

DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: INFERENCIA PROBATORIA DE LA PRUEBA INDICIARIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL (DOLO) Y OPERATIVIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ¿REGLA DE CARGA DE LA PRUEBA O ESTÁNDAR PROBATORIO? ANÁLISIS

La presunción de inocencia exige que la prueba de los hechos psíquicos esté orientada al descubrimiento de la verdad, por lo que en este ámbito sólo están justificadas los indicios que sean racionales desde un punto de vista epistemológico (esto es, basados en máximas de experiencia), siempre y cuando sean derrotables y se den circunstancias que hagan pensar que el establecimiento de esos indicios-tipo asegura a largo plazo y en el conjunto del sistema procesal una mayor aproximación a la verdad.

Daniel González Lagier.

Presunción de inocencia, verdad y objetividad

Por Juan Jaime González Varas

Resumen: El presente trabajo pretende analizar en particular una sentencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito al resolver el amparo directo 15/2006 bajo la ponencia del Magistrado Miguel Mendoza Montes en contraste con Sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito al resolver el juicio de amparo directo número 89/2008 bajo la ponencia del Magistrado Inosencio del Prado Morales. Ambas realizan el estudio de un sujeto procesado por el delito de transportación de estupefacientes, pero se diferencian en diversos aspectos. Dentro los sustantivos se pretenden estudiar la formación de la prueba con base en su regulación jurídica; y por otro lado los presupuestos de operatividad que le dan a la presunción de inocencia (como regla de carga probatoria, como regla de juicio, como regla de trato). Por su parte, hay una diferencia, más que sustantiva, un tanto práctica; y tiene que ver fundamentalmente con la construcción de la prueba indiciaria; nos atrevemos a decir práctica porque parte de la apreciación de circunstancias fundamentalmente distintas.

Palabras clave: Prueba indiciaria, inferencia probatoria, regulación jurídica de la prueba, presunción de inocencia, prueba de elemento subjetivo, carga de la prueba.

(i) Punto de partida: Dos sentencias¹ ¿diversos resultados? (Hechos)

Las sentencias abordan situaciones análogas –de facto- relacionadas con el tipo penal de transportación de estupefacientes: En ambos casos los transportistas procesados –uno en calidad de copiloto- reconocen conducir (o encontrarse en) un vehículo de un punto del país a otro, y en ambos se asegura desconocer que entre el cargamento transportado figuraba el objeto del delito.

Las diferencias: La sentencia X asegura que se está ante una confesión calificada divisible respecto de la cual se ha admitido los elementos objetivos, pero no los subjetivos del tipo penal. Por su parte, la sentencia Z sostiene que no se está ante una confesión, pues, para que la misma se configure es necesario que la misma verse sobre todos los elementos del tipo penal (incluyendo los subjetivos) y no sólo las circunstancias de tiempo modo y lugar (pues los hechos no son constitutivos de delito); y por tanto, sería calificada únicamente en el supuesto de que admitiendo los hechos propios constitutivos del delito, alguna parte de la misma resultara inverosímil (por incluir causas excluyentes o modificativas de responsabilidad).

Por otro lado, X sostiene que no se tiene por suficientemente acreditado el elemento subjetivo del tipo consistente en el “conocimiento de la transportación del estupefaciente”, mientras Z estimó que existían indicios suficientes para considerar que el procesado sí sabía

¹ **Datos de la Sentencia:** *Sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito al resolver el amparo directo 15/2006 bajo la ponencia del Magistrado Miguel Mendoza Montes (En adelante X). Sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito al resolver el juicio de amparo directo número 89/2008 bajo la ponencia del Magistrado Inosencio del Prado Morales. (En adelante Z).* **Tipo Penal estudiado:** Delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana contemplado en el artículo 194, fracción I, en relación con el 193 del Código Penal Federal, y el artículo 234 de la Ley General de Salud. El artículo **194 referido a la letra dice:** “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que: I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los **narcóticos** señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud [...]”.

que transportaba marihuana. Ambos Tribunales tomaron en cuenta la presunción de inocencia para arribar a un resultado.

El presente trabajo pretende desarrollar un análisis probatorio de los aspectos abordados por X y Z en las respectivas sentencias con base en los siguientes ejes fundamentales: (a) Un análisis sobre la formación de la prueba ¿se puede hablar o no de una confesión en los asuntos estudiados?; (b) un análisis probatorio de la construcción de la prueba indiciaria del elemento subjetivo del tipo penal, en otras palabras ¿Por qué X si y Z no?; y finalmente (c) un análisis probatorio de la función de la presunción de inocencia.

