantizar los derechos afectados por cada uno de los posibles errores. (GÁSCON, 2009:19-21).

Lo relevante respecto a la racionalidad que nos permite la creación de un EP es alejarnos de la subjetividad inexplicable como lo es por ejemplo el asumido por el criterio de la íntima convicción del juzgador para establecer criterios que sean lógicos y racionalmente controlables.

Al respecto, FERRER nos dice:

“En mi opinión, la formulación de un estándar de prueba con el que se quiera cumplir esa función *-la formulación de un EP racional¹²-* debe, en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas de sujeto decisor acerca de los hechos. El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. En segundo lugar, la formulación del estándar debe ser suficientemente precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Éstos son dos requisitos de tipo técnico. Un tercer requisito puede ser añadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas” (2007:146).

Una vez establecidos los fines y funciones del EP tenemos que si bien en materia de proceso penal el EP es el BARD, y que si bien la ejecución penal ha sido entendida tradicionalmente como residual al proceso, los intereses y derechos en juego son distintos.

Ya hemos establecido la bifurcación de la PI en la ejecución penal, lo cual nos llevará de igual manera a hablar de dos EP en esta etapa, uno respecto a las cuestiones de carácter administrativo que es elevado por la visión poliedrica de la PI y carga de la prueba que se asigna al órgano sancionador, y otro más bajo que trata de los beneficios penitenciarios, en el que se asigna la carga de la prueba al promovente que regularmente lo será la PPL.

Los márgenes de error en la ejecución penal deben interpretarse con un estándar menos alto ya que, tratándose de beneficios penitenciarios, estos tienen una naturaleza de carácter premial, es decir, que la PPL debe acreditar el hecho de haber cumplido con los presupuestos normativos exigidos en la norma para poder “gozar” de una “reducción de la pena”, y en el que consideramos que podremos utilizar un estándar más aproximado al usualmente referido para la materia civil.

Partimos en la ejecución penal de que, en materia de beneficios penitenciarios:

- a) respecto al proceso ya fue determinada la “verdad”;
- b) que se llegó a la convicción de la culpabilidad de un sujeto, y
- c) que ha sido rebasada la presunción de inocencia en su visión poliédrica, es decir, estamos ante un culpable declarado.

Mientras que tratándose de sanciones administrativas:

- a) se debe determinar la verdad que fundamenta la sanción;
- b) se debe llegar a la convicción de culpabilidad del sujeto en el ámbito administrativo, y
- c) la PPL se presumirá inocente durante el procedimiento sancionador.

¹² cursivas agregadas por quien escribe.

Respecto a las preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades que son referidas por FERRER tendremos que preguntarnos hasta donde será tolerable para la sociedad el hecho de otorgar un beneficio penitenciario a un sujeto por una apreciación errónea respecto a su cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para la concesión del mismo, frente a la no concesión de un beneficio a un sujeto que, si bien ha cumplido con los requisitos establecidos por la ley, una apreciación errónea sobre el cumplimiento de los requisitos normativos lleva al juzgador a negárselo.

Si tomamos en consideración los intereses en juego tenemos por un lado, la libertad y el derecho a la reinserción social de la PPL frente al derecho a la justicia de las víctimas y el interés social en el cumplimiento de las sentencias.

Sin embargo, tampoco debemos dejar de considerar que este estándar más bajo en la ejecución penal se constituye en una garantía *pro libertate* en favor del principio de reinserción social para cualquier persona que se ve involucrada en un asunto penal y es condenada.

Desde una perspectiva meramente procesal, las controversias planteadas para la concesión de beneficios penitenciarios, son por ejemplo, los siguientes:

| | LIBERTAD CONDICIONADA | LIBERTAD ANTICIPADA |
|--------------------|---|---|
| EFFECTO | Encontrarse durante el tiempo establecido para la pena de prisión en supervisión de la autoridad. | Se declara la extinción de la pena de prisión. |
| REQUISITOS: | | |
| | Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme. | Que no se le haya dictado diversa sentencia condenatoria firme. |
| | Que no exista un riesgo objetivo y razonable en su externamiento para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad. | Que no exista un riesgo objetivo y razonable en su externamiento para la víctima u ofendido, los testigos que depusieron en su contra y para la sociedad. |
| | Haber tenido buena conducta durante su internamiento. | Haber tenido buena conducta durante su internamiento. |
| | Haber cumplido satisfactoriamente con el Plan de Actividades al día de la solicitud. | Haber cumplido con el Plan de Actividades al día de la solicitud. |
| | Haber cubierto la reparación del daño y la multa, en las modalidades y con las excepciones establecidas en la Ley. | Haber cubierto la reparación del daño y la multa, en su caso. |
| | No estar sujeto a otro proceso penal del fuero común o federal por delito que amerite prisión preventiva. | No estar sujeto a otro proceso penal del fuero común o federal por delito que amerite prisión preventiva oficiosa. |

