

Análisis legal-epistémico del reconocimiento de identidad, en un proceso penal constitucionalmente orientado al esclarecimiento de los hechos

Alejandro González Gómez*

Sumario: **I.** Un proceso constitucional orientado al esclarecimiento de los hechos **II.** La doble dimensión legal-epistémica del proceso **III.** El reconocimiento de identidad: acto procesal poliédrico **IV.** El reconocimiento de identidad en la tríada ferreiriana **V.** Valoración **VI.** Decisión **VII.** Un caso práctico revisitado **VIII.** Bibliografía **IX.** *Post scriptum* **X.** *Addenda***

Resumen: Este trabajo explora la relación dinámica —legal y epistémica— entre el esclarecimiento de los hechos y el reconocimiento de identidad en sus diversas facetas (acto de investigación, medio de prueba y prueba), su interrelación en los momentos de integración del acervo probatorio (conformación, valoración y decisión); y, muestra, de la mano de un caso práctico de la judicatura estatal mexicana (Michoacán) los usos y abusos de este recurso procesal, tan socorrido en la praxis judicial como cuestionado por la ciencia y doctrina contemporánea. Incluye resultados de investigación empírica documental y encuesta *ad hoc*.

Abstract: This paper explores the dynamic relationship –legal and epistemic– between the clarification of the facts and eyewitness recognition in its various facets (investigative procedures, methods of proof and evidence), as well as their correlation to the process of gathering evidence (structure, worth and resolution). This paper shows, using a case study of the judicial practice from the State of Michoacan (Mexico), how this frequently used procedural resource is used and abused in judicial practice and, in contrast, questioned by contemporary science and legal doctrine. Includes findings of empirical research and survey results.

* Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán (México). Académico correspondiente en Michoacán de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y profesor derecho penal en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (con licencia)

** Esta investigación, elaborada bajo la dirección de la profesora Mercedes Fernández, fue presentada como trabajo final para el máster en razonamiento probatorio ofertado por la Universitat de Girona (convocatoria 2022), ante el tribunal integrado por la doctora Carmen Vázquez (coordinadora del programa), por el doctor Víctor de Paula y la propia doctora Fernández. A este texto, disponible en el repositorio digital de esa casa de estudios (<https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/21619>) y para esta versión, agrego *post scriptum* y *addenda*.

Palabras clave: Esclarecimiento de los hechos, reconocimiento de identidad, sujeto reconociente, acto de investigación, acto de prueba, corroboración

Key words: clarification of facts, eyewitness recognition, eyewitness testimony, investigative act, proof, corroborative

I. UN PROCESO CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADO AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS

Si las consecuencias jurídicas previstas en la norma dependen de la realización de un suceso, es condición necesaria e indispensable que su existencia —hecho bruto— sea esclarecido y probado; por lo general, en un procedimiento previamente establecido y reglado.

Si esto es así, la correcta comprobación de esos hechos condicionantes de las consecuencias jurídicas (FERRER, 2007: 30), debe ser teleológicamente el objetivo esencial de todo procedimiento que para esclarecerlos se establezca. Con este objetivo *in mente*, debe no sólo ser concebido, diseñado y estructurado todo procedimiento que aspire a determinar, de forma racional, no arbitraria y predecible, las consecuencias jurídicas previstas en la norma, sino también y en particular, las normas procesales interpretadas y aplicadas.

El procedimiento constitucional penal mexicano, acusatorio y oral —regido por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediatez— establece en forma expresa, como primero de sus objetivos el esclarecimiento de los hechos (art. 20 A-I)¹.

1. Proceso y verdad (¿cómo se esclarecen los hechos? ¿qué hechos deben ser esclarecidos?)

Los hechos a esclarecer son los que —previstos en la norma como condicionantes de las consecuencias en ellas establecidas— han acontecido en la realidad; y que, luego, constituyen la base de la pretensión (acusación) y se com-prueban en un determinado escenario (juicio), a través de la producción de ciertos elementos (medios) de prueba que, *ad hoc* establecidos, han sido propuestos y admitidos para ese efecto. La reconstrucción del hecho o suceso del pasado² debe corresponder(se) con lo que, en la realidad, verdaderamente ha sucedido. Dejadas atrás o superadas,

¹ Citaré artículos: constitucionales con abreviatura «art.»; del código nacional de procedimientos penales, con número ordinal entre paréntesis.

² Sobre la actividad judicial como reconstrucción de un suceso, único e irrepetible (ideográfico), semejante al del historiador, cfr. GASCÓN, 2010: 105-107. Matizando esta tradicional asimilación, FERRER: 2007: 34.

al menos en la doctrina contemporánea, la distinción ampliamente difundida y por la praxis asimilada, entre una verdad material y otra (menos) verdad formal o jurídica, construida sobre la idea de la imposibilidad de llegar a la certeza absoluta, la búsqueda de la verdad como correspondencia, a través del esclarecimiento-prueba de los hechos en juicio, constituye el objetivo esencial y prioritario del juicio penal. La imposibilidad de alcanzar la certeza absoluta es inherente a todo conocimiento del que no escapa el producido en juicio sobre un hecho del pasado; y si bien, no es posible llegar a una certeza absoluta —100%— sí que es posible racionalmente aproximarse y reconstruir lo sucedido (FERRER, 2007: 92; GASCÓN, 2010: 111).

2. Fines constitucionales del proceso

El esclarecimiento de los hechos, condición, lógica y jurídicamente, indispensable para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma, es soporte y condición necesaria para la materialización de los fines constitucionalmente prioritarios establecidos en la norma fundamental: i) protección del inocente, ii) procurar que el culpable no quede impune y iii) que los daños causados por el delito se reparen (art. 20 A-I).

Estos objetivos, dependen o son tributarios de la correcta reconstrucción que de los hechos se lleve a cabo en un concreto escenario y contexto —juicio previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y seguido ante los tribunales previamente establecidos (art. 14 §2)—. La protección del inocente se garantiza a lo largo del procedimiento a través de los derechos y garantías de la presunción de inocencia (art. 20 B-I) respecto de los hechos imputados. Para que el delito no quede impune, debe probarse en juicio que el supuesto de hecho aconteció y que ese hecho probado es susceptible de atribuirse como propio al imputado y que por él debe responder (con la pena exactamente aplicable al delito de que se trata [art. 14 §3]). Es también presupuesto para la reparación del daño que los hechos constitutivos del delito y la responsabilidad penal del imputado queden en juicio comprobados (art. 20 C-IV).

La solución del conflicto que subyace en el delito es objetivo inmanente que el procedimiento penal debe procurar (art. 17 §§3 y 5). En todo caso, los fines y valores constitucionales que a través del procedimiento penal se procuran alcanzar y proteger, están estrechamente ligados y dependen de la correcta determinación de los hechos, de su reconstrucción y correspondencia con la realidad.

3. Límites institucionales

De los fines constitucionales del proceso emanan importantes limitaciones —cuando no obstáculos— para el objetivo principal y prioritario del esclarecimiento

de los hechos. Estos límites institucionales buscan proteger otros valores, considerados por igual en una sociedad constitucional democrática dignos de protección, tales como la integridad y dignidad de la persona sometida a proceso, la celeridad-limitación temporal del proceso, derechos y garantías de los procesados, así como de las víctimas directas e indirectas. Esto es, así como la persecución del delito no es una facultad ilimitada del Estado y de sus órganos, tampoco puede buscarse el esclarecimiento de los hechos sin límite alguno, sea temporal o sustancial. La verdad no puede obtenerse, como tampoco procurarse, a toda costa y sin límite alguno, salvo que —como épocas pretéritas ya superadas— la noción misma del Estado de derecho constitucional y democrático sea abolida y, de nuevo, todo valga en aras de la obtención de la verdad, incluyendo tortura y suplicio del cuerpo.

Sin perjuicio de que, en una sociedad democrática constitucional, los intereses y valores que deben procurarse y salvaguardarse en el proceso penal son múltiples, variados y, en no pocas ocasiones, esencialmente encontrados y en pugna dialéctica; la búsqueda de la verdad a través del esclarecimiento de los hechos es un presupuesto irrenunciable en la perenne tarea, que arranca en 1215 en Runnymede³, de construir un espacio en el que sea susceptible de reconstruirse, racionalmente y con todas las garantías para el imputado, el hecho que, en su caso, determina y condiciona la aplicación de las consecuencias jurídicas (sanciones) previstas en la norma: *nullum crimen, nulla poena, sine lege, nullum iudicium sine accusatione, probatione et veritas*⁴.

Con los hechos, de nuevo, en el epicentro del proceso, la tradición racionalista, cognitivista o racional de valoración de la prueba, es el método que teóricamente resulta conveniente y de *lege lata* prescrito —como más adelante pretendo demostrar— para lograr o, mejor dicho, aproximarse a la reconstrucción (verdad) de los (enunciados sobre los) hechos.

4. Valoración racional como condición necesaria para el esclarecimiento de los hechos

Una valoración racional de la prueba, intersubjetivamente controlable, requiere como condiciones necesarias para su establecimiento o desarrollo: a) un sistema de libre valoración de la prueba, b) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como medio de valoración de la prueba, c) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación, c) una fuerte exigencia de motivación

³ El proceso, inacabado, de búsqueda-construcción del juicio justo (*fair trial*) con todas las garantías suele asociarse a la suscripción, en 1215, de la Carta Magna, piedra fundacional de las nociones (básicas) de todo procedimiento: imperio de la ley y debido proceso legal. Cfr. WERMIEL, 2014: 118, 121 ss.

⁴ Tomo, del decálogo de FERRAJOLI (1989: 93), los 5 primeros axiomas y agrego, como finalidad del proceso, el último.

de la decisión sobre los hechos y d) la defensa de un sistema de recursos amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores (FERRER, 2007: 64); y, como presupuesto o condición previa, la adopción de la verdad como correspondencia (TARUFFO, 2008: 28, GASCÓN, 2010: 49).

5. ¿Reúne el sistema acusatorio mexicano las condiciones necesarias para la valoración racional de la prueba?

El juicio constitucional penal mexicano adopta y reúne estas características: el binomio intermediación-valoración libre y lógica de las pruebas son principios constitucionales rectores del proceso penal (art. 20 A-II) y cuentan con amplio desarrollo en la norma secundaria. El alcance-delimitación de la intermediación y ampliación del sistema de recursos, *ab initio* ampliamente discutido y generador de controversia, quedó finalmente saldado con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del art. 468-II, precisó que la revisión en apelación abarca tanto la *quaestio facti* como la *quaestio iuris*⁵. Desde su diseño original, la norma procesal posibilita la amplia revisión de la decisión de primer grado tratándose de vulneración (para repararlos) de derechos fundamentales (461). La exigencia de motivación de toda decisión/acto de autoridad, de amplia tradición y raigambre en el constitucionalismo mexicano (art. 16), ha sido extendida, de forma clara y detallada, a la determinación y fijación de los hechos (359, 402 §2, 403-VIII).

II. LA DOBLE DIMENSIÓN LEGAL-EPISTÉMICA DEL PROCESO

El objeto esencial y prioritario del proceso penal —esclarecimiento de los hechos— constituye un poderoso instrumento, teórico-normativo, para el análisis del proceso penal en su conjunto y, en particular, de las reglas probatorias establecidas para lograr este objetivo. Así, teniendo como punto de partida este principio-finalidad (esclarecimiento de los hechos) puede analizarse, en clave teleológica-instrumental, la racionalidad de las instituciones, principios y reglas procesales de modo tal que, una vez pasadas por este filtro, pueda establecerse si son o no funcionales, compatibles o no, con esta finalidad. Una regla será funcional y racional si es compatible con esta finalidad-objeto del proceso; y, por el contrario, será irracional si resulta incompatible con el mismo (FERRER, 2007: 67).

Las normas y reglas procesales deberían estar diseñadas y orientadas teleológicamente a contribuir/facilitar el objeto del proceso (esclarecimiento de la verdad

⁵ Cfr. SSCJN 77/2019, de 14 de agosto: «...para sostener que un recurso es efectivo es necesario que el órgano jurisdiccional revisor tenga atribuciones para analizar tanto cuestiones jurídicas como fácticas y probatorias (§114)». Tesis 1a. CVI/2019 (10a.) 2021130.

de los hechos); sin embargo, de los diversos objetivos y valores que legítimamente también persigue o busca alcanzar el proceso penal, emanan normas que no sólo no favorecen, sino que constituyen serios obstáculos para alcanzar este objetivo-finalidad. Así, según favorezcan el esclarecimiento de la verdad, las reglas pueden ser clasificadas como epistemológicas y, si constituyen un obstáculo para ello, como contraepistemológicas (GASCÓN, 2010: 118).

A partir de esta distinción es posible concebir, para el análisis e interpretación de las reglas procesales y, en particular, de las probatorias que el proceso discurre en dos planos: uno estrictamente legal y otro, que corre en paralelo, epistémico. El primero, catalizador del *due process of law*, determinaría el marco para el cumplimiento de las normas previamente establecidas para el desarrollo del juicio; y, el segundo, si una regla concreta contribuye o no al esclarecimiento de la verdad de los hechos. Así como la interpretación de las normas, en un modelo acusatorio, debe tener en cuenta el constante y permanente conflicto dialéctico entre el interés legítimo del estado perseguir el delito (eficacia) versus derechos y libertades (garantías) del ciudadano⁶, es posible también aproximarse a las reglas procesales, teniendo en cuenta la doble dimensión del proceso, legal y epistémica (TARUFFO, 2010: 155 ss), para determinar el alcance y contenido de cada institución o regla particular. Así, reglas, instituciones y actuaciones procesales pueden ser examinadas con esta doble perspectiva: desde la legalidad y desde su dimensión epistémica⁷: *favor veritas* o *contra veritas*. Por ejemplo, la incorporación por lectura de una declaración previa de testigo fallecido, puede verse e interpretarse desde la legalidad y conformidad de la norma que establece la excepción (386-I); y, al mismo tiempo, desde el plano epistémico, como una regla que limita, por la baja calidad de la información así incorporada, el objetivo de esclarecimiento de la verdad de los hechos.

El análisis subsecuente, busca exponer/mostrar la capacidad de rendimiento de esta aproximación de interpretación en clave legal-epistémica de reglas y actuaciones procesales relacionadas al reconocimiento de identidad.

III. EL RECONOCIMIENTO DE IDENTIDAD: ACTO PROCESAL POLIÉDRICO

Aun cuando la fiabilidad del reconocimiento ha sido puesto en tela de juicio o —directamente— en el banquillo de los acusados por la psicología del testimonio⁸,

⁶ Al respecto, cfr. BINDER, 2013: 102.

⁷ ANDRÉS, 2015: 231, asocia estas dos dimensiones al principio de presunción de inocencia como regla de juicio que, complementándose, ordenan el proceso hacia «la obtención de la verdad de suficiente calidad inductiva como para entender que la afirmación final sobre los hechos, nuclear de la sentencia, goza de certeza práctica».

⁸ Cfr., DIGES, M. y PÉREZ-MATA, N (2014: 33-34).

por la reconfiguración del concepto de memoria⁹ y evidenciado que es la principal fuente de errores judiciales —falsos positivos— a partir de la reconsideración de casos juzgados con prueba de ADN¹⁰, la praxis parece aún guiarse y conformarse, en uno y otro lado del Atlántico, por la famosa frase del juez Brennan: «there is almost nothing more convincing than a live human being who takes the stand, points a finger at the defendant, and says “That’s the one!”»¹¹.