* * *

(ii) Breve análisis probatorio de la conformación de la prueba: ¿Confesión o declaración?
La regulación jurídica de la prueba confesional

La divergencia de premisas que enfrentan X y Z con base en la admisión del procesado de ciertos hechos o circunstancias de tiempo, modo y lugar en la comisión del delito, se circunscribe en el problema de determinar si dicho evento constituye una confesión²: En nuestra opinión, tal circunstancia se explica desde la regulación jurídica de la prueba, y en concreto, en el estudio de los elementos para su formación. Véanse a continuación –en síntesis- las declaraciones:

Para X³: Declaración ministerial por SMG ratificada ante el juez de primer grado; y declaración preparatoria. De las cuales se desprende que “salió de San Mateo Atenco, municipio de Toluca, Estado de México a bordo del vehículo (...) con destino a Reynosa Tamaulipas, sin embargo al llegar al retén militar La Coma (...) Tamaulipas, revisaron la aludida camioneta y extrajeron un doble fondo los paquetes que dijeron contenían al parecer marihuana. (...) Que salió con su primo con dirección a la frontera a traer una camioneta y dos motores (...) por lo que respecta a la droga que sacaron del compartimiento agrega que no sabía nada hasta el día que lo detuvieron.

² Se precisa que ninguna de las sentencias se cuestiona por sí el problema de determinar si se está o no ante una confesión. Más bien dichos instrumentos jurídicos dan por sentadas las premisas sobre las que construyen sus razonamientos. X parte de una confesión (que después declara como calificada divisible –verosímil-); y Z la maneja como una declaración. El planteamiento del problema se efectúa para efectos del presente trabajo, en una vertiente de análisis probatorio desde el aspecto de la regulación jurídica de la prueba.

³ Materiales probatorios relatados en las hojas 22 -23, y, 46 de la sentencia respectiva.

Para Z⁴: Declaración ministerial, y preparatoria, así como sus respectivas ampliaciones rendidas por FPP. De las cuales se desprende que conoce a JB quien al enterarse que el coacusado era chofer, le ofreció realizar un viaje como chofer de tráiler pagándole la cantidad de siete mil pesos por realizar un viaje de la ciudad de Guadalajara hasta la ciudad de la Paz, Baja California, que no sabía que transportaba droga, misma que se encontraba oculta en las varillas de materiales que tenía que transportar y que no se enteró de dicha circunstancia hasta la detención en el Rosario, Baja California.

El análisis puede partir –como bien señala Taruffo⁵– desde la concepción de que la formación de la prueba se da únicamente a través de la constatación de las modalidades y condiciones previstas por la ley; de tal suerte que si éstas no se cumplen en su totalidad la prueba no se forma. Así, el punto de partida será el establecer cuáles son las condiciones que en el derecho mexicano (contexto específico) se exigen para la conformación de una prueba confesional.

De una abstracción de los artículos 207 y 287 del Código Federal de Procedimientos Penales⁶ se concluye que los elementos (condiciones y modalidades) para la conformación de una confesión consisten en los siguientes: (a) Una declaración voluntaria; (b) hecha por persona no menor de dieciocho años; (c) en pleno uso de sus facultades mentales; (d) rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa con asistencia de su defensor o persona de confianza; (e) sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación; (f) emitida con las formalidades señaladas en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷; (g) realizada en cualquier estado del procedimiento hasta antes de dictar sentencia irrevocable y (h*) que no existan datos que a juicio del juez o tribunal la hagan inverosímil (modalidad).

Cuadro 1

De conformidad con el art. 270 y 287 CFPP (regulación jurídica) si N es la confesión. Tenemos que:

$$a + b + c + d + e + f + g + h^* = N$$

Donde para e (hechos propios constitutivos del tipo penal) es necesario la concurrencia de $e1$ (parte objetiva – circunstancias de tiempo modo y lugar) y $e2$ (parte subjetiva). Por tanto:

⁴ Materiales probatorios relatados en las hojas 8-15 de la sentencia respectiva.

⁵ Taruffo, M., La prueba de los hechos, Madrid, 2002 (trad. Jordi Ferrer), pp. 380-381.