| | LIBERTAD CONDICIONADA | LIBERTAD ANTICIPADA |
|----------------------|---|---|
| | Que se haya cumplido con la mitad de la pena tratándose de delitos dolosos. | Que hayan cumplido el sesenta por ciento de la pena impuesta en los delitos dolosos o la mitad de la pena tratándose de delitos culposos. |
| | Comprometerse a no molestar a la víctima u ofendido y a los testigos que depusieron en su contra. | |
| PROHIBICIONES | no aplicable en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. | no aplicable en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. |

Del cuadro anterior se advierte que las hipótesis que se plantearán para acreditar en la controversia respectiva el haber cumplido con los requisitos previstos para la concesión del mismo, son básicamente dos: a) **si** “esta probado que p” y b) **no** “esta probado que p”, derivado de su determinación previa por la norma.

Ante el establecimiento probatorio de las dos premisas básicas para la concesión del beneficio penitenciario, es decir, quedó acreditado que: a) el sujeto cumple con las condiciones para su concesión o b) el sujeto no cumple con las condiciones para la concesión, es que debemos considerar la “regla del mas probable que no”, en la que ante una hipótesis negativa y una positiva, el órgano jurisdiccional debe inclinarse por aquella que tenga un mayor grado de corroboración lógica.

Como nos podemos dar cuenta, dada la naturaleza de estos beneficios y ante la reinterpretación de la PI en la etapa de ejecución penal descartaríamos el “esta probado que no p”, ya que partimos de la culpabilidad de la PPL establecida en una sentencia que ha causado estado.

Esto es debido a que las premisas fácticas a acreditar vienen condicionadas normativamente por la LNEP, distinguiendo de lo que pasa en el proceso penal en el que las premisas fácticas, que pueden ser muchas y variadas, se subsumen en un tipo penal en específico, es decir, tenemos un proceso inverso en la ejecución penal, en el que partimos de supuestos normativos a cubrir por la PPL.

Respecto a las cuestiones administrativas en la ejecución penal, el EP si bien es más alto que en tratándose de beneficios, consideramos que este no será tan alto como el BARD, ya que: 1) la persona se encuentra bajo una especial relación de sujeción y en un esquema de obligaciones especial durante su internamiento y 2) la sanción impuesta será bajo la reglamentación aplicable en su condición de derechos restringidos derivada de la sentencia penal.

Por ello consideramos que en materia de ejecución penal podría regir un EP de probabilidad prevalente (EPPP) dadas las razones alegadas en este apartado para ambos supuestos, es decir, las cuestiones administrativas y las jurisdiccionales (beneficios).

Si tomamos el EPPP como estándar en la ejecución penal es por que este nos lleva a verificar la suficiencia en la confirmación probatoria de proposiciones sobre un hecho, que nos lleve a establecer cómo alguna de las proposiciones de las partes resulta ser más “probable” al “sopesar” las pruebas existentes de cargo y descargo respecto a un hecho a probar (al respecto vid. TARUFFO, 2008:137, 275).

Lo anterior atendiendo a lo que TARUFFO manifiesta en el sentido de que:

“... cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe <<sopesar>> las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección en favor del enunciado que parezca ser relativamente <<más probable>>, sobre la base de los medios de prueba disponibles.” (2008:137 y 275)¹³.

No debemos pasar por alto las críticas que contra el EPPP se han hecho en el sentido de que para en el caso de que ambas hipótesis (la positiva y la negativa) alcancen el mínimo suficiente para tener por acreditada la proposición, en este caso consideramos que el juez se deberá inclinar racionalmente por aquella proposición mas lógica, tomando en consideración no la diferencia entre una y otra, que sería mínima, sino respecto a la totalidad del grado de confirmación alcanzado.

Otro problema lo constituiría el hecho de que ninguna alcanzara el mínimo suficiente para tener por acreditada la proposición. En este caso, consideramos que tomando en cuenta el criterio *pro libertate* al que antes hemos referido, la solución se daría considerando la carga de la prueba de las partes en el procedimiento de ejecución. (TARUFFO, 2005: 300 y ss.)