Realizado el *match*, generalmente en las etapas iniciales del procedimiento, no es extraño que —materialmente— se cierre la investigación y acuda a los tribunales. Más aún, la fe ciega depositada en un reconocimiento positivo es tal que, elevado o llevado al juicio, suele tener un peso probatorio definitorio, casi concluyente, para emitir sentencia condenatoria (MIRANDA, 2014: 137,145). La importancia que, en la práctica, tiene (aun) el reconocimiento de identidad, aconseja una mirada detenida, desde los planos o prismas legal-epistémico de esta compleja actuación procesal que tiene varias facetas o rostros que, si bien parecidos, conviene separar y delimitar para evitar confusiones o, si se prefiere, desambiguarlas.

1. Acto de investigación

El reconocimiento es una actuación o diligencia que, por lo general, se lleva a cabo en las etapas iniciales de una investigación para identificar a un sospechoso. Tiene un carácter esencialmente indagatorio y preliminar (NIEVA, 2014: 25), al que se asocia, como fin inmediato, encauzar una investigación en curso frente a una determinada persona; y, como mediato, presentarla —con evidencias adicionales— ante un juez para lograr el encausamiento, sujeción o vinculación a proceso. La identificación presupone que el hecho investigado fue presenciado por uno o más testigos oculares (277 §5) *eyewitness* que, por lo común, suelen ser el sujeto pasivo o víctima quien, *ex post* al mismo, bien ante la policía, ministerio público o fiscalía, reconoce en una serie de fotografías o entre un grupo de personas que sucesivamente le son mostrados, a un sujeto como autor del hecho.

Formalmente, el reconocimiento, por fotografía y en rueda, forma parte de los actos de investigación que, por su frecuencia e importancia, están regulados en la legislación nacional y encuentran alojamiento, precisamente, como tales, como *actos de investigación*, en el título V «actos de investigación», nominalmente identificados como «procedimiento para reconocer personas» (277) e «identificación

⁹ Vid, How Elizabeth Loftus Changed the Meaning of Memory | The New Yorker: 14/03/2022.

¹⁰ Innocent Project ha situado —invariablemente— a los reconocimientos erróneos como la principal causa de condenas falsas, presente en 63% de los 237 casos, a diciembre de 2021, revertidos. Explore the Numbers: Innocence Project’s Cases and Impact: 17/03/202.

¹¹ Watkins v. Sowders: 449 US 341 (1981): Justia US Supreme Court Center: 14/03/2022.

por fotografía» (278). A diferencia de otros actos de investigación, expresamente regulados y potencialmente lesivos de derechos fundamentales (252), no precisan para su realización de previa autorización judicial, como tampoco de su presencia (inmediación). Ambos procedimientos son, formal y materialmente, *actos de investigación*.

En el plano de la legalidad del reconocimiento de identidad (277) destaca, como condición de validez constitucional, la presencia-asistencia del defensor (MIRANDA, 2014: 141) y las reglas procedimentales, que garantizan la regularidad formal del procedimiento: i) limitación de los participantes o asistencia restringida (administrador rueda, testigo ocular/sujeto reconociente, defensor y distractores o cebos), ii) registro de la actuación, incluyendo los nombres de la autoridad a cargo, del testigo ocular y de los participantes en la fila y iii) asistencia ampliada, en delitos especiales y para personas vulnerables: peritos y representante del menor.

Como condiciones para garantizar la regularidad cognitiva (epistémica), fiabilidad e imparcialidad de procedimiento y minimizar posibilidades de inducción o sugestivas (MIRANDA, 2014: 131), incluidas por la norma: i) realización con la mayor reserva posible (cámara de gesell), ii) administrador de la rueda imparcial (doble ciego), iii) presentación del imputado en conjunto con distractores con características físicas similares y iv) práctica secuencial de filas de identificación.

2. Medio de prueba

Medio de prueba, en sentido amplio, es todo instrumento que aporta información o datos para conocer o descubrir los hechos (relevantes) del proceso (GASCÓN, 2010: 77). De los medios de prueba, nominados o típicos, previstos en el ordenamiento nacional, el testimonio (360) del *eyewitness* y sujeto reconociente es el medio idóneo para informar sobre el suceso mismo (variables del evento), como sobre la concreta forma y dinámica que *ex post* identificó al sospechoso (variables del sistema). Las condiciones en que el reconocimiento se llevó a cabo son, también, en principio, susceptibles de ser informadas, bien a través del testimonio del administrador de la rueda o, mejor aún, a través de un dictamen pericial de un experto en psicología del testimonio.

La legislación nacional tipifica los medios de prueba como «toda fuente de información que permite reconstruir los hechos (relevantes del caso), respetando las formalidades (legalidad) previstas para cada uno de ellos (261 § 2º)». El ordenamiento nacional utiliza, como sinónimo, medio de prueba, la noción de «elemento de prueba» que, en otros contextos, —por igual y en ocasiones— es utilizada para referirse a los indicios [enunciados o hechos probatorios (GASCÓN, 2010: 87)].

3. Prueba

El reconocimiento, como prueba —a secas¹²— es resultado de la actividad probatoria o procedimiento que arroja el medio de prueba, testimonio del sujeto reconociente, sobre un hecho a probar específico: identificación del imputado, que puede ser positivo o negativo.

Se denomina, formalmente, prueba a «todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación» (261 §2º)^{13α}.

4. Interludio uno: acto de investigación y acto de prueba

Una ulterior precisión, relevante para los efectos de este trabajo y no siempre (bien) considerada en la praxis, es la distinción entre *actos de investigación* y *actos de prueba*. El proceso penal se desenvuelve *lato sensu* en dos grandes etapas, desarrolladas a través de actos específicos y propios de cada una de ellas: i) preparación del juicio y ii) juicio. En la preparación del juicio se llevan a cabo actos de investigación y durante el juicio, actos de prueba.

Los actos de investigación del delito tienen como objetivo, normativa y teleológicamente, indagar y recopilar la información necesaria (indicios) para el esclarecimiento de un hecho presumiblemente delictivo e identificación del autor (212, 213)^{14β}, vincularlo a una investigación formalizada ante el juez de control que, de

¹² Tomo expresión, elocuente y concisa de GASCÓN, 2010: 86.

¹³ ^α Este precepto, pocas veces referido o invocado en la práctica, tiene un doble y rico contenido epistémico-legal, tan estrecho y ligado entre sí que no resulta fácil separarlos o distinguirlos: «todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho (relevante) que ingresado al proceso como medio de prueba (relevante y legalmente admitido) en una audiencia (pública) y desahogado bajo los principios de inmediación y contradicción (formalidades), sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio (válido y lícito) para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos (a esclarecer y) materia de la acusación».

¹⁴ ^β El «acto de investigación», no definido como tal en la norma pese a la extensa y pormenorizada regulación, que de ellos realiza, puede ser conceptualizado, con base en el objetivo de la investigación (formal [213]), como todo acto o actuación (217) que el ministerio público, por sí o a través de la policía bajo su conducción y mando (art. 21 C), llevan a cabo —durante la investigación— para reunir indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño. Otro tanto sucede, con la noción «acto de prueba», tampoco definido en el ordenamiento procesal, que estaría delimitados, espaciotemporalmente, como la serie o conjunto de actividades que en juicio y para la producción de la prueba en juicio llevan a cabo, principalmente, las partes y, también, el tribunal de enjuiciamiento.

concluir con una acusación formal, dará pauta a la proposición y admisión de elementos de prueba que —aceptados— habrán de producirse en la etapa estelar del proceso: el juicio, instancia constitucional *ad hoc* diseñada para, con base en los actos (de prueba) que en ese escenario se produzcan, esclarecer —probándolos— los hechos (enunciados) de la acusación y determinar si son —o no— constitutivos de delito y si el acusado debe o no responder por ellos.

«El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva y tiene como finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura del proceso y juicio oral y, para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentarán básicamente en el juicio oral»¹⁵.

Esta dicotomía y distinción es, en un sistema acusatorio, esencial, puesto que para los efectos de sentencia sólo pueden ser tomadas en cuenta las pruebas que hayan sido desahogadas con todas las garantías y conforme a los principios de intermediación, publicidad y contradicción en la audiencia de juicio (art. 20 A-III). Por excepción y, en los casos expresamente consignados en la ley, es posible admitir en juicio la prueba anticipada producida, por igual con todas las garantías, cuando el medio de prueba requiera por su naturaleza un desahogo previo (304).

Resumiendo: i) los actos de investigación tienen por objetivo recabar, durante la investigación *lato sensu*, indicios para formular la imputación y acusación. Los actos de prueba son los que las partes y el tribunal de enjuiciamiento llevan a cabo, en la audiencia de juicio, para la producción de la prueba. Unos y otros, en forma nítida separados teleológicamente, tienen claramente definido el espacio y tiempo en que deben llevarse a cabo: los primeros, desde el inicio de la investigación desformalizada o primaria y hasta el cierre de la investigación complementaria; los segundos, anunciados en el auto de apertura, se desarrollan durante la audiencia de debate del juicio oral, luego del alegato de apertura y antes del clausura, ii) los actos de investigación no son, en suma, prueba y iii) la instancia, el escenario para la *producción* de la prueba es el juicio y, salvo las excepciones previstas en la norma, ninguna actuación llevada a cabo allende sus fronteras puede llegar a ser prueba.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE IDENTIDAD EN LA TRÍADA FERRERIANA

FERRER (2007: 41-52) ha propuesto, para comprender y asimilar el iter seguido por la información necesaria para la toma de la decisión judicial, la distinción-

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 881.1-2005-PHC/TC. Lima; caso Charles Tei Fleming. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2013: 337.

separación de tres momentos fundamentales, lógicamente distintos y sucesivos, pero estrechamente (en especial en la praxis) vinculados entre sí: i) conformación del conjunto de elementos de juicio o prueba, ii) la valoración de los elementos de juicio o pruebas y iii) adopción de la decisión sobre los hechos probados.

En el primer momento, el de la conformación, se llevan a cabo las actividades indispensables (proposición, admisión y desahogo de los medios de prueba) para integrar el conjunto de elementos de juicio, necesarios y disponibles, para el esclarecimiento de los hechos.

En el segundo momento, que presupone la previa conformación del conjunto de los elementos de juicio y un sistema de libre valoración de la prueba, es el momento de la racionalidad, de la valoración de la información producida (en juicio) para determinar el apoyo empírico que esos elementos de juicio aportan, en lo individual y en conjunto, a las diversas hipótesis fácticas para esclarecimiento-reconstrucción-fijación-de los hechos. Este momento, estelar para la racionalidad y ajeno a especificidades jurídicas, corresponde, en términos jurídicos, a la valoración (del conjunto) de los elementos de juicio (desahogados/producidos en la audiencia de debate) conforme las reglas de la sana crítica y la lógica.

El tercer momento, la toma de decisión sobre los hechos que habrán de declararse probados tomará en cuenta el grado de corroboración arrojado por la valoración (previa) a las hipótesis en conflicto, seleccionado la que cuente con el mayor grado de confirmación y sobre la base del estándar de prueba aplicable al caso concreto (FERRER, 2007:46).

1. Interludio dos: una especificidad constitucional para la conformación del conjunto de elementos a valorar

El art. 20 A-III de la ley fundamental tiene un doble contenido: por una parte, delimita el conjunto de elementos a valorar a aquellos que, habiendo sido propuestos y admitidos (como medios de prueba), son efectivamente producidos y desahogados (bajo los principios de intermediación y contradicción) en la audiencia de juicio; y, al mismo tiempo, restringe o delimita como prueba, como resultado, a todo (únicamente al) conocimiento que (adquirido en esa audiencia y emanado del desahogo) sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta (verdadera) sobre los hechos materia de la acusación. Esto es, dicho de otra forma, no hay conocimiento-elemento de juicio válido (prueba), para efectos de la [decisión jurídica] sentencia que el producido/obtenido en la audiencia de juicio y emanado —exclusivamente— del subconjunto del conjunto formado por la totalidad de medios de prueba disponibles (FERRER, 2007, 42) que, incorporados y producidos en juicio llevan/sirven al tribunal para arribar a una conclusión cierta sobre —para reconstruir— los hechos materia de la acusación: *quid non est in iudicio non est in mundo*.

En resumen: el principio de exclusividad –para efectos de sentencia– de la prueba en juicio producida delimita y define: i) el conjunto de elementos (medios prueba/evidence) que podrán y deberán ser tomados en consideración para la decisión judicial y ii) el universo cognitivo disponible (conocimiento-elementos de juicio) válido (prueba/proof)¹⁶ para reconstruir la certeza (verdad) de los hechos materia de la acusación. Proscribe *a contrario* i) la consideración como elemento de juicio de toda (cualquier) información producida allende las fronteras de la audiencia de juicio, salvo excepciones expresas en la ley y ii) la exclusión, para la toma de la decisión judicial (sentencia) de todo conocimiento que, propuesto y admitido, sea producido (desahogado) en juicio al margen de las reglas de incorporación y producción (inmediación, contradicción y publicidad) previstas en la ley.

2. La relevancia

En el primer momento, el de la conformación del conjunto de los elementos de juicio, el medio de prueba transita y debe superar para ingresar a la audiencia de juicio, dos filtros: relevancia y admisión. La primera aduana discurre, en exclusiva, en el plano epistémico: toda prueba relevante debe, en principio y conforme al principio de máxima inclusión —a mayor riqueza del conjunto de elementos de juicio mayor posibilidad de acierto en la decisión (FERRER, 2007: 68, FERNÁNDEZ, 2017: 8)— ser incorporada al proceso. Es relevante todo medio de prueba (*evidence*) que hace más o menos probable que un hecho (enunciado) de la acusación haya ocurrido¹⁷. Dada la conexión lógica que debe existir entre medios de prueba y los hechos del proceso, un elemento de juicio es relevante, si y solo si, permite fundar o sustentar una conclusión (cierta) sobre la verdad de un enunciado fáctico a probar (TARUFFO, 2008: 38; FERRER, 2007: 71).

Los componentes esenciales, epistémicos, de la relevancia pueden identificarse (o interpretarse) en la fórmula general para la admisibilidad de la prueba (libertad probatoria: 356), que acoge o refleja el principio de mayor inclusión, al establecer «todos los hechos y circunstancias aportados para la adecuada solución (esclarecimiento) del caso sometido a juicio podrán ser probados por cualquier medio [de prueba] pertinente (relevante)». La conexión, conceptual y lógica que debe existir entre el medio de prueba (relevante) con los hechos del proceso es más clara en la regla que establece o denomina *prueba* a «todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho [] que sirve como elemento de juicio para llegar (fundar) a una conclusión

¹⁶ Sobre la utilidad de la dicotomía *evidence/proof* para calificar y distinguir medio de prueba/prueba, cfr. TARUFFO, 2008: 31 y ss.