⁶ La regulación jurídica de la prueba no se agota en ese artículo; sino que por el contrario, se encuentra regulada por un conjunto de disposiciones a lo largo del capítulo II del Título Sexto en el Código Federal de Procedimientos Penales.

⁷ Se estima la remisión a la norma constitucional constituye una regulación jurídica concurrente para efectos de la conformación de la prueba. Por el momento no nos ocuparemos del análisis exhaustivo de las condiciones constitucionalmente previstas.

Conforme lo anterior, no puede sostenerse como señala la sentencia X que una declaración sobre circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto del transporte de algo lícito como varillas para construcción (sentencia X) o el simple desplazamiento de un punto a otro (sentencia Z) constituya una confesión. Fundamentalmente no sólo porque se encuentra ausente el elemento subjetivo del “conocimiento” del traslado de estupefacientes; sino porque no hay un reconocimiento de hechos constitutivos del delito en general. La ausencia de la condición identificada con el inciso (e) en el párrafo anterior, al ser un requisito concurrente con los demás de ejercicio necesario, impide la formación de la prueba confesional. Y si no hay formación de la confesión, la misma no puede resultar divisible (Ver cuadro 1).

Pero Taruffo también señala que dicha circunstancia no implica que si no conforma tal prueba, no haya nada; pues lo que materialmente se ha creado puede ser utilizado de todos modos con otro título a efectos probatorios si la ley así lo prevé ($\neq N$). Y también hay que precisar que la vinculatoriedad de esa regulación legal, y por tanto la taxatividad de los procedimientos, no son absolutas sino relativas al contexto de aplicación que le es propio⁸.

En este orden de ideas, no obstante que la prueba confesional no se hubiera integrado en X, la declaración rendida ante el Ministerio Público, Juez o Tribunal de la causa –realizada bajo el respeto de derechos humanos y exigencias formales de la ley procesal- conforma una serie de circunstancias (e1) que seguirían siendo tomados en consideración para la prueba de otro tipo de elementos (como los objetivos y normativos), o en su defecto para la construcción de indicios como veremos más adelante (ver cuadro 2).

<i>Cuadro 2</i>
Si
$a + b + c + d + e1 + f + g + h* \neq N.$
Entonces:
$a + b + c + d + e1 + f = M$
Donde M es una prueba distinta a la

Pero para efectos prácticos, confesión calificada dividida; o bien, declaración, es una discusión que para la solución concreta con el material probatorio con que se cuenta resulta poco relevante. Lo anterior es así porque lo que resta por acreditar es precisamente el elemento subjetivo del tipo; y mientras X sostiene que se trata de una confesión calificada dividida por la ausencia del elemento subjetivo; Z valora en abstracto los elementos que se han desprendido de una declaración. Lo restante: Probar el conocimiento de la transportación de estupefacientes. Y para ello lo que se necesita es de una prueba indiciaria,

⁸ Ídem.

pues, inclusive ante una confesión lisa y llana, para que tenga plena eficacia como prueba debe ser administrada con otros elementos.

No obstante lo anterior, vale algún comentarios⁹ sobre el problema de la formación de la prueba con base en su regulación jurídica y su impacto en la presunción de inocencia como regla de trato procesal (en sentido amplio). El problema de X es partir de una mala interpretación de una jurisprudencia¹⁰ con la que eventualmente pretende reconfigurar la naturaleza jurídica de la prueba¹¹.

Esto es, tomando en consideración que el artículo 287 del referido Código Procesal contempla que una confesión no debe tomar en cuenta datos que a juicio del juez o tribunal la hagan inverosímil, aplica la jurisprudencia que permite la conformación de una prueba calificada divisible (que refiere circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad que resultan inverosímiles) para concluir

que: “si el procesado aceptó realizar una acción de transporte -énfasis en que no se refiere a transporte de narcóticos- pero alega que ignora la existencia de la droga oculta, en efecto puede considerarse como una confesión divisible porque divide al tipo penal del delito en una parte objetiva y en otra subjetiva que se niega¹² (sic)” (Ver cuadro 3).