VI. Conclusiones

De lo antes establecido, llegamos a las siguientes conclusiones:

- 1.- Respecto a si ¿el tratamiento probatorio en la ejecución penal es igual que en el proceso?, podemos establecer que si bien las reglas generales sobre la prueba establecidas en el CNPP y por ende derivadas del proceso son asumidas en la ejecución penal por el principio de supletoriedad, el tratamiento resulta distinto dadas las peculiaridades de la distinción entre dato, medio y prueba establecidas en el CNPP, así como la inversión de la carga de la prueba que implica el traslado de un proceso penal basado en la imputación al de ejecución de un título ejecutivo y en el que las partes se convierten en promoventes.
- 2.- Respecto al efecto y trascendencia que tiene la presunción de inocencia en la ejecución penal, llegamos a concluir que existe una bifurcación en su aplicación en la ejecución penal, dado que encontramos cuestiones de carácter administrativo de sanción, en la que aplica el principio de presunción de inocencia de la misma manera que en el proceso penal, y controversias de carácter judicial en la que dicho principio se tiene que interpretar de manera distinta dada la carga de la prueba, por ejemplo, tratándose de la solicitud de beneficios en la que se le asigna al promovente, que en la mayoría de los casos es la PPL.

¹³ LAUDAN (2013:79) lo expresa como: un mayor apoyo probatorio respecto a una mayor probabilidad de que la hipótesis fáctica sea verdadera.

3.- Por lo que hace a la cuestión planteada de si ¿el estándar probatorio a utilizar en la ejecución penal es el mismo que en el proceso penal?, concluimos que en la ejecución penal el BARD no es aplicable dados los principios e intereses en juego en esta fase o etapa, considerando un EP más bajo que el BARD, decantándonos por el EPPP, en favor de un principio *pro libertate*, como garantía para los ciudadanos derivado del principio de reinserción social.

BIBLIOGRAFIA:

CASTILLO ALVA, JOSE LUIS, 2018: *La confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable como el estándar mas alto de prueba en el proceso penal. A propósito del pleno casorio 1-2017 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, original proporcionado por el autor, inédito .

- 2013: La motivación de la valoración de la prueba en materia penal, Perú, Grijley.

FERRAJOLI, LUIGI, 2001: Derecho y Razón, teoría del garantizo penal, España, Trotta.

FERRER BELTRAN, JORDI, 2005: Prueba y verdad en el derecho, España, Marcial Pons.

- 2007: La valoración Racional de la prueba, España, Marcial Pons.

- 2010: *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Perú, consultado en:

[HTTP://REVISTAS.PUCP.EDU.PE/INDEX.PHP/DERECHOPROCESAL/ARTICLE/VIEW/2393/2341](http://REVISTAS.PUCP.EDU.PE/INDEX.PHP/DERECHOPROCESAL/ARTICLE/VIEW/2393/2341).

GASCÓN, MARINA, 2009: *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, en ORTEGA GOMERO, SANTIAGO, Proceso, Prueba y Estándar, Perú, ARA Editores.

GONZALEZ LAGIER, DANIEL, 2015: *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, España, consultado en: [HTTPS://RUA.UA.ES/DSPACE/HANDLE/10045/46907](https://RUA.UA.ES/DSPACE/HANDLE/10045/46907).

HAACK, SUSAN, 2013: *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica*, en VAZQUEZ, CARMEN, Estándares de prueba y prueba científica, España, Marcial Pons.

LAUDAN, LARRY, 2005: *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, España, consultado en: [HTTP://RUA.UA.ES/DSPACE/HANDLE/10045/10003](http://RUA.UA.ES/DSPACE/HANDLE/10045/10003).

- 2013: Verdad, Error y Proceso Penal, España, Marcial Pons.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, 2012: *¿la admision de la prueba indicaría comporta una reducción del estándar de prueba en el proceso penal?*, en MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *et. al.*, Practica de la prueba en el juicio oral, su valoración y el estándar del “mas allá de toda duda razonable”, Chile, Librotecnia.

REYES SANCHEZ, SINUHÉ, 2015: La sanción administrativa, México, Novum.

TARUFFO, MICHELE, 2005: La prueba de los hechos, España, Trotta.

- 2008: La prueba, España, Marcial Pons

- 2009: Paginas sobre justicia civil, España, Marcial Pons.

VAZQUEZ, CARMEN, 2017: Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica, México, consultado en:

[HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/FILOSOFIA-DERECHO/ARTICLE/VIEW/11077](https://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/FILOSOFIA-DERECHO/ARTICLE/VIEW/11077).

- 2009: *La prueba informática. Algunas consideraciones desde la concepción racional de la prueba*, en ORTEGA GOMERO, SANTIAGO, *Proceso, Prueba y Estándar*, Perú, ARA Editores.