¹⁷ Regla 401 *Federal rules of evidence*: Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.

cierta sobre (la verdad de) los hechos (enunciados) materia de la acusación» (261). Esta conexión, lógica-jurídica, que debe existir entre el medio de prueba y los hechos a probar queda, también, de manifiesto en la regla general excluyente de «todo medio de prueba que no se refiera directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos» (346)¹⁸.

Si bien en estos preceptos pueden identificarse componentes epistémicos, su alcance está acotado o limitado por reglas (especificidad) jurídicas, contenidas en los mismos artículos que las habilitan: el medio de prueba no solo deber ser relevante (pertinente), sino además, introducido al juicio de conformidad con las reglas establecidas en el propio ordenamiento (356); y, su resultado, será prueba si y, solo si, producido (desahogado) en juicio bajo los principios de inmediación y contradicción, aporta conocimiento o elemento(s) de juicio para fundar una conclusión cierta sobre (la verdad de) los hechos materia de la acusación (261).

En este plano, epistémico, el testimonio (medio de prueba) del sujeto reconociente o testigo ocular es por demás relevante, puesto que, por una parte, es previsible que aportará información útil sobre la probabilidad de que el suceso haya ocurrido y/o que el acusado haya participado en él; y, por otra parte —eventualmente— podría sustentar, por sí o con otros elementos de juicio, una conclusión cierta acerca de la verdad de un hecho (enunciado) de la acusación.

Acorde con la tradición jurídica procesal, la legislación nacional utiliza, en lugar de relevancia, el término pertinencia. Resulta conveniente o, aquí sí que pertinente —en el sentido literal del término— distinguir y, de *lege ferenda* sería deseable, acoger, desde el primer nivel o para la conformación del conjunto de los elementos de juicio, el concepto epistémico de relevancia. Ello, no sólo porque el primer filtro es, claramente, epistémico y no sujeto, en este nivel, a limitaciones jurídicas, sino porque la claridad y separación conceptual —relevancia versus pertinencia—, contribuiría en la praxis a precisar, fijar, de la mano del primero, que el objeto del proceso y, en particular, de la actividad probatoria es, ni más pero tampoco menos, que probar los hechos (enunciados) de la acusación a través de medios de prueba que, por su conexión lógica con aquéllos, son útiles para fundar una conclusión acerca de la certeza o verdad de los mismos; y, por otra, ayudaría a clarificar la función del juez y de las partes en la audiencia intermedia en la que, en no pocas ocasiones, el debate sobre la relevancia y la decisión, ejercicio *hipotético* y *ex ante* (FERRER, 2007: 69; TARUFFO, 2008: 39) del juez de control sobre la viabilidad o utilidad del medio de prueba propuesto para hacer más o menos probable un hecho controvertido, se desplaza por las partes y asume por el *goalkeeper*¹⁹ a la «pertinencia» del interrogatorio

¹⁸ También manifiesta en la regla de exclusión de todo medio de prueba impertinente (no relevante) por no referirse a los hechos controvertidos [346 I b)].

¹⁹ La expresión, plástica para la función excluyente del juez de control —atajar pruebas no relevantes— es de LAUDAN, 2013: 178.

que formularán. Esto es, se confunde y funde en el debate, la relevancia del medio de prueba con la pertinencia de las preguntas que en su recepción habrán de formular las partes. De esta forma, cada una de las partes suele alegar en función de las preguntas que, al desahogar el medio que ha propuesto formulará, «su» pertinencia y no respecto del medio de prueba en sí.

3. La admisibilidad

El segundo filtro o nivel que todo medio de prueba debe superar, para integrarse y conformar el conjunto de los elementos de juicio, es la admisibilidad jurídica (FERRER, 2007: 77). Compuesta por una serie o conjunto de reglas que excepcionan, de cara a la protección de (otros) valores concurrentes que el proceso (también) persigue, la regla general (epistémica) que determina la inclusión de toda prueba relevante, conforma y delimita, finalmente, el conjunto de elementos de juicio que habrán, primero, de producirse (desahogarse) en la audiencia de juicio y, luego, valorarse para la toma de la decisión.

Dentro de estas limitaciones destacan, por su importancia y trascendencia, las que protegen derechos fundamentales *lato sensu* —excluyendo las que se obtiene con su vulneración— y restricciones impuestas por la temporalidad en que el juicio debe desarrollarse. También es posible identificar, en este segmento o nivel, una serie de reglas jurídicas que tienen por objeto la protección del debido proceso (imparcialidad y regularidad [cláusula residual de exclusión 346-IV]), en general y, en particular, de la audiencia de juicio misma (imparcialidad, regularidad y eficiencia del proceso), espacio en el que se discuten las cuestiones esenciales del proceso, a través de la depuración y selección de la información que habiéndose producido al amparo de los principios de publicidad, intermediación y contradicción, será valorada —controlando su fiabilidad— para dictar sentencia.

Las limitaciones temporales vienen impuestas o preconfiguradas —*ad extra*— por el texto constitucional que establece, dependiendo del delito imputado, un plazo máximo en que el imputado deberá ser juzgado (20 B-VII)²⁰ y, *ad intra*, por el espacio temporalmente delimitado y *ad hoc* diseñado para la preparación del juicio que tiene, precisamente, como objeto formal «el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio» (334).

Esta etapa, de preparación del juicio, que formalmente inicia con la acusación y concluye con el auto de apertura a juicio, está compuesta por dos fases, una escrita y otra oral; y, para los efectos que aquí interesan —admisibilidad de los medios

²⁰ Antes de 4 meses (pena <2 años de prisión) y de 1 año (pena >2 años prisión), salvo que el imputado solicite mayor plazo para su defensa.

de prueba— puede concebirse o visualizarse como una serie de filtros sucesivos o, gráficamente como un embudo compuesto, principalmente —pero no tan sólo— por reglas jurídicas que determinan —so pena de exclusión— la forma, plazos y oportunidad en que los medios de prueba materiales deben ser descubiertos y propuestos (ofertados). Conforman estos círculos concéntricos que, sucesivamente van estrechándose: el descubrimiento probatorio, el ofrecimiento o proposición *lato sensu* de medios de prueba y elementos materiales probatorios, el debate (preliminar y definitivo) y la decisión final sobre exclusión de la audiencia de debate de toda prueba no relevante y admisión para su producción/desahogo en juicio de los que, en la actuación final judicial de esta etapa, sean incluidos o listados en el auto de apertura a juicio.

Los plazos procesales y formalidades juegan, en esta etapa, un papel no menor y operan en su conjunto a modo de regla de exclusión jurídica particular (FERRER, 2007: 42) que determinan, en última instancia, bien la pérdida del derecho (preclusión) para proponer u ofertar medios de prueba o bien su rechazo (inadmisión). Así, no realizar su descubrimiento, el incumplimiento en la forma prevista para proponer medios de prueba (por escrito) o la realización fuera de los plazos expresamente previstos en la norma para llevar a cabo los actos preparatorios e indispensables para realización de la audiencia intermedia (descubrimiento y proposición de los medios de prueba), son supuestos o causales (jurídicas) que, al final del *day in court*, limitan —excluyendo el medio de prueba propuesto o a través de la pérdida del derecho para hacerlo— la conformación del conjunto de elementos de juicio para toma de la decisión.

Si bien del objeto, formal y declarado, de la etapa intermedia podría deducirse que es el espacio o, mejor dicho, el momento de las reglas jurídicas, de las formalidades y plazos, que determinan la admisibilidad —o no— de las pruebas que las partes pretenden producir en la audiencia de juicio (plano de la legalidad); una aproximación o relectura, que parta y tenga en cuenta el fin constitucional del proceso (esclarecimiento de los hechos), permite concluir que cuenta con un diseño procesal e interpretación *pro veritas* y advertir una clara orientación o contenido epistémico en y para preparación del juicio. En efecto, sin desconocer el importante papel que las reglas de admisibilidad (jurídicas) desempeñan en esta etapa y para la conformación del conjunto de los elementos de juicio, la estructura de la audiencia favorece, por una parte, el principio de la mayor inclusión pre-admitiendo (todos) los medios que las partes, previamente hayan descubierto y por escrito propuesto; y, que el objeto del debate y, con ello, de toda la etapa intermedia es —como expresamente consigna y reconoce la norma— la preparación del juicio a través de la exclusión de la audiencia de debate de todo medio de prueba o material probatorio no relevante.

El objeto de la audiencia intermedia, desde esta óptica, sería la preparación de la audiencia de debate a través de la selección, por exclusión, de medios de prueba relevantes. Esto es, el principio de máxima inclusión, en su versión inversa o negati-

va, rige la preparación y selección de los medios de prueba que habrán de producirse en juicio y que, eventualmente, conformarán el conjunto de los elementos de juicio disponiendo la exclusión de toda prueba no relevante. Así, en forma expresa lo consigna la norma (346), al establecer el mandato de «exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate» que dispone/prescribe que el juez de control «ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos [todos los] medios de prueba que [propuestos por las partes] no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos»; y, por exclusión, deberá únicamente admitir para desahogo en la audiencia de juicio los medios de prueba que sean relevantes (pertinentes) y, por ello, sean incluidos en el auto de apertura a juicio (347).

El principio general de inclusión de toda prueba relevante tiene restricciones o limitaciones jurídicas que proscriben la admisión de un medio de prueba, así sea relevante, si: i) fue obtenido con violación de derechos fundamentales, ii) fue declarado nulo o iii) por contravenir las disposiciones señaladas en el código para su desahogo (347 II, III y IV).

Refuerza, el carácter epistémico de la preparación del juicio a través de la selección del mayor número posible de medios de prueba relevantes y la exclusión de todo medio prueba irrelevante —binomio normativo inclusivo-excluyente *pro veritas*²¹— la exclusión epistémicamente fundada de medios de prueba por: i) sobreabundancia, ii) impertinentes y iii) innecesarios (347 I, II y III).

Los acuerdos probatorios, celebrados entre el ministerio público y el acusado para aceptar como probado alguno de los hechos o circunstancias —que haya sido autorizado por el juez sobre la base de la existencia de un antecedente de investigación que «acredite» el hecho y sin oposición fundada de la víctima— son, en última instancia, una forma de exclusión —consensuada entre las partes²²— no solo del medio de prueba relevante necesario para probarlo, sino del hecho mismo del *thema probandum* y transforma, pacífica, en uno no controvertido que, como tal, no precisa prueba y, en su caso, excluible el medio de prueba que pretendiera en juicio probarlo [346, I c)].

En este nivel, el testimonio del sujeto reconociente, ordinariamente, será propuesto (ofertado), en el escrito de acusación por el ministerio público, debiendo identificarlo con nombre y apellido, domicilio y modo de localizarlo; así como indicando los puntos sobre los que versará el interrogatorio correspondiente. Superando

²¹ Conformado por la conjunción/interpretación conjunta de los arts. 356 (libertad probatoria inclusiva de todo medio de prueba relevante) y 347 (exclusión de [todo] medio de prueba [no relevante] para la audiencia del debate).

²² «Verdad negociada» que termina, contraepistémicamente, constriñendo al *trier of fact* a aceptar, como si fuese verdadero, el (enunciado) hecho materia del acuerdo probatorio, con independencia de que haya –o no– ocurrido en la realidad (TARUFFO, 2010: 149).

las formalidades (descubrimiento) y habiendo sido ofertado, en tiempo y forma (por escrito), el testimonio del sujeto reconociente, que pasó el primer filtro, será ordinariamente admitido e incluido en el auto de apertura.

No obstante, el testimonio podría excluirse en el supuesto de que, en el debate, se ponga de manifiesto que el medio de prueba fue obtenido con violación de derechos fundamentales del imputado, si hubiese sido declarado nulo o contravenga las disposiciones señaladas o previstas para su desahogo (causales de exclusión o inadmisión jurídica).

Por igual, podrían plantearse —de cara a la exclusión del testimonio del sujeto reconociente— cuestiones de sobreabundancia, bien porque son ofertados varios medios de prueba de un mismo tipo (i.e. testimonios de diversos sujetos reconocientes) o distintos medios de prueba (i.e. periciales y testimonios) para acreditar el mismo hecho: la identidad del imputado.

En el primer caso, todos y cada uno de los testimonios de los testigos oculares son relevantes y, en principio, admisibles. La información que proporcionen resulta, *ex ante*, útil para probar un mismo enunciado fáctico sobre el mismo suceso (variables del evento) que afirman presenciaron y, eventualmente, incrementar la fiabilidad del testimonio original o primigenio (usualmente de la víctima) a través del aumento de la fiabilidad que la corroboración sucesiva aporta; pero tan sólo sobre el suceso mismo, mas no del reconocimiento en sí, dado que éste depende de las condiciones personales y capacidades sensoriales de cada sujeto reconociente y del procedimiento, particular y exclusivo, en que se llevó a cabo el reconocimiento, que es un acto personalísimo e irrepetible (MIRANDA, 2014: 142). El reconocimiento, en sí mismo, no es susceptible de corroboración a través de otros testimonios del mismo tipo. Dado que no es posible separar o escindir la percepción del suceso del reconocimiento que, *ex post* se lleva a cabo, habría que decantarse por la admisión de todos los testimonios de los sujetos reconocientes; salvo que por su elevado número fuese previsible que el manejo de la información sobre el suceso (peligro de desborde), aconsejara una reducción (FERRER, 2007: 76), propuesta por el juez de control a la parte oferente.

En el segundo supuesto, diversos medios de prueba que tienen como objetivo probar la identidad y participación del imputado, tales como pruebas (científicas) múltiples de ADN positivas del imputado que, literal permitieran reconstruir el iter criminis en su conjunto (i.e. en el lugar del hecho, vehículos utilizados, sitio de inhumación del cadáver de la víctima, en ropa y cuerpo mismo de la víctima, de ésta en el cuerpo del imputado, etc.), testimonios expertos sobre huellas digitales positivas en armas utilizadas, sobre geolocalización del imputado durante y después del hecho, reconocimientos de voz y faciales digitales, grabaciones de cámaras de seguridad públicas y privadas, así como testimonios de múltiples testigos oculares de varios segmentos o momentos del hecho, etc. En un escenario probatorio así, tan positivo como poco probable —al menos en la praxis nacional— la posibilidad de confirma-

ción de la hipótesis, general y particular (identidad del imputado), aumentaría considerablemente no sólo por la cantidad y calidad de la información que previsiblemente arrojarán los diversos medios de prueba, sino principalmente por su variedad; y, por tanto, epistémicamente, aconsejable la admisión de todas las pruebas, incluyendo, *eyewitness testimonies*²³.

En ambos casos, tanto si se trata de pruebas del mismo tipo, como de diversa clase, para probar un mismo hecho, debe tenerse en cuenta y procurar un punto de equilibrio entre las necesidades o exigencias de corroboración y las impuestas por la economía procesal; y, además, que la corroboración, si bien aumenta la fiabilidad de la prueba precedente, su aporte o respaldo decrece sucesivamente y, tarde que temprano, más pronto en las pruebas del mismo tipo que en las de diversa clase o naturaleza, alcanzará su punto máximo y su utilidad (epistémica) decrecerá e incrementará la dificultad del manejo de la información para la toma de la decisión (FERRER, 2007: 75-76).