<i>Cuadro 3</i>
Si $a + b + c + d + e + f + g + h = N$
Entonces
$a + b + c + d + e1 + f + g + Xh = XN$
Dónde Xh es la variante de

⁹ No nos detendremos en este punto a analizar de manera exhaustiva la presunción de inocencia, porque ello será objeto del tercer apartado, y relacionado con la conformación de la prueba indiciaria para la prueba del elemento subjetivo del tipo penal. Véase al respecto: Ferrer Beltrán, Jordi, *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia en Contribuciones a la Filosofía del Derecho*, Moresco, José Juan y Martí José Luis (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹⁰ Véase las páginas 111 a 121 de la ejecutoria en comento. Cita la jurisprudencia de rubro: **CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE.-** *La confesión calificada con circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por cierto sólo lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia.* (Sexta Época; Primera Sala; Apéndice de 1995 Tomo II, Parte. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Página: 58, Tesis: 102 Jurisprudencia). Al respecto, se comenta que si bien la verosimilitud sobre lo expuesto por un inculpado es una cuestión que el juez determina a partir de su libre convicción, el hecho de que sean considerados inverosímiles (por encontrarse contradichos con otras pruebas o por no haber sido confirmados no implica que en automático se deba considerar sólo lo que le perjudica; sobre ello abundaremos al exponer la operatividad de la presunción de inocencia en el apartado (iv) del presente trabajo.

¹¹ En el caso de **Z** no es que la confesión no se haya formado, sino que más bien desde el inicio –de conformidad con el procedimiento previsto para ello- se formó una declaración, y como tal fue evaluada.

¹² Amparo Directo 15/2006. Página 120.

Si bien la sentencia continúa precisando que tal confesión no podría ubicarse como

Cuadro 4

Se explica como sigue:

$$a + b + c + d + e1 + f + g + Xh = XN$$

≠

$$a + b + c + d + [e1(-e2)] + f + g + h = N$$

Donde se estima la condición (-e2) donde

calificada si es verosímil, y por tanto en el caso se está ante una confesión divisible sin el calificativo de inverosímil (confesión divisible verosímil). Nos atrevemos a plantear un problema porque más allá del efecto práctico-útil probatorio, sustentar que se configura una confesión (aunque ésta sea considerada calificada divisible verosímil) aún con la ausencia del reconocimiento de la conducta dolosa, equivale a decir por razonamiento lógico que hay una negación de los elementos subjetivos del tipo (y no solo la ignorancia

de ellos) (Ver cuadro 4).

En otras palabras, una negación presume que el procesado tiene conocimiento del mismo pero no lo reconoce (ya que de otra forma no calificaría como confesión); cuando en realidad, no hay una negación de los elementos subjetivos sino una ausencia del reconocimiento de ellos: no hay un reconocimiento de la conducta típica. Asumir cuando menos de manera implícita tal circunstancia podría resultar contrario a la presunción de inocencia en un sentido amplio de trato procesal (si se quiere vía interpretación), o por lo menos una concepción –en nuestra opinión poco garantista- adscriptivista o normalista de la prueba de la intención.

Cabe mencionar que del presente asunto derivó una tesis¹³ donde se sostiene que:

“(…)si el acusado acepta la parte objetiva del tipo, pero niega la subjetiva por ignorar sus elementos, esta división presenta un problema relativo a la verosimilitud del aspecto no confesado que se resuelve tomando en cuenta el principio de inocencia, la carga de la prueba y los medios de convicción directos o indirectos que obren en la causa penal; de manera que, si el aspecto no reconocido que hace divisible a la confesión no se trata de un hecho cuya prueba corresponda demostrar al inculpado, sino a la representación social al no existir en las constancias pruebas directas o indirectas en contrario, debe convenirse que la

¹³ “CONFESIÓN DIVISIBLE VEROSÍMIL. LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA PARTE SUBJETIVA DEL TIPO NO RECONOCIDA POR EL INculpADO, ANTE LA INEXISTENCIA DE PRUEBAS DIRECTAS O INDIRECTAS EN SU CONTRA CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO, DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; y, “CONFESIÓN DIVISIBLE EN EL DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTE. SI EL INculpADO DECLARA DESCONOCER LA EXISTENCIA DE LA DROGA ENCONTRADA EN UN COMPARTIMIENTO OCULTO DEL VEHÍCULO EN QUE VIAJA Y EN LA CAUSA PENAL NO EXISTEN PRUEBAS DIRECTAS O NO SE CONFORMA LA INDICIARIA QUE HAGA INVEROSÍMIL LO NEGADO POR EL ACUSADO, LA CONFESIÓN, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, SERÁ DIVISIBLE VEROSÍMIL”. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Enero de 2007; Pág. 2236

confesión divisible será verosímil, pues quedará intacto el principio de presunción de inocencia, conforme al cual, el acusado no tiene la carga de probar su inocencia”