La norma nacional establece y atribuye, en estos casos, al juez del control una especie de poder probatorio dispositivo de carácter negativo para, advertido el peligro de desborde que en juicio pudiera presentarse ante el cúmulo de pruebas *del mismo tipo* propuestas para acreditar un mismo hecho, exhortar a la parte oferente para que reduzca el número de testigos o documentos. En caso de que la parte interesada no lo haga, daría pauta a la exclusión selectiva por sobreabundancia [346 I a)] de las pruebas que el juez estime pertinentes. La norma no establece, en forma expresa, que este procedimiento de depuración-exclusión para los casos de pruebas de diferente tipo o naturaleza que «acrediten lo mismo». De esta omisión podría interpretarse, en clave epistémica, que la norma apunta o avala a la conformación lo más rica y variada del conjunto de elementos de juicio y que, por ello, limita o restringe la exclusión por sobreabundancia a pruebas del mismo tipo. Sin embargo, nada obsta para que en búsqueda del equilibrio entre las necesidades probatorias, la economía procesal y el manejo razonable de la información que en juicio habrá de producirse, lleve a cabo este procedimiento.

La conformación del conjunto de los elementos de juicio quedará definida al cierre de la audiencia intermedia, a través de dos decisiones que, si bien estrechamente ligadas y sucesivas, difieren tanto en la forma como en su contenido: i) la orden (oral) de exclusión o marginación de ser rendidos en la audiencia de juicio de los medios de prueba que no superaron los filtros epistémico-legales y ii) la inclusión, propiamente dicho admisión, (escrita) en el auto de apertura de los que en la misma habrán de desahogarse. El auto de apertura define, y concreta, por igual, las acusaciones y los hechos materia de la acusación que serán objeto de prueba y

²³ Si hubiese que reducir el número de pruebas habría que seleccionar las menos fiables o con menor capacidad corroborativa que, del ejemplo, serían el testimonio de los sujetos reconocientes sobre el resultado de la identificación.

los que, por haber llegado a acuerdos probatorios, se tendrán como probados (347 III y IV).

El desahogo de los medios de prueba, última fase o estamento para la conformación del conjunto de los elementos de juicio, debe necesaria e ineludiblemente llevarse a cabo en el escenario *ad hoc* diseñado para su recepción y producción bajo los principios de inmediación, publicidad y concentración: la audiencia de juicio, etapa —estelar y central— para la toma de la decisión de las cuestiones esenciales del proceso (348). Para efectos de sentencia sólo podrá tenerse en cuenta, dispone la constitución, como prueba la información o elementos de juicio que, en este espacio y bajo estas condiciones, emane de los medios de prueba o elementos materiales probatorios obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las reglas probatorias aplicables.

El juicio, que se desarrollará ineludiblemente sobre la base de la acusación y para esclarecer sus hechos (348), inicia con la recepción del auto de apertura a juicio y concluye con la sentencia. La producción de los medios de prueba admitidos, se lleva a cabo en el espacio definido o acotado por el posicionamiento inicial (alegato de apertura) y final de las partes (alegato de clausura). En este espacio, las partes tienen el derecho y oportunidad para desahogar, únicamente, el conjunto de elementos de prueba pre-configurado en el auto de apertura que si bien, ordinariamente, se agotará con su producción en el orden establecido por la norma (acusación, coadyuvancia y defensa); es posible que dicho catálogo, en principio *numerus clausus* pueda sufrir modificaciones, por sustracción o adición de medios de prueba. Lo primero, puede suceder por desistimiento o imposibilidad material de producir/desahogar alguno de los medios de prueba admitidos; y, lo segundo, por la incorporación de prueba nueva o de refutación (390). Al final y hasta que el debate se declare concluido, será que el conjunto de los elementos de juicio quedará, definitiva y finalmente, configurado y —a su vez— cerrado.

El desahogo del testimonio del sujeto reconociente precisa, ineludiblemente, de su presencia a la audiencia de juicio para que, sometido al interrogatorio de las partes, preste su declaración sobre los aspectos del suceso mismo (variables del evento), como del procedimiento y dinámica de la identificación que, *ex post*, llevó a cabo del sospechoso (variables del sistema). La comparecencia del testigo ocular no tiene como objetivo una mera ratificación formal de la identificación que (en diligencia o acto de investigación) llevó a cabo, sino escuchar su declaración —verdadera fuente probatoria— sobre el evento y el proceso de identificación posterior para que el tribunal evalúe *in itinere* las condiciones en que aconteció (hecho externo), las posibilidades —físicas y personales— cognitivas del mismo (percepción e interpretación)²⁴ y del proceso, dinámica, de identificación posterior del sospechoso que permitan, estimar o descartar —particularmente en éste— cualquier práctica sugestiva o sesgada (MIRANDA, 2014: 142).

²⁴ Sobre esta distinción, GONZÁLEZ, 2005: 26.

V. VALORACIÓN

El conjunto de los elementos de juicio queda conformado una vez que, en juicio, se han producido/desahogado los medios de prueba y procede su libre valoración, en lo individual y en su conjunto, para determinar el grado de apoyo que aportan a las diversas hipótesis fácticas sobre lo sucedido (FERRER, 2007: 91). Es el momento de la valoración racional, precisamente, de esos elementos de juicio para la reconstrucción-fijación y esclarecimiento de los hechos. El juez, si bien libre de ataduras legales (tasadas) está *lege lata* constreñido y limitado a —sólo— someter(se) a la crítica y evaluación racional (art. 402), precisamente de ese conjunto de elementos de juicio —y no otro— para determinar la correspondencia (verdad) de los (enunciados) hechos de la acusación²⁵. La libre valoración de la prueba no es sinónimo de arbitrariedad, como tampoco equivale o autoriza la toma de decisión en la recóndita e inescrutable *intime conviction*, incontrolable (TARUFFO, 2009: 32, ANDRÉS, 2009: 52) y en sí misma arbitraria, sino de sujeción a las reglas institucionalizadas [para la fijación de los hechos] de la racionalidad: la valoración de la prueba deberá realizarse de manera libre y lógica (art. 20 A-II), sólo serán valorables y sometidas a *crítica racional* las pruebas, que producidas en juicio, hayan sido lícitamente obtenidas e introducidas legalmente al debate (402), la prueba será valorada, en lo individual y en su conjunto (265) para determinar, lógica y motivadamente, todos y cada uno de los hechos y circunstancias que el tribunal considere probadas (403 VIII), la sentencia deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluyendo la que hubiese desestimado e indicando, en todo caso, las razones que hubiere tenido en cuenta para ello (402 §2), la motivación permitirá la expresión (359) y reproducción del razonamiento seguido utilizado para alcanzar las conclusiones (fácticas y jurídicas) de la sentencia (402, 403 VIII *in fine*), el juez sólo condenará cuando exista convicción (racional) de culpabilidad (20 A-VII const, 406 §6) y nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue *adquiera* la convicción más allá de toda duda razonable de que es responsable de la comisión del *hecho* por el que se siguió el juicio (402 §4).

La valoración de la prueba inicia, propiamente dicho, con la producción/desahogo de los medios de prueba y concluirá con la toma, previa su justificación (motivación) de la decisión plasmada, por escrito, en la sentencia. El juicio podría ser visualizado como el contexto de descubrimiento, secuencial y heurístico, que *in itinere* (FERRER, 2007: 91) et *in mente* conduce a la (decisión sobre la) verdad o falsedad de los hechos (materia de la acusación) y que, *ex post* (contexto de justificación) habrá de ser motivada o justificada. En el primer momento, de carácter dinámico, se produce el razonamiento que conduce a la decisión y en el segundo —que presu-

²⁵ «El objetivo del proceso de fijación de los hechos no es otro que la reconstrucción de los hechos, tal y como sucedieron que la realidad es —o ha sido— como describe el enunciado» (GASCÓN, 2010: 59).

pone la adopción de la decisión— se deja por escrito, el razonamiento justificativo (TARUFFO, 2009: 42). Esto es, desde el momento mismo de la producción de la(s) prueba(s) se está valorando y pre-formulando decisiones que conducirán-configuran la decisión final que, tomada o adoptada, deberá ser motivada y justificada al redactar la sentencia.

1. ¿Cómo se introduce el resultado del reconocimiento de identidad al juicio?

Del principio de exclusividad de la prueba para efectos de sentencia emana, como condición general de validez constitucional, que el reconocimiento de identidad debe introducirse y producirse al juicio *para su valoración*, mediante e ineludiblemente, la presencia del sujeto reconoccente a la audiencia de debate para que produzca ante el tribunal de enjuiciamiento y a través del interrogatorio contradictorio, declaración integral sobre el suceso mismo que presencié y sobre la dinámica de la identificación. En realidad, lo que al juicio se introduce, por conducto del propio sujeto reconoccente y únicamente a través de su testimonio, es el resultado de la identificación practicada. La comparecencia del sujeto reconoccente, única y verdadera fuente probatoria, no puede ser sustituida con la introducción al juicio del reconocimiento llevado a cabo en la (etapa de) investigación, que no es prueba y es, simplemente, una acto de investigación (MIRANDA, 2014: 141, DUCE, 2017: 298). Tampoco puede limitarse a una mera ratificación formal que, ante el tribunal, lleve a cabo el sujeto reconoccente. El objetivo, legal y epistémico, de su comparecencia al juicio es informar, por una parte, las condiciones espacio temporales y personales en las que presencié el suceso (variables del evento) y, por otra, la dinámica o el procedimiento que, *ex post*, lo llevó a identificar al sospechoso (variables del sistema).

La presencia del sujeto reconoccente en el juicio, condición general de validez constitucional, no es suficiente para que el *resultado* del reconocimiento de identidad sea susceptible de valoración por el tribunal de enjuiciamiento. MIRANDA (2014: 141-3) propone, derivado del criterio de mínima actividad probatoria²⁶, como condiciones particulares para su utilizabilidad: i) que el testigo comparezca y produzca testimonio contradictorio en el acto de juicio y ii) que el reconocimiento en rueda se haya practicado respetando la licitud-legalidad del procedimiento establecido y garantizando las condiciones mínimas de imparcialidad (cognitiva).

Satisfechas estas mínimas condiciones de utilizabilidad, el tribunal quedará habilitado para valorar, primero, en lo individual, el resultado del reconocimiento, es

²⁶ Sobre las exigencias de la mínima actividad probatoria como presupuesto para destruir la presunción de inocencia, por todos, MIRANDA, 1997: 176 y ss.

decir, la identificación en sí misma; y, después, en conjunto con el resto de los elementos de juicio, determinar su fiabilidad y exactitud.

Solo en casos excepcionales, ante la imposibilidad material de comparecencia al juicio del sujeto reconoccente, es comúnmente aceptado y (únicamente) en los supuestos previamente establecidos en las normas procesales, la introducción por lectura de la diligencia de investigación del reconocimiento²⁷. En caso contrario, no concurriendo causa legal que impida la presencia en juicio del sujeto reconoccente, el tribunal no podrá valorar la identificación visual que realizó.

El problema de la ausencia, justificada, del sujeto reconoccente a la audiencia de juicio plantea, en la legislación nacional, un problema particular y de difícil solución: la norma autoriza excepcionalmente (386) la incorporación a juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores *declaraciones* de testigos; mas no autoriza la introducción del acto o diligencia de investigación. Esto es, la norma autoriza la introducción de la declaración previa del testigo, no del acto-diligencia de investigación reconocimiento de persona. Las declaraciones previas, por lo general, obran o constan por escrito en un documento —entrevista— que, en la investigación del delito, lleva a cabo una persona ante un servidor público, encargado de recabarla y formalizarla. El resultado de la rueda no es, propiamente dicho, una declaración en sí, sino un *reconocimiento* de identidad, afirmativo o negativo, que lleva a cabo el sujeto reconoccente, que si bien —por disposición de la norma— debe registrarse/documentarse, en sí mismo es único e irrepetible. Ante este escenario, si se acepta que el resultado del reconocimiento, el sí o no, es una declaración, el registro del acto de investigación (reconocimiento de persona en rueda) podría introducirse, bien por lectura al juicio o, de constar en vídeo, a través de su reproducción; en cambio, si se rechaza que sea una declaración, sólo podría introducirse la declaración previa del testigo (entrevista), mas no el registro —y resultado— del acto de investigación (rueda). En el caso del fallecimiento del sujeto reconoccente, *ex post* al reconocimiento y previo a la apertura del juicio, podría plantearse como medio de prueba el testimonio del administrador de la rueda o, si el deceso sobreviene estando en curso el juicio y antes de que rindiera su testimonio, como prueba nueva. En este supuesto, excepcional, el administrador de la rueda —además de informar sobre la regularidad del procedimiento— estaría habilitado como testigo de acreditación para, en contradicción, informar sobre el resultado del reconocimiento. En estas circunstancias —excepcionales— de introducción del resultado del reconocimiento a juicio por un tercero deberá ser objeto de un escrutinio especial de valoración reforzado (MIRANDA, 2014: 148).

²⁷ Así lo establece el art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882: «Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

VI. DECISIÓN

Valorado, en lo individual y en lo colectivo el subconjunto de los elementos de juicio disponibles y, efectivamente, en juicio producidos o desahogados viene el momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados. El resultado de la valoración, aunque próximo e inmediato al tercer y último momento, no conlleva por sí mismo a la decisión, más sí dotará a las hipótesis en conflicto de un cierto grado de confirmación y la declaración, final, que una de ellas ha quedado probada, deberá adoptarse de la mano del estándar de prueba legal establecido para ello. Dicho de otra forma, el juicio positivo y definitivo sobre los hechos dependerá de la hipótesis que, recibiendo de las pruebas disponibles el mayor grado de apoyo, resulte racionalmente confirmada y supere el estándar de prueba legalmente establecido (TARUFFO, 2009: 35) que, en materia penal, constitucional y legalmente está fijado «más allá de cualquier duda razonable». La constitución exige e impone al juez que sólo condenará cuando exista convicción (racional) de culpabilidad (20 A-VII) y, derivado del derecho a la presunción de inocencia, la ley establece, como garantía de toda persona, que nadie será condenado salvo que el tribunal de enjuiciamiento llegue/adquiera a la convicción más allá de toda duda razonable de que el acusado es culpable y responsable de la comisión *del hecho* por el que se siguió el juicio (359 + 402)²⁸.

1. Un estándar de corroboración propio para el reconocimiento de identidad

Mientras que la psicología del testimonio ha mostrado y demostrado, empíricamente, que el reconocimiento de identidad —particularmente pero no tan solo— en rueda es poco fiable y, aun realizado bajo las mejores condiciones objetivas de imparcialidad es altamente falible, propenso a la sugestión y sesgos cognitivos, la praxis continúa dispensándole un lugar privilegiado y preponderante, tanto en la investigación, como durante el juicio y, también, en la toma de la decisión.

Disminuido, epistémicamente de su otrora radiante e infalible aurora, la identificación en rueda debe pasar de su privilegiado lugar que la praxis le ha otorgado al que, en realidad y de acuerdo con su limitada calidad epistémica, le corresponde: un modesto elemento de juicio que, por sí mismo, no es suficiente para enervar la presunción de inocencia y que, en todo caso, requiere de corroboración objetiva y extrínseca.

El estándar de corroboración *ad hoc* para la suficiencia de la identificación en rueda, desarrollado y propuesto por MIRANDA (2014, 147 ss), idealmente normativizado, estaría estructurado sobre la base de un modelo de verificación objetivo y extrínseco que exigiría como elementos de corroboración datos (objetivos) de conte-

²⁸ «[el] grado de confirmación probatoria presupone un fundamento racional sobre el juicio de los hechos, basado en las pruebas» TARUFFO, 2009: 35.

nido empírico, susceptibles de ser acreditados, provenientes de otras fuentes probatorias, autónomas e independientes, diversas al acto mismo del reconocimiento y a las propias declaraciones o manifestaciones del sujeto reconociente (extrínsecas)²⁹. Esto es, objetivamente, la verificación-corroboración del reconocimiento precisa de información adicional, empíricamente constatable (i.e. huellas digitales, vestigios ADN, registros de geolocalización, grabaciones de cámaras de vigilancia, etc.) que, al tiempo que elevan la probabilidad de la exactitud del reconocimiento, emanen o provengan de fuentes probatorias exógenas o externas —autónomas e independientes— al testimonio *lato sensu* del sujeto reconociente (variables del evento y variables del sistema), contribuyen —luego de un análisis en forma cruzada— a descartar, razonablemente, la probabilidad de error en la identificación.

Este modelo de verificación, dada su naturaleza, excluye para efectos de corroboración toda información que, directa o indirectamente, provenga del propio sujeto reconociente, bien porque *ex-post* persista en la identificación, se ratifique en su dicho o emane del acto de investigación en que llevó a cabo la identificación. Esto es, ningún acto o información *endógeno*, emanado del propio sujeto reconociente o del acto/diligencia de reconocimiento, puede (auto)corroborar la exactitud del reconocimiento.

En casos especiales, de alta falibilidad de la identificación, tales como reconocimiento en rueda precedido de identificación fotográfica o introducción excepcional de su resultado reconocimiento al juicio por imposibilidad material de comparecencia del testigo reconociente, el estándar de corroboración precisa de un mayor nivel o canon reforzado: en estos supuestos los datos de prueba —también obtenidos de fuentes autónomas e independientes— deberán, por sí mismos, ser suficientes para vincular directamente al acusado con el hecho delictivo y acreditar su participación.

Un modelo de corroboración, normativizado, contribuiría —además— a desincentivar, por una parte, la extendida práctica de investigaciones materialmente monoproatorias o altamente dependientes del reconocimiento de identidad; y, por otra parte, incentivar la realización de investigaciones integradas con el mayor número posible y variedad de elementos probatorios relevantes para el esclarecimiento de los hechos e identificación del acusado (MIRANDA, 2014: 145).

VII. UN CASO PRÁCTICO *REVISITADO*³⁰

1. Supuesto de hecho

Juan, alrededor de las 18:15 horas del 16 de abril de 2018, salió de los carriles centrales del Libramiento Norte de Morelia. Estando en el carril lateral, a la altura de la macroplaza, detuvo la marcha de su auto (jetta 2004), adelante de una camioneta

²⁹ En igual sentido, respecto a la declaración testifical en general, FERNÁNDEZ, 2017: 8.

³⁰ Sentencia del Tribunal de enjuiciamiento, región Morelia, de 3 de julio de 2019, causa 269/2018.

Análisis legal-epistémico del reconocimiento de identidad...

estacionada. Al tomar su celular para recibir una llamada, se percató —por el retrovisor— que dos sujetos descendieron de la camioneta y, enseguida, uno por cada lado del auto, lo amagaron con pistolas y obligaron a descender.

Uno de los sujetos, le arrebató las llaves, subió al auto y se retiró del lugar; al tiempo, un tercer sujeto emparejó la camioneta y gritó al que seguía apuntándole a Juan, «ya estuvo» quien, sin dejar de hacerlo, abordó la camioneta y huyeron del lugar.

El 19 de abril subsecuente, en una revisión de rutina y en la misma ciudad, tres personas son detenidas en un vehículo similar al de Juan. Al verificar la policía el estatus del vehículo en la base de datos Plataforma México constatan que tiene reporte de robo. Los tres ocupantes del vehículo son detenidos; y, luego de ser llevados al ministerio público —con base en los actos de investigación llevados a cabo durante el plazo de detención de 48 horas— son presentados ante el juez de control que, con prisión preventiva oficiosa de por medio, resolverá vincularlos a proceso para, transcurrido el plazo de la investigación complementaria y efectuada la audiencia intermedia, decretar auto de apertura.

2. Cronología de los actos de investigación iniciales y definitivos

<i>Fecha</i>	<i>Hora</i>	<i>Actividad</i>
17/04/18	No se indica	Juan llama al centro de control y comando C5 para denunciar los hechos del día anterior; proporciona los datos de su vehículo y solicitan acuda al ministerio público a formalizar denuncia.
19/04/18	Por la madrugada	3 personas son detenidas en el vehículo denunciado.
	03:00	El C5 informa, por teléfono, a la víctima que su vehículo fue recuperado y que acuda a presentar la denuncia.
	05:50	Puesta a disposición ante el ministerio público de los 3 detenidos por el delito de receptación.
	9:00-10:00	La víctima proporciona los datos al perito que elabora tres retratos hablados.
	21:00-22:00	La víctima participa en tres ruedas de reconocimiento de tres sospechosos
20/04/18	No se indica	El perito criminalista toma 3 fotografías de la ficha de registros de las 3 personas detenidas.
		El perito que elaboró retratos hablados realiza comparativo de los mismos con las fotografías de los detenidos y determina que coinciden 10 de 10.

3. Las pruebas ofertadas y admitidas

En el auto de apertura a juicio fueron incluidos los siguientes medios de prueba: 1) testimonio de la víctima, 2) testimonio sobre tres informes de reconocimiento (administrador de la rueda), 3) pericial en criminalística (testimonio sobre retratos hablados), 4) pericial en criminalística (testimonio sobre comparativo de imágenes), 5) pericial en criminalística (informes en materia de reconocimiento), 6) pericial en criminalística (testimonios sobre oficio y fotografías de los detenidos), 7) testimonio policías aprehensores.

4. Diseccionando, en retrospectiva, el conjunto de los elementos de juicio

a. Relevancia y admisión

El testimonio (1) de Juan, víctima y sujeto reconociente es, sin duda alguna relevante: la información que en juicio proporcione sobre el suceso mismo (variables del evento) y sobre la dinámica o procedimiento del reconocimiento (variables del sistema) resultará útil para el esclarecimiento de los hechos.

El sujeto reconociente es, legal y epistémicamente, la única persona que —en juicio— puede dar cuenta sobre ambos aspectos. El testimonio (7), a cargo de los policías aprehensores, es también relevante puesto que la información sobre las circunstancias de detención de los imputados —en posesión del vehículo sustraído— amén que tiene relación con el hecho principal de la acusación (conexión lógica), proveerá información útil que, de resultar positiva, aumentará la probabilidad de que los imputados hayan participado en el hecho y, siendo un medio de prueba autónomo e independiente del testimonio de sujeto reconociente, susceptible de corroborarlo.

El testimonio (2) del administrador de la rueda, ofertado como «informes sobre tres reconocimientos» de persona [hechos por el sujeto reconociente para cada uno de los imputados], no resulta por sí mismo epistémicamente relevante y es legalmente innecesario. De nuevo, el reconocimiento de identidad es un acto personalísimo, único e irrepetible, cuyo resultado —en particular— sólo puede ser informado por el propio testigo ocular.

Es innecesario, para el caso concreto, puesto que el sujeto reconociente estará disponible, ha sido ofertado y admitido su testimonio. Si la diligencia de reconocimiento es un simple acto de investigación que no es prueba, el informe —a cargo del administrador de la rueda— sobre el desarrollo y forma en que cada una de las diligencias de reconocimiento se llevó a cabo, tampoco puede serlo; y, menos aún, puede constituirse en elemento de juicio válido la comunicación que, en juicio, haga del concreto resultado de cada uno de esos actos de investigación; esto es, que in-

dique, en una especie de hetero-señalamiento, en juicio a quién reconoció en cada una de las ruedas el sujeto recognoscente. No puede, tampoco un informe —llano y simple— sobre el desarrollo de cada una de las diligencias de reconocimiento considerarse un testimonio experto puesto que, en todo caso, debería estar a cargo de un experto en psicología de la memoria o del testimonio y ajeno (*extraneus*) al acto mismo de reconocimiento.

Por igual, los llamados informes periciales en materia de reconocimiento, ofertados como testimonio de un perito en criminalista (5), que asiste y documenta fotográficamente el acto-diligencia de investigación de reconocimiento, no es un medio de prueba relevante que pueda proporcionar información de utilidad sobre los hechos materia de la acusación, como tampoco elevar la probabilidad de que el hecho haya sucedido o que los imputados hayan participado en él. Tampoco puede elevar la probabilidad de la exactitud de las identificaciones que el sujeto recognoscente llevó a cabo en las diligencias respectivas.

Las pruebas ofertadas como pericial en materia de criminalística (3), (4) y (5) tienen en común que están referidas, no a los hechos materia de la acusación, sino a la actividades que en la investigación inicial llevaron a cabo diversos servidores públicos para la identificación de los sospechosos y encauzar(la) frente a personas determinadas; objetivo que, legal y teleológicamente, fue alcanzado con la vinculación a proceso, obtención de la medida cautelar y, a la postre, ratificado con la acusación formulada, precisamente, contra personas determinadas ya, previamente, identificadas.

Entre el medio de prueba ofrecido y los hechos materia del proceso debe existir una conexión lógica. Entre los testimonios de los servidores públicos que participaron en diversos actos de investigación, iniciales y preliminares, para la identificación de los sospechosos y los hechos (enunciados) materia de la acusación es difícil encontrar un ligamen o nexo lógico; y, la información que, en juicio aporten no se advierte, *ex ante*, qué utilidad tendría para el esclarecimiento de los hechos:

¿Qué utilidad y conexión lógica con los hechos materia de la acusación puede tener que se haya realizado, aún con datos proporcionados por el sujeto recognoscente, tres retratos hablados (3)?

¿De qué manera la información sobre los retratos hablados elevados o transformados, a través de un comparativo de imágenes (4) con fotografía única de cada sospechoso —obtenidas, estando ya detenidos, de la ficha de registro y proporcionadas *al mismo* perito que elaboró el retrato hablado por otro servidor público (6)— en una (otra) identificación de los sospechosos (paralela y sin la participación del sujeto recognoscente), pueden considerarse relevantes para el esclarecimiento de los hechos?

Esto es, de otra forma ¿de qué manera la información sobre tales actividades y resultados obtenidos (productos), hacen más o menos probable que el hecho haya acontecido o que los imputados hayan participado en él? A lo sumo y, de aceptarse

que son relevantes, podrían llegar a informar y, eventualmente, probar *lato sensu* mas no constituir *prueba* que —en el transcurso de la investigación inicial y preliminar— se hicieron tres retratos hablados e igual número de comparativos de imágenes.

«El juicio tiene por objeto la prueba —esclarecimiento— de los hechos de la acusación (348), no tiene como propósito convertirse en una instancia de validación de los actos de investigación que la representación social llevó a cabo en la investigación. Esto es, dicho de otra forma, son objeto de prueba no más pero tampoco menos que los hechos (enunciados) de la acusación³¹».

En estas condiciones, examinados los medios de prueba ofrecidos y escuchadas las partes, el mandato de exclusión (306) imponía al juez de control excluir de ser rendidos en la audiencia de juicio los medios de prueba (2) (3), (4), (5) y (6)³², porque no se refieren directa o indirectamente al objeto de la investigación [y no son] útiles para el esclarecimiento de los hechos; e, incluir —admitir— en el auto de apertura a juicio, por ser los únicos relevantes, los testimonios (1) y (7). Tal cual, como quedó integrado el conjunto de los elementos de juicio es sobre-inclusivo de medios/elementos de juicio irrelevantes que, al no superar el primer filtro (epistémico) debieron ser excluidos (FERRER, 2007: 69 [nota 15]).

Mas aún, planteado oportunamente —al inicio de la audiencia intermedia— cabe la posibilidad que la defensa, con base en la evidencia misma aportada como medio de prueba (6) por la acusación, buscará la nulidad de la diligencia misma de reconocimiento por ilicitud y violación de las condiciones mínimas objetivas imparcialidad (MIRANDA, 2014: 131 ss). Ello, dado que la presencia de un tercero extraño al procedimiento para documentar, fotográficamente, por sí misma, vulnera el mandato de la mayor reserva (discreción) posible en su desarrollo, incorpora un sujeto adicional a los expresamente habilitados para asistir/participar en ella y, fundamentalmente, compromete la imparcialidad de todo el procedimiento al sugerir e inducir al sujeto reconociente: i) que el sospechoso estará en la rueda y ii) que deberá señalar a uno de cada rueda (posando) para que tomen la foto.

De prosperar el incidente, el juez de control declarará la nulidad del reconocimiento diligencia y excluirá (346 III) de ser rendido en juicio la porción³³ del testimonio del sujeto reconociente relativa al procedimiento de identificación y su resultado (variables del sistema); y, de introducirse información sobre cualquiera de estos tópicos, no podría ser utilizada como elemento de juicio para decisión.

³¹ Sentencia 21/2020, de 17 julio: 1a sala penal Supremo Tribunal de Justicia Michoacán, p. 21.

³² Así, ALCAÍNO (2013: 604) propone, de plano, excluir todo testimonio de cualquier *partícipe* —servidor público o policía— que haya intervenido en el procedimiento de reconocimiento.

³³ Sobre la conveniencia de exclusiones parciales/temáticas en caso de evidencia (reconocimientos) previos contaminados/poco confiables, GARRETT, 2012: 488 y DUCE, 2020: 2. nota 6.

«la solo presencia —en la cámara de gesell y en ese acto de investigación— de servidores públicos no autorizados por la ley para intervenir en él, dado que los únicos 2 facultados para ello son el servidor público que habrá de desarrollar la actuación (doble ciego), el defensor y el testigo reconociente (arts. 277 § 3, 4 y 5 y, 278, ambos cnpp), compromete por sí mismo la legalidad y fiabilidad del reconocimiento mismo, puesto que la norma dispone, en primer término, que habrá de llevarse a cabo con la «mayor reserva posible»³⁴.

5. Valoración y decisión

En el fallo —revisitado— al testimonio del sujeto reconociente se otorgó un valor, si no preponderante sí determinante para dar por probada la hipótesis de la acusación y adquirió suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia a través del respaldo que, sostuvo, le otorgaron los testimonios en juicio producidos. Reconstruyendo, a través de la «motivación expresada», el camino seguido para llegar a sus conclusiones (fácticas y jurídicas) el fallo discurre por dos momentos claramente diferenciados: a) valoración de los medios de prueba (relevantes) y b) valoración-transformación de actos investigación en medios de prueba (autónomos e independientes).