Al respecto, se menciona que no hay un problema de verosimilitud (o con más precisión de credibilidad de la prueba¹⁴), porque hay ausencia de dicho aspecto; lo que existe es un problema de prueba (indiciaria); de tal suerte que en efecto opera el principio de presunción de inocencia como regla de carga probatoria respecto de la formación de la indiciaria, pero no respecto de la verosimilitud de un aspecto no confesado. Este aspecto, se retomará en el diverso punto (iv) al analizar la operatividad del principio de presunción de inocencia¹⁵, una vez desarrollado los elementos de construcción de la prueba indiciaria. .

* * *

(iii) Análisis probatorio de la construcción de la prueba indiciaria del elemento subjetivo del tipo penal¹⁶

Ya hemos mencionado con anterioridad que ambos Tribunales, tanto X como Z analizaron situaciones similares. Consideramos, que la divergencia entre un resultado y otro (condenar o absolver) se da con fundamento en la serie de inferencias probatorias que se realizan para conformar (o no) la prueba indiciaria del elemento subjetivo del tipo penal. Así, si bien es cierto que existe un problema vinculado con la prueba de los elementos subjetivos del tipo penal; este puede ser acreditado ya sea a través de una confesión –en conjunción con otras pruebas- que en el caso no se presenta en ninguno de los dos supuestos o bien a través de una circunstancial¹⁷. De las declaraciones antes sintetizadas en el apartado (ii) del presente

¹⁴ Véase al respecto: Anderson, Twining, Schum, Analysis of evidence, Cap. 2.

¹⁵ Es cierto también que existen tesis en sentido contrario, y hasta la fecha no hay pronunciamiento que haya resuelto el tema. Véase por ejemplo las siguientes tesis: “CONFESIÓN DIVISIBLE VEROSÍMIL EN EL DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTE. NO SE ACTUALIZA SI EL INculpADO DECLARA IGNORAR LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO ENCONTRADO EN UN COMPARTIMIENTO OCULTO DEL VEHÍCULO QUE CONducÍA Y SÓLO RECONOCE QUE TRASLADABA DIVERSOS OBJETOS MUEBLES LÍCITOS”. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Junio de 2008; Pág. 1217; y “CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE EN DELITOS CONTRA LA SALUD. NO SE ACTUALIZA SI EL AGENTE ACTIVO NO RECONOCE SU PARTICIPACIÓN EN HECHOS PROPIOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO DELICTIVO”. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Julio de 2004; Pág. 1699

¹⁶ Para efectos del análisis probatorio se tomó el material contemplado en la sentencia del tribunal de origen previo al juicio de amparo directo respectivo. Dicho material se encuentra relatado en los antecedentes de la sentencia respectiva, pero resulta más exhaustivo que la relación que se presenta en el considerando relacionado al resolver el juicio de amparo. Por su parte se precisa que el presente tema estará íntimamente relacionado con la operatividad de la presunción de inocencia, pero por efectos de metodología, en primer lugar se expondrá el razonamiento probatorio realizado con algunas observaciones procurando no hacer una calificación determinante sobre ellos.

¹⁷ Sobre el problema de la prueba de los elementos subjetivos del delito véase al respecto: González Lagier, Daniel, *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, Depto. De Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

trabajo se aprecian elementos comunes: A continuación desarrollaremos el análisis probatorio seguido por cada uno de los tribunales:

Con independencia de la calificación que respecto de una declaración hace X como una confesión, en realidad su decisión se funda en una insuficiencia probatoria de la integración de la prueba circunstancial en los siguientes términos. ¿Qué tomó en cuenta X? Veamos a continuación algunos extractos de las declaraciones y testimonios que se tomaron en cuenta.