En el primer momento, el testimonio o dicho de la víctima (1), adquiere suficiencia *per se* y por el solo hecho de ser (calificado como) prueba directa, para tener materialmente probado «hecho delictivo y la forma en que los sujetos activos lo cometieron». El testimonio de los policías aprehensores (7) es —sostiene— prueba indirecta periférica que se adminicula (al testimonio de la víctima) para establecer —adelantando el fallo— la certeza de la intervención de los imputados en la ejecución del delito, dado que se encontraban en posesión del vehículo objeto del delito. Pese a reconocer —recurriendo a frases hechas— que «no observaron el momento justo en que se apoderaron del vehículo que aseguraron a los acusados», concluirá que los policías aprehensores sí dieron «circunstancias cercanas a tal acontecimiento que dio a conocer la víctima». El fallo no explica qué máxima de la experiencia empleó para arribar a esta conclusión; es decir, de qué manera la posesión del vehículo sustraído, tres días después del suceso, puede corroborar el testimonio de la víctima sobre las circunstancias en que éste aconteció.

La sentencia, a modo de puente entre el primer y segundo momento, dará por probado o, más bien reconocerá el acuerdo probatorio que las partes celebraron sobre la propiedad del vehículo sustraído, así como que no presentó alteraciones o remarcaciones en sus medios de identificación.

A partir de este enlace, el fallo recurrirá —para dar por reproducido el hecho de la acusación y, al mismo tiempo y con la misma cadena de argumentos cerrar los

³⁴ Sentencia 21/2020, de 17 julio: 1a sala penal Supremo Tribunal de Justicia Michoacán, p. 23.

juicios de tipicidad y culpabilidad— a una adición, meramente acumulativa, de los actos de investigación iniciales que transmutados, primero, en medios de prueba y, luego, en prueba de cargo válida para «corroborar» no solo el resultado de la identificación, sino la versión de los hechos (variables del evento) de la víctima; situándolos —por el alcance que otorgado a sus testimonios— materialmente como otros testigos oculares.

Así, al dar cuenta (385 §1) de las actuaciones «tres reconocimientos de personas» realizadas en la investigación del delito por el servidor público-testigo (2) serviría, no sólo para corroborar que en ruedas sucesivas el sujeto reconociente identificó a cada uno de los imputados, sino sería útil —también— para acreditar la «comisión conjunta de los [tres] acusados para llevar a cabo el ilícito». Esto es, la identificación de tres personas corrobora que en el hecho intervinieron, en forma conjunta, como relató la víctima, igual número de personas. Este testimonio, junto con el del servidor público que informó sobre las fotografías que tomó a los imputados (6), estando detenidos y que entregó al perito que hizo el comparativo de imágenes (4), son elevadas a pruebas indirectas (autónomas) «a partir de las cuales se conoce la identidad de los sujetos activos que cometieron el hecho delictivo». De esta forma, el relato de ambos testigos —idóneos, según el fallo, para establecer la identidad de los imputados— adquiere «corroboración periférica con otras pruebas cualitativas», como son el testimonio (5) que, a modo de testigo de calidad presenció y documentó los tres reconocimientos, puesto que informó que en la cámara de gesell la víctima reconoció a los tres acusados.

La otra prueba, «periférica y de calidad», para establecer corroborar la hetero-identificación atribuida a los testimonios (2) y (5), es el llamado peritaje comparativo (4) entre los retratos hablados y las fotografías que, estando ya detenidos los imputados, recibió del testigo-perito (6). El fallo no establece de qué modo este atípico procedimiento puede establecer, primero, la identidad de los imputados (ya fichados [con fotografías] con nombre y apellidos); y, segundo, de qué forma corrobora o hace más probable el hetero-reconocimiento de los servidores públicos que, en la realización de actos de investigación iniciales, les precedieron y que el fallo eleva, por adminiculación, en prueba de cargo válida.

La información relacionada, o mejor dicho, obtenida —material y literalmente— en la periferia del acto/diligencia de reconocimiento no es, simplemente, evidencia o elemento de juicio relevante que pueda constituir prueba de cargo válida y, tampoco, tienen la aptitud —legal y epistémica— para corroborar ni la exactitud del reconocimiento y, mucho menos, las manifestaciones del sujeto reconociente respecto del hecho (variables del evento). No son, no pueden constituir —en primer término— evidencia o elementos de juicio relevantes, puesto que, amén de que provienen de medios irrelevantes, no tienen capacidad epistémica de probar, ni directa ni indirectamente como tampoco para corroborar, la exactitud del reconocimiento: i) el reconocimiento y su prueba corresponde, únicamente y como se ha visto, al su-

jeto recognoscente y ii) la corroboración de la exactitud de reconocimiento, si bien razonablemente viable, exige —siempre— que la información provenga de fuentes probatorias distintas (autónomas e independientes) a las propias manifestaciones del sujeto cognoscente.

Todas las actividades, de las que en juicio dieron cuenta los diversos servidores públicos que participaron en los actos de investigación iniciales, presentados y admitidos como «peritajes», emanan de una y la misma fuente probatoria: el testigo recognoscente. Esto es, la información que aportaron proviene, en última y primera instancia, del mismo sujeto recognoscente y de sus manifestaciones, incluyendo el resultado de las identificaciones que llevó a cabo. Esta circunstancia, el origen de la información, inhibe y excluye toda posibilidad, de (auto) corroborar, es decir de dar fuerza o aumentar la credibilidad, o mejor dicho, la exactitud del resultado del reconocimiento. El testimonio del administrador de la rueda no corrobora o refuerza el resultado del reconocimiento de identidad que hizo el sujeto recognoscente, como tampoco —y mucho menos— sus manifestaciones sobre el suceso mismo. Tampoco, y por las mismas razones, el testigo de calidad que documenta el procedimiento puede corroborar (por más que haya quedado registrado en fotografía) el señalamiento mismo (identificación) y nada aporta, de cara a fortalecerlo, el llamado comparativo de imágenes (retrato versus fotografías de los detenidos e imputados), cuyo resultado, *match* o correspondencia, no puede convertirse en una especie de hetero-reconocimiento y prueba de cargo válida.

«Corroborar [] es dar fuerza probatoria a una afirmación inculpatória de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia [...] la [mera] adición [administrativa] de indicios o indicadores débiles no corrobora ni refuerza» (ANDRÉS, 2009: 124).

Es elemento de corroboración, en general, todo dato empírico suficientemente acreditado y distinto a los que versen sobre el hecho principal o de la imputación (ANDRÉS, 2009: 125); y, para el caso del reconocimiento, tales datos (objetivos y externos) deben, necesariamente, originarse o provenir de otros medios de prueba, autónomos e independientes del relato del testigo recognoscente, que deberán apuntar o estar referidos a aspectos periféricos o complementarios, significativos del suceso mismo o de la intervención del imputado, pero, en todo caso, distintos al hecho mismo de la identificación visual en rueda y —en especial— de su resultado (MIRANDA, 2014: 144).

Los datos (periféricos o complementarios), analizados en forma cruzada con la información inicial del suceso y sus variables permiten o contribuyen, por una parte, a corroborar la exactitud del reconocimiento y, por otra, a descartar o disminuir, en forma razonable, la posibilidad de error (ANDRÉS, 2009:126; MIRANDA, 2014: 147).

«Corroborar es *probar*, pero no directamente la acción que da contenido a la imputación, sino un hecho relacionado con ella y con el inculpado, cuya producción en determinadas

circunstancias abonaría en términos de experiencia la certeza de que, en efecto, la misma ha tenido lugar con la intervención o merced a la acción de aquél (ANDRÉS, 2009: 125)»³⁵.

6. Decisión

Del conjunto de elementos de juicio, sobre-incluyente de medios de prueba irrelevantes que arrojaron información por igual inconducente, sólo constituyen prueba, en el sentido del artículo 261 §3, los testimonios de la víctima y de los policías aprehensores. En efecto, la información proporcionada por el sujeto reconociente sobre el suceso mismo (hecho principal), adquiere fuerza (corroboración) si es cruzada con la que los policías informaron sobre un hecho diverso (aprehensión de los imputados en el vehículo sustraído), pero vinculado con el principal. La posesión, en sentido amplio, del vehículo sustraído por los imputados los conecta, en forma indirecta, a los imputados con el hecho principal (ANDRÉS, 2009: 126) ¿pero son, en su conjunto (1) + (7), prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia?

La respuesta a esta interrogante pasa por la idoneidad que, a esa misma información, tenga o adquiera para corroborar la exactitud del reconocimiento (variables del sistema). El dato probatorio (posesión del vehículo), objetivo y extrínseco, proviene de una fuente autónoma e independiente y es distinto (difiere) al hecho mismo de la identificación. No parece, sin embargo, que sea en sí mismo relevante y significativo para corroborar la exactitud de la identificación; no es periférico al suceso mismo, dada la separación espaciotemporal de 3 días que media entre uno (suceso) y otro (detención); y, por ende, no tiene capacidad —epistémica— para reforzar, complementándolo, el relato del testigo ocular.

La contingencia o, mejor dicho, coincidencia del número de sujetos que conforme al relato de la víctima participaron en el hecho y el número de sujetos que identificó (con motivo de la detención de igual número de personas a bordo del vehículo sustraído) no puede, al formar parte del hecho mismo de la identificación, tenerse en cuenta para corroborar o confirmar la exactitud del reconocimiento.

Las circunstancias, concomitantes y periféricas del desarrollo de los reconocimientos (realización de retratos hablados previos al reconocimiento, estando ya detenidos e informado de tal situación el sujeto reconociente, participación activa de *extraneus* en el reconocimiento), compromete la imparcialidad del procedimiento, aumenta su falibilidad y la probabilidad de error en la identificación. Este incremento del riesgo de error debe ser compensado con un canon de corroboración reforzado que, al igual que el ordinario, demanda de pruebas autónomas e independientes

³⁵ PASTOR (2009: 18), califica la noción y definición de corroboración propuesta por Andrés Ibáñez, «simplémente formidable» y, agrego, perfecta.

—ajenas al hecho mismo del reconocimiento— que aporten datos de prueba por sí mismos suficientes para vincular al imputado con el hecho delictivo y acreditar su participación en él (MIRANDA, 2019: 148). En el caso concreto, la detención *ex post* a bordo del vehículo —tres días después de los hechos— no tiene la entidad y peso probatorio suficiente para, por sí misma y al margen del resultado de la identificación, vincularlos con el hecho ilícito, como tampoco para acreditar su participación en él.

El testimonio, único de la víctima —sin corroboración del resultado de la identificación— no es prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Así, de forma expresa *lege ferenda* el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020 proscribire —en salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia— la emisión de un fallo condenatorio exclusivamente fundado en la mera identificación visual [art. 693, 3 c)]; y, al mismo tiempo, prescribe que —en todo caso— solo podrá servir de fundamento para la condena cuando concorra con otros medios de prueba que racionalmente lo corroboren (art. 693 *in fine*).

7. Dimensión normativa (sustantiva)

El caso *revisitado* es un supuesto de evidente precariedad probatoria que, desde un principio y en forma aparente, se pretende subsanar proponiendo como medios de prueba, —no más pero tampoco menos— que todos y cada uno de los actos de investigación que, en forma inmediata y luego de la denuncia del hecho, se llevaron a cabo —en 48 horas— tras la detención de los sospechosos. La investigación no sólo quedó —definitivamente— cerrada con el reconocimiento-*match*, sino también materialmente pre-configurado y pre-determinado el conjunto de los elementos de juicio: los actos de investigación, iniciales y únicos serán, primero, presentados como datos para obtener la vinculación a proceso y, luego, transmutados en medios de prueba que, admitidos, serán producidos en juicio y —finalmente— valorados y convertidos en prueba de cargo válida para efectos de sentencia.

Analizado el caso concreto y, en particular la conformación del conjunto de los elementos de juicio, desde el punto de vista normativo y considerando que el juicio-procedimiento penal constitucional está integrado por principios y reglas, la acción de proposición-admisión-producción como medios de prueba los actos de investigación (2), (3), (4), (5) y (6), constituye un fraude a ley; y, su resultado «valoración y consideración para efectos de sentencia», anulable³⁶.

En efecto, con fundamento en la norma —regla que confiere el poder para— ofrecer medios de prueba (262), la fiscalía, a través una serie de actos llevados a cabo en determinadas circunstancias (etapa intermedia), obtuvo —como resulta-

³⁶ Sobre la estructura y características del fraude de ley o fraude a la ley (como en México se conoce), sigo la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO (2000: 67-90).

do— la admisión como medios de prueba de una serie de testimonios que, en su momento, fueron desahogados en juicio y considerados como pruebas de cargo para efectos de emitir sentencia de condena.

El estado de cosas producido (consideración como prueba para efectos de sentencia), como consecuencia del resultado obtenido a través de actos *prima facie* permitidos por la regla que confiere poder (para ofertar medios de prueba), resulta —consideradas todas las circunstancias— contrario a los principios de presunción de inocencia y de exclusividad de la prueba en juicio producida, que delimitan y circunscriben el alcance de la facultad-regla «ofertar medios de pruebas» (262).

La regla que confiere el poder para ofertar medios de prueba no puede, lícitamente, ser utilizada para introducir, en forma encubierta y *contra legem*, actos de investigación que, introducidos re-producidos verbalizadamente al juicio por el servidor público que en ellos participó, son transmutados en medios de prueba y en prueba de cargo válida para efectos de sentencia.

En estos casos, el órgano de control, bien el tribunal de enjuiciamiento o de apelación, deben anular el acto espurio; y, en el primer caso, no utilizar-considerar para efectos de sentencia (excluir) la información del acto de investigación que al juicio introdujo, rememorándolo-describiéndolo, el servidor público (instrumentalizado, en última instancia como registro memorístico) que lo llevó a cabo o en él participó; y, en el segundo, anulando, en todo o en parte, el fallo que así los hubiere considerado (ATIENZA/RUIZ MANERO: 2000: 73).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍNO, E., 2013: “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, en *Política Criminal* 9 (18).
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., 2000: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- 2009: “Sobre prueba y motivación”, en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- 2015: “Las dos dimensiones del enjuiciamiento”, en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- AVIV, R., 2021: How Elizabeth Loftus Changed the Meaning of Memory | The New Yorker: 14/03/2002.
- DIGES, M. y PÉREZ-MATA, N., 2014: “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Madrid: Marcial Pons.

- DUCE J. M., 2020: "Extracto sobre admisibilidad de reconocimientos oculares poco confiables", *working paper* para curso controles de confiabilidad, máster en razonamiento probatorio, Universitat de Girona.
- 2017: "Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora", en *Política Criminal* (12) 23.
- FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés et al, Madrid: Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- GARRET, B. L., 2011: "Eyewitness and exclusion", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 65.
- LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: 2013.
- FERNÁNDEZ, M., 2017: la valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía*, Núm 15.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2010: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ, D., 2005: "Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento probatorio", en *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Temis.
- MIRANDA, M., 1997: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.
- 2014: "Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA., J: 2014: "Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Madrid: Marcial Pons.
- PASTOR, D., 2009 : Prólogo, en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- TARUFFO, M., 2008: *La prueba*, trad. Manríquez y Ferrer, Madrid: Marcial Pons.
- 2009: "Consideraciones sobre prueba y motivación", en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- 2010: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Trad. de Accatino, Madrid: Marcial Pons.
- WERMIE, J., 2014: "Magna Carta in Supreme Court Jurisprudence", en *Magna Carta and the Rule of Law*, Chicago: American Bar Association.

Sentencias

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

SSCJN 77/2019, de 14 de agosto.

Tesis: 1a. CVI/2019 (10a. 2021130).

Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, primera sala penal (México) SSTJM
21/2020, de 17 de julio.

Tribunal Constitucional Perú.

Caso Charles Tei Fleming, expediente 881.1-2005-PHC/TC. Lima.

United States Supreme Court.

Watkins v. Sowders, 449 U.S. 341 (1981).

IX. POST SCRIPTUM

“El tipo de jurista que precisa un Estado constitucional de Derecho debe incluir, entre otras capacidades, la de detectar y reaccionar frente a la forma peculiar de atentado contra el Derecho que supone... el fraude de ley”

ATIENZA-RUIZ MANERO

¿En qué sentido y por qué la introducción a juicio de actos de investigación, a través de los testimonios de los servidores públicos que participaron en su desarrollo, constituye un fraude a la ley?

Modus operandi

El ministerio público, sirviéndose de la norma jurídica que lo faculta para ofrecer medios de prueba (262), logra que actos de investigación sean, primero, admitidos como pruebas de su parte; y, en segundo lugar, introducidos al juicio -a través del testimonio del servidor público que lo llevó a cabo o participó en el- para, luego de ser valorados, convertirlos y transmutarlos en prueba de cargo válida para efectos de sentencia.

Este procedimiento, *prima facie*, conforme a las reglas y obligaciones que a su cargo tiene la representación social constituye, todas las cosas consideradas, la instrumentalización de la ley para lograr un fin contrario/prohibido por el ordenamiento jurídico: emitir una sentencia con base en actos (de investigación) que no son prueba.

Como en todo acto en fraude a la ley, el procedimiento -*modus operandi*- inicia con el uso, formalmente correcto, de la norma que confiere poder (para ofrecer medios de prueba), pero el resultado obtenido (introducción al juicio para su valoración y consideración de actos de investigación), genera un estado de cosas (actos de in-

vestigación son considerados para efectos de sentencia como prueba de cargo válida) que, en última instancia, es contrario al ordenamiento jurídico; y, en este supuesto, a los principios que salvaguardan el derecho del imputado a ser juzgado en un juicio justo con todas las garantías (presunción de inocencia) y a solo ser condenado con pruebas de cargo válidas que, en juicio, sean producidas (principio de exclusividad de la prueba -para efectos de sentencia- en juicio producida).

Ciertamente, la norma no prohíbe en forma expresa, la proposición-admisión e introducción de actos de investigación al juicio, pero existen en el ordenamiento procesal, diversas reglas que tienen como objeto evitar que ello suceda; y, detrás de las normas, para dar soporte y coherencia al ordenamiento, el principio de presunción de inocencia y, en particular, el sub-principio de exclusividad de la prueba en juicio determinan que la sentencia de condena únicamente puede basarse en pruebas (relevantes y lícitas) que en juicio sean producidas y, al mismo tiempo, excluye/proscribe que la condena pueda basarse en actos de investigación, aun y cuando éstos sean espuriamente al juicio introducidos por el testimonio de los servidores públicos que en ellos intervinieron.

Dicho de otra forma, se utiliza la ley/norma/regla para obtener un fin contrario o prohibido por el ordenamiento jurídico en su conjunto; y, en este caso, a los principios de presunción de inocencia y de exclusividad de la prueba en juicio producida: que toda persona sea juzgada no con pruebas de cargo, relevantes, válidas, lícitas y en juicio producidas, sino con base en actos de investigación que, re-producidos oralmente en la audiencia de juicio, son considerados como tales para efectos de sentencia.

En suma: la proposición/ofrecimiento como medios de prueba de actos de investigación, al amparo de la norma de cobertura que confiere tal poder al ministerio público, es aparentemente conforme a la ley, pero el resultado que produce (introducción de actos de investigación al juicio como medios de prueba) conlleva a un estado de cosas disvalioso (transmutación y consideración de actos de investigación en prueba de cargo válida para efectos de sentencia), contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto y que resulta/está prohibido en virtud del principio de presunción de inocencia y el sub-principio de exclusividad de la prueba en juicio producida.

Estos principios, con este procedimiento o vía, son defraudados y corresponde al órgano de control anular o nulificar -para restaurar su vigencia- el acto o actos realizados en fraude a la ley.

Colofón:

Estructura lógico-normativa de la admisión e introducción al juicio de actos de investigación para su consideración como pruebas de cargo válidas como fraude a ley, conforme a la fórmula/esquema propuesto por Atienza-Ruiz Manero³⁷.

³⁷ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., 2000: Ilícitos atípicos, Madrid: Trotta, pp.74 y, en especial, 78-79.

1. Existe una regla regulativa (art. 21, con relación al 20-V) que permite al sujeto F (fiscalía), usar la regla que le confiere poder (ofrecer medios de prueba [262]) para producir el resultado R (admisión de [actos de investigación como] medios de prueba para la audiencia de debate), al realizar A, (serie de actos mas o menos complejos: descubrimiento y ofrecimiento de medios), en ciertas circunstancias X (etapa intermedia [fases escrita y oral]).
2. Como consecuencia de R (admisión de actos de investigación como medios de prueba) se produce, finalmente, un cierto estado de cosas E (actos de investigación son considerados para efectos sentencia como pruebas de cargo válidas).
 - a. El estado de cosas E (consideración de actos de investigación para efectos de sentencia como pruebas de cargo válidas), de acuerdo al balance entre los principios que justifican/habilitan la permisión (ofrecer pruebas) y otros principios del sistema (presunción de inocencia + sub principio de exclusividad de prueba -para efectos de sentencia- en juicio producida), supone un daño injustificado (al ordenamiento en su conjunto, al debido proceso en particular y para el imputado); y, al mismo tiempo, un beneficio/ventaja indebida para el sujeto F (transmutar actos de investigación en prueba de cargo válidas para efectos de sentencia).
 - b. No hay regla regulativa que prohíba producir R (admisión de actos de investigación como medios de prueba), pero existen diversas reglas dirigidas a evitar E³⁸.
3. R (admisión de actos de investigación como medios de prueba) es un medio, bien en sentido subjetivo u objetivo, para producir el estado de cosas E (considerar/valorar meros actos de investigación como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia).
 - a. En sentido subjetivo: R es un medio para producir E, si el sujeto F (fiscalía) al realizar A (descubrimiento, ofrecimiento de medios de prueba y debate), no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar,

³⁸ Así, es primera y esencial garantía y resguardo del principio de exclusividad de la prueba en juicio producido, la proscripción general de introducción, consideración e invocación como medios de prueba de registros y documentos de investigación al juicio que consagra el art. 385 de la legislación nacional; y los son, también teleológicamente y entre otras reglas: 259 §2 (los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio *carecen de valor probatorio para fundar* la sentencia definitiva), 259 §3 (para efectos de dictado de sentencia sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, art. 261 §3 (prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresado al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogado 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 material de la acusación.

- por medio de R (admisión de actos de investigación como medios de prueba), la consecuencia E (que [meros] actos de investigación sean valorados y considerados para efectos de sentencia como prueba de cargo válida) y R (admisión de medios de prueba para el debate) es objetivamente adecuado para E (consideración actos de investigación como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia)
- b. En sentido objetivo: dado que R (admisión de medios de prueba para el debate) es un medio objetivamente adecuado para producir E (consideración de actos de investigación como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia), aunque el sujeto F (fiscalía) no tuviere ese propósito al realizar A (descubrimiento, ofrecimiento de medios de prueba y debate).
4. El balance entre el principio que justifica la regla que confiere poder a F (fiscalía) para ofrecer medios de prueba y los principios de presunción de inocencia y exclusividad de la prueba en juicio producida para efectos de sentencia, tiene fuerza necesaria para generar una nueva regla que establece y mandata:
 - a. En las circunstancias X (etapa intermedia) está prohibido usar la regla que confiere el poder para ofrecer medios de prueba (art. 262), de forma que se alcance, por medio de R (admisión de actos de investigación como medios de prueba), la consecuencia o estado de cosas disvalioso E (consideración de actos de investigación como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia)
 - b. El resultado R (admisión de actos de investigación como medios de prueba), debe considerarse como inválido regulativamente en la medida que conduce a E, estado o consecuencia disvaliosa (consideración de actos de investigación como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia).

**X. ADDENDA: INVESTIGACIÓN EMPÍRICA EXPLORATORIA
DOCUMENTAL Y ENCUESTA A LA JUDICATURA LOCAL SOBRE
EL PROBLEMA DE ACTOS DE INVESTIGACIÓN INTRODUCIDOS
A JUICIO COMO MEDIOS DE PRUEBA, ASÍ COMO
SU CONSIDERACIÓN PARA EFECTOS DE SENTENCIA**

1. Diagnóstico

No es inusual encontrar, en la práctica judicial del Estado de Michoacán, sentencias de condena que descansan, esencialmente, en la consideración y valoración del testimonio de reconocimiento del testigo ocular o presencial (en lo sucesivo, EwT), como tampoco que éste sea corroborado con una o varias pruebas que, para efectos

de este trabajo/investigación, identificaré como pruebas de respaldo (en adelante, PpR).

La obtención, proposición, admisión y producción de medios probatorios relevantes para la resolución y decisión suele ser el camino, por así decirlo, natural-ordinario y práctica deseable para que el tribunal cuente con la información de calidad y suficiente para solución de la controversia ante él planteada. Nada tiene, pues, de extraño —antes bien es normal y aconsejable— que se aporten, admitan y produzcan en juicio medios de prueba para avalar, tanto la hipótesis global de la acusación, como una concreta proposición o conclusión particular. Tal sería, en principio, la lógica subyacente en la proposición y desahogo de medios de prueba que respaldara o, mejor dicho, que otorgaran aval al EwT que —por lo general— suele ser la víctima o sujeto pasivo del hecho imputado.

¿Qué tiene, entonces de relevante o peculiar la —al parecer— extendida praxis en el novel juicio acusatorio michoacano de ofertar, admitir y producir, en juicio y junto al EwT una serie o conjunto de PpR; y, al mismo tiempo o, mejor dicho, como consecuencia de ello, fundamentar la sentencia de condena sobre la base de aquél (EwT) y el respaldo/corroboración que éstas (PpR) le proporcionan?

Para dar respuesta a esta interrogante propongo, en primer término, pasar la práctica identificada (Ewt + PpR) por el tamiz de los principios constitucionales rectores del juicio acusatorio, seleccionando —por razones de espacio— los principios y normas indispensables para decodificarla y (de) mostrar su incompatibilidad con los mismos: (i) el juicio penal, acusatorio y oral, tiene como primer objetivo el esclarecimiento de los hechos, ii) la carga de la prueba de los hechos corresponde al acusador, iii) solo es prueba para efectos de sentencia, la que se produce en juicio y ante tribunal y iv) los principios constitucionales del juicio acusatorio rigen o gobiernan todas las etapas del procedimiento³⁹.

La exigencia-garantía constitucional a ser juzgado sólo con pruebas *en juicio producidas* tiene acogida en la legislación nacional en la regla general que proscribe la introducción al plenario de actos/registros de investigación⁴⁰, salvo en los supuestos excepcionales que la propia norma⁴¹ y como medio para generar y facilitar la contradicción efectiva en el sumario. Así, de esta forma y para ello, los registros de investigación (solo) pueden ser —en parte y por lectura— introducidos al juicio para: (i) evidenciar/superar contradicción y ii) refrescar memoria (art. 376 cnpp). El

³⁹ Por su orden, establecidos y consagrados como *principios generales* del proceso penal acusatorio y oral, en el art. 20. A, fracciones I, III, V y X, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁰ Así, establecida como: «Prohibición de lectura e incorporación al juicio de registros de la investigación y documentos» en art. 385 del código nacional de procedimientos penales (en adelante, aquí y en texto cnpp) contempla.

⁴¹ Cfr. las excepciones —*ex lege*— previstas para esta proscripción general por el art. 386 cnpp.

Análisis legal-epistémico del reconocimiento de identidad...

registro del acto de investigación o, mas concretamente, la información que contiene no puede, *per se*, convertirse en prueba independiente o autónoma; y, mucho menos considerarse como tal, valorando el registro o su información, como prueba válida para efectos de sentencia.

El objeto del juicio es el esclarecimiento de los hechos a través de la prueba que, en juicio, se produzca ante el juez/tribunal de la causa. Esto es, dicho de otra forma, el objeto de prueba y del juicio mismo son los hechos (enunciados) de la acusación. No es y no constituye objeto del juicio probar o llevar ante el juez los actos que, en investigación del delito, llevó a cabo la fiscalía. El juicio no es una instancia de verificación, corroboración y validación de la actividad que el ministerio público llevó a cabo durante la investigación del delito, sino el escenario *ad hoc* diseñado para que éste pruebe, ni mas pero tampoco menos, los hechos de la acusación.

Con este marco referencial, mínimo y acotado por razones de espacio, podemos volver a la práctica identificada como (combo) EwT + PpR. El primero, es prueba relevante cuya admisión, producción en juicio y valoración para efectos de sentencia no tendría, en principio, objeción alguna⁴². El sujeto reconociente es, epistémica y legalmente, la (única) persona que puede dar cuenta, primero en la investigación y luego en juicio, del suceso mismo y de sus condiciones (variables del evento), así como de la forma y procedimiento en que *ex post* reconoció al sospechoso (variables del sistema). Dicho de otra forma, la única y verdadera fuente probatoria⁴³ sobre el evento-reconocimiento es el testigo ocular/presencial (Ew) y su testimonio el medio de prueba, relevante y legalmente pertinente, para informar y producir en juicio información válida y de calidad sobre ambos aspectos.

La diligencia de investigación de reconocimiento o identificación, en cualquiera de sus formas (rueda, fotográfica) es, formal y materialmente, un acto de investigación y, por tanto y como cual, no es prueba⁴⁴. Tampoco y, con mayor razón, son prueba los diversos actos (de investigación) preparativos, instrumentales o complementarios de la diligencia de identificación. Ciertamente, es aun común y por lo general aceptado incorporar al juicio el reconocimiento por medio de la declaración de los funcionarios que estuvieron a cargo de la diligencia en cuestión. Sin embargo, el testimonio respectivo deberá, necesaria y limitadamente, circunscribirse a la forma y condiciones en que el acto se llevó a cabo, mas no podrá identificar y señalar

⁴² Cfr., sobre la conveniencia, incluso respecto al EwT, de exclusiones parciales/temáticas en caso de evidencia (reconocimientos) previos contaminados/poco confiables, GARRETT, 2012: 488 y DUCE, 2020: 2. nota 6

⁴³ MIRANDA, 2014: 141. ALCAÍNO (2014: 604) propone, en consecuencia, vedar/excluir todo testimonio de cualquier partícipe -servidor público o policía- que haya intervenido en el procedimiento de reconocimiento.

⁴⁴ En este sentido, entre otros, MIRANDA, 2014: 141 y DUCE, 2017: 298.

en juicio, tal como en la (mal) praxis detectada sucede, a la persona que el testigo ocular/presencial señaló en dicho acto⁴⁵.