Declaración de RNM (coacusado) de la que se desprende que: La camioneta en la que viajaban se la entregaron en la ciudad de Toluca, Estado de México, una persona de la que desconocía su nombre, proporcionándole la cantidad de 15 mil pesos cuatro días antes de su detención; posteriormente señala que el domingo pasó por SMG a San Mateo Atenco ya que le había comentado que iba a ir a la frontera porque quería comprar una camioneta (...) que al llegar al retén militar encontraron un doble fondo en cuyo interior se ocultaba la marihuana (...) que iba a ocupar a SMG como conductor ya que aquél iba a traer una camioneta y él otra (...) que a su primo le manifestó que irían hasta ciudad de Reynosa, Tamaulipas (...) que no le iba a pagar nada por conducir (...) que entregaría la camioneta en un hotel que se encuentra ubicado en la entrada, siguiendo derecho después del primer semáforo. En la ampliación manifestó que: SMG no sabía nada de la marihuana hasta que los detuvieron.

Testimonios de los aprehensores e inspección del vehículo. Se desprende que la droga estaba oculta en un compartimiento hechizo y que para detectarlo hubo que hacer diversas maniobras y utilizar equipo de soldadura autógena para realizar el corte de la lámina de la caja.

(...) que no sabía que le habían pagado a su primo (...) que lo invitó a realizar el viaje para que conociera(...) que

Conforme lo anterior, la sentencia realiza una relación de pruebas de las cuales en conjunto, no se aprecia alguno que permita inferir el conocimiento que tenía el imputado sobre la transportación de droga. Dichos razonamientos los sostiene con base en que aunado a la declaración de RNM; la del coacusado SMG fue libre y espontánea, narrada con claridad y sin titubeos, donde exhibió la forma como fue invitado por su coacusado (primo) a acompañarlo a Tamaulipas, los motivos por los que aceptó (conocer) y la forma como

emprendió el viaje. Pero además sostiene que dicha circunstancia resulta creíble dada la inspección judicial que obra en autos de la que se advierte el doble fondo de la camioneta imperceptible a simple vista, y que además necesitó de diversas maniobras y equipo especial para detectarlo (en otras palabras no había accesibilidad que permitiera inferir que los estupefacientes estaban ahí).

Si bien se comparten los razonamientos, es importante complementar con algunas otras circunstancias¹⁸. De la declaración de inicio de SMG no se aprecia que él tuviera conocimiento de circunstancias aparentemente confusas: Por ejemplo, el pago que recibió RNM por el traslado de la camioneta, la misma propiedad de la camioneta, no estuvo presente el día que se efectuó el trato con la persona que efectuó el pago, que conoció la camioneta hasta el día en que su primo pasó por él a la frontera, situaciones que no se encuentran contradichas con alguna otra. De ello se puede inferir que si el imputado no tuvo acceso al vehículo en que se encontraban los estupefacientes en algún momento previo, aunado a que la marihuana se encontraba oculta, y no sólo oculta, sino inaccesible a cualquier maniobra humana simple; no se cuenta con material probatorio para sostener lo contrario.

De la operatividad de la presunción de inocencia nos ocuparemos más adelante; pero por el momento se deja claro que el punto medular es que no existen indicio alguno que nos permita sustentar que el procesado tenía “conocimiento” del traslado; salvo tal vez, la relación de confianza que se presume de dos personas que son familiares; sin embargo, tal máxima de experiencia no está interrelacionada con prueba alguna que nos permita formar una prueba indiciaria.

Pero el escenario para la sentencia Z no es el mismo y a continuación veremos por qué. Los indicios que tomó en cuenta son los siguientes:

Cuadro (A)

1.

(a) Del parte informativo rendido por los militares aprehensores, su ratificación y la declaración de los mismos se desprende que se trataba de una gran cantidad de droga,

¹⁸ En realidad sobre la sentencia X hay que mencionar que un razonamiento probatorio para sustentar que no hay indicios sobre la responsabilidad de la persona acusada es más sencillo. El punto medular es señalar que no hay prueba alguna que nos demuestre lo contrario, salvo máximas de experiencia que si no se encuentran entrelazadas con medios probatorios no sirven para construir una indiciaria. Sobre la conformación de la presuncional nos ocuparemos respecto de la sentencia Y.

pues fueron más de dos toneladas y media, lo que permitió que uno de los militares, específicamente RLG, al hacer una revisión de rutina percibiera el olor característico de la marihuana.

(b) De la declaración del inculpado se desprende que él se subió a la plataforma para amarrarla bien.

(ab) Es ilógico que no percibiera el olor que desprendía la marihuana.

2.

(a) A pesar de que sólo había visto en una ocasión al sujeto de nombre Jesús Barrios que lo contrató como chofer aceptó realizar un viaje tan distante