En la praxis detectada, las PpR que, sencillamente no son epistémica y legalmente relevantes, son pomposamente denominadas «peritajes en criminalística» y cuentan con tantas variantes o especies como «expertos» disponibles para que en juicio depongan sobre métodos *sui generis* y conclusiones peculiares: peritajes «en reconocimiento de persona», «fotográfico de reconocimiento de persona», «de retrato hablado» o «de estudio comparativo de imágenes»⁴⁶. Las PpR, propiamente dicho y bien analizadas, son —mas bien— actos de investigación que en forma espuria y en fraude a la ley son presentados (propuestos) y admitidos (aceptados) y en juicio re-producidos como tales (como actos de investigación) y así, transformados, suelen ser considerados como pruebas de cargo válidas para efectos de sentencia.

2. Investigación empírica exploratoria documental y encuesta de opinión

Hasta aquí, la impresión, esencial y resumida, que sobre la práctica identificada tengo. Pero ¿qué tan frecuente es, en el día a día, de los tribunales de juicio?; y, sobre todo, ¿de qué forma pueden validarse las percepciones/estimaciones que sobre el uso y alcance del combo EwT + PpR he expuesto?

Para dar respuesta a estas interrogantes, llevé a cabo una investigación empírica compuesta, una de carácter exploratorio documental (en lo sucesivo, Ie-D) y otra, una encuesta de opinión, ambas guiadas por la hipótesis de trabajo *ad hoc* formulada: la presencia del combo EwT + PpR eleva la propensión o probabilidad de emisión de una sentencia condenatoria por parte de los jueces de los tribunales penales de Michoacán.

La I-eD, geográficamente, quedó limitada al Estado de Michoacán (México) y temporalmente a las sentencias emitidas por tribunales de enjuiciamiento en el año de 2019 y hasta agosto de 2020, conocidas en apelación por la 1ª sala del Supremo Tribunal de Justicia. La muestra comprendió el estudio de 60 sentencias. Por su parte, la encuesta, con un total de 23 preguntas (19 cerradas/4 abiertas), tuvo como destinatarios a los jueces del sistema acusatorio de la entidad y se llevó a cabo, a través de internet (formulario *google*), del 5 al 9 de noviembre de 2020, habiendo participado/respondido la totalidad de los jueces y juezas de la entidad del sistema acusatorio (28).

⁴⁵ De esta forma, se introduce información que no sólo puede confundir al juzgador, sino inducirlo a valorarla como prueba sobre el fondo (reconocimiento del EwT). Vid, al respecto, ALCAÍÑO, 2014: 602

⁴⁶ No se trata, ni tan siquiera de pericias de dudosa calidad, sino narraciones basura de meras las actividades desarrolladas por el «perito» durante la investigación, tales como tomar la fotografía del momento justo en que el EwT señala en la rueda al imputado, llevar a cabo un retrato hablado y compararlo con la descripción que del sospechoso, ya reconocido en rueda, llevó a cabo el EwT. Sobre el costo y riesgos para el sistema de pericias de este tipo, cfr. DUCE, 2014: 70 y ss.

2.1 Principales resultados y hallazgos de la investigación exploratoria documental (Ie-D):

Del total de sentencias analizadas (60), 43 son condenatorias (71,7%) y 17 absolutorias (28,3%). Como primer hallazgo, interesante y que al parecer no se corresponde con la percepción que al respecto se tiene (ilusión de frecuencia), el reconocimiento tan solo estuvo presente en 19 asuntos (31,7%) y en 42 (68,3%) no lo hubo. De los 19 asuntos que presentaron algún tipo de reconocimiento, 17 fueron condenatorias (89,5%) y 2 (10,5%) absolutorias. En 14 (73,7%) asuntos fueron ofertados PpR y en 5 (26,3%) no.

En este subuniverso, sentencias con PpR, 12 (85,7%) son de condena y 2 (14,3%) absolutorias. El resto, 5 asuntos son —también— condenatorias, pero no se ofertó prueba de respaldo alguna al EwT. Este hallazgo resulta, por demás interesante, puesto que la obtención de sentencia de condena con (solo) EwT sin PpR indicaría que éstas se ofertarían, precisamente, para respaldar un EwT *ab initio* considerado débil o vulnerable.

Para la identificación de sospechosos/imputados se practicaron *ex ante* al juicio 11 ruedas, 4 ruedas fotográficas y 10 *show-up's*. Como hallazgo, también relevante, se identificó que durante el juicio fueron llevados a cabo 10 señalamientos *in court recognition*. La víctima aparece como sujeto reconociente en 11 casos (57,8%), en 7 asuntos (36%) un testigo y en 1 supuesto (5,3%) concurren ambos. En las PpR, ofertadas en 14 asuntos, fueron identificados: testimonios del administrador de la rueda (2) y de policías (5); así como «dictámenes» sobre la diligencia de reconocimiento (8), fotográfico (5), de retrato hablado (4) y comparativo de imágenes (4). En cuanto a la presencia de PpR por asunto, 8 (57%) fueron respaldados con una, 2 (15%) con dos, 1 con tres (7%), 2 (14%) con cuatro y 1 con cinco. En el debate, las objeciones a los cuestionamientos sobre variables del evento se presentaron en 8 casos (42,1%), mientras que en el resto, 11 casos (57,9%), no las hubo.

Por su parte, las variables del sistema en 12 asuntos fueron debatidas (63,2%) o cuestionadas y en 7 no (36,8%). En sentencia, el reconocimiento fue considerado en forma positiva en 14 asuntos (73,3%) y, en forma negativa, en 3 asuntos (15%); mientras que para 2 asuntos (10,5%), no fue considerado. En cuanto a la importancia del reconocimiento para el sentido de las sentencias fue *esencial* en 5 asuntos, en 9 importante, *bajo* en 4 y *nulo* en 1.

2.2 Encuesta de opinión

Estos resultados y hallazgos (Ie-D) coinciden, en lo general y en buena medida, con la percepción que sobre la práctica identificada y objeto de estudio [EwT + PpR] tienen los jueces encuestados. Así, por ejemplo, existe amplio consenso que el sujeto

recongnoscente que con mayor frecuencia comparece al juicio es la víctima, con un 92,9% de encuestados que así lo consideraron frente a (solo) un 7,1% que estimó que lo es un testigo. Poco más de la mitad de los encuestados (53,6%) considera que el reconocimiento se presenta *siempre* (14,3%) y casi siempre (39,3%); mientras que el 46.4% estimó que *a veces*. En contraste, la Ie-D arrojó presencia de EwT (solo) en el 32% de los casos. En esta discrepancia, que bien podría apuntar hacia la existencia de un sesgo (ilusión de frecuencia), podría subyacer la importancia y peso desmedido que tradicionalmente la judicatura ha dado y reservado al EwT.

En cuanto al tipo de reconocimientos utilizados con mayor frecuencia, la encuesta —al igual que en Ie-D— apuntaría que son, por su orden, reconocimiento en rueda, seguido de rueda fotográfica con 71% y 60.7% de los encuestados así considerándolo. El menos usado vendría a ser, también con un alto porcentaje de consenso, el *show-up* en flagrancia. El reconocimiento *in court*, en consonancia con el hallazgo respectivo en I-eD, tendría una presencia importante, ya que el segmento que la considera *siempre* y *casi siempre* representa, combinado, el 42,8% y el sector mayoritario *a veces* (57,1%), no descarta -del todo- su utilización.

El 60,7% de los encuestados considera que solo *a veces* el debate del EwT incide sobre las variables del evento; mientras que, el segmento que estima que *siempre* y *casi siempre* se produce representa el 39%. El hallazgo, negativo —ausencia de debate sobre estas variables— en el 58% de los casos analizados, combinado con la percepción mayoritaria (60,7%) de los encuestados de que (solo) *a veces* se produce, sugeriría la poca atención/conocimiento sobre las variables del evento y de su importancia para testear la confiabilidad del EwT. Con relación al debate, en las PpR, sobre variables del evento no sorprende que, en casi el 60% los casos analizados (I-eD) no se haya producido, como tampoco que los encuestados, al respecto, responda (17,9%) que *nunca* acontece o que el 50% afirme que (solo) *a veces* sucede, dado que ello pondría de manifiesto que las PpR no tendrían, en realidad, como objetivo evaluar la capacidad de percepción/retención/recuperación del suceso del testigo, sino tan solo validar su participación (formal) en la realización de determinado acto de investigación que, luego, como PpR es llevado a juicio.

Corroborando la presencia en juicio de las PpR, los encuestados coinciden —por primera y única vez— en mayoría (46,4%) que *siempre* se presentan, que aunado a la respuesta *casi siempre* (35,7%), representaría que el 82,1% estima el uso y concurrencia de PpR muy frecuente y elevado, tal como la I-eD constató su presencia en el 73,7% de los casos. Para el EwT, los encuestados corroboraron que el debate sobre la *forma* en que se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento ocupa un lugar importante y recurrente, considerando que *siempre* (21,4%) y *casi siempre* (67,9%) ocurre —segmento combinado— alcanzaría el 89,2% y (solo) *a veces* un 10,7%. Por igual, en las PpR el debate sobre cuestiones formales en que la respectiva diligencia se llevó a cabo es, de acuerdo a los encuestados, muy fre-

cuenta y elevado, puesto que así *siempre* lo consideran un 28,6% y *casi siempre* un 53,6 % que, sumados, representaría el 82% y el resto *a veces* un 18%. En la I-eD, el debate sobre cuestiones de forma (variables del sistema) se constató en el 63% de los casos.

El EwT se valora *siempre* y *casi siempre* en forma positiva en sentencia de acuerdo, en su orden, al 10,7% y 60,7% de los encuestados (sumatoria: 71.4%); mientras un 28,6% lo consideró que solo *a veces*. Por su parte, que el EwT tiene para efectos de sentencia fue estimado *muy alto* y *alto*, respectivamente, por un 32,1% y 53,6% que, en su conjunto, representaría el 85% de los encuestados; y, en contraste, dicho impacto sería *medio* para un 7,1%, *bajo* para un 3,6% e, interesantemente, *nulo* para un 3,6%. En la I-eD, la importancia del EwT para efectos de sentencia fue hallado *esencial* en 5 casos (26%), *importante* en 9 (48%), *bajo* en 1 (5%) y *nulo* en 4 (21%); y, su valoración estimada *positivamente* en 14 asuntos (74%), *negativo* en 3 (10%) y *neutro* (sin consideración) en 2 (16%).

Para efectos de sentencia, el impacto de las PpR es *muy alto* y *alto* para -respectivamente- un 7,1% y 46,4%, *medio* y *bajo* para -por su orden- 21,4% y 17,9% y *nulo* para 7,1%. Agrupados, en dos segmentos, las respuestas que otorgan un impacto considerable (*muy alto* y *alto*) a las PpR para efectos de sentencia y las que no lo consideran así (*medio*, *bajo* y *nulo*) tendríamos un escenario cercano a una percepción dividida 50/50 (53,5% y 46,4%) que, sin embargo, no correspondería con el hallazgo en la I-eD, en que la presencia de las PpR habrían sido estimadas, como respaldo al EwT, para emitir una sentencia de condena en el 85% de los casos.

3. Conclusiones y recomendaciones (Ie-D + encuesta)

La investigación empírica compuesta constató que, en efecto, existe una práctica en el procedimiento acusatorio michoacano —*a priori* identificada EwT + PpR— que consiste, básicamente, en ofertar y producir en juicio una serie de «pruebas» que tienen como objetivo, (inmediato) respaldar y corroborar el EwT y (mediato) la obtención de una sentencia de condena.

Por igual quedó constatado que, para efectos de sentencia, la valoración y consideración conjunta del EwT + PpR tiene una importancia altamente relevante. La hipótesis que guió la investigación, la presencia del combo EwT + PpR eleva la propensión/probabilidad de emisión de una sentencia de condena de los jueces de primera instancia en Michoacán, es susceptible de tenerse por comprobada ya que, verificada su presencia (EwT + PpR), se obtuvo sentencia de condena en el 85% de los casos analizados.

Es necesario promover la capacitación y formación de abogados y juristas para desarrollar investigaciones empíricas que permitan identificar y proponer soluciones

a problemas y fenómenos jurídicos-procesales con base en información y métodos avalados por disciplinas científicas contemporáneas consolidadas.

4. Propuesta de solución para la praxis identificada (EwT + PpR):

Las PpR son, en realidad, actos de investigación que en forma espuria y en fraude a la ley son introducidos al juicio y, luego, considerados como pruebas de cargo válidas para fundamentar, junto y —se afirma— corroborando el EwT, una sentencia de condena.

¿En qué sentido y por qué un acto procesal, *ab initio* lícito y permitido por una regla (262), puede considerarse ilícito? La proposición, admisión y producción en juicio de testimonios ofertados como prueba pericial es *prima facie* lícita y permitida. Sin embargo, si —como en el caso de las PpR— lo que, en última instancia, se obtiene es la consideración, valoración y transformación del acto mismo de investigación en prueba de cargo, se vulnera el principio constitucional a ser juzgado, exclusivamente, con pruebas —formal y materialmente lícitas— *en* juicio producidas, al igual que el de presunción de inocencia y la proscripción legal de introducir al plenario registros de investigación, en parte y con mayor razón *in totum*, como medio para obtener esta consecuencia y resultado que es, todas las cosas consideradas, ilícito⁴⁷.

En estas condiciones, los actos de investigación que encubiertos como peritajes en criminalística en materia de reconocimiento (PpR), deben ser rechazados —no admitidos— en la audiencia intermedia, ya que —amén de su pobre y dudosa calidad— no son epistémica y legalmente relevantes; y, en caso de que lleguen ser incorporados y desahogados en juicio no podrán ser valorados —so pena de nulidad—⁴⁸ como prueba para efectos de sentencia.

Dado que el primer problema radica en la admisión es necesario, por una parte, reforzar el conocimiento de jueces y litigantes tanto sobre la naturaleza de los actos de investigación y de la relevancia epistémica y legal que deben operar, en su conjunto, como primer filtro y obstáculo a salvar por el proponente mediante un debate entre las partes y de calidad sobre estos aspectos. Esto exige y demanda, también del juez de control o garantías, un papel más proactivo y exigente en el debate de admisión, para que esa instancia de control cumpla su función de depurar información y excluir pruebas de dudosa calidad epistémica y legal.

⁴⁷ Sobre el fraude a ley y su importancia en/para el estado contemporáneo: ATIENZA/RUIZ., 2000: 10 y 67 ss.

⁴⁸ Cfr. sentencia 1ª sala penal del Supremo Tribunal de Justicia Michoacán (STJE), de 17-07-2020, que así lo considera y determina.

Excurso final:

Binder (2013:20), ha afirmado —con razón— “Hoy [por hoy] la mayor reserva de prácticas y cultura inquisitiva se encuentra [sigue y permanece] en los pliegues imperceptibles de las organizaciones de la justicia penal”. A través de prácticas, como la identificada/denunciada, se está llevando a cabo —sin exagerar ni rasgarse las vestiduras— silenciosa y soterradamente la recomposición y reconfiguración del sistema inquisitivo que, en buena medida, operaba y funcionaba a través de la validez *a priori* otorgada a los actos de investigación que no necesitaban —si quiera— en juicio ser reproducidos para conservarla. El *habitus* institucional lo tiene, aun, muy presente y de nuevo actos de investigación, introducidos y re-producidos verbalizadamente en juicio tienen —nunca la perdieron— validez para efectos de sentencia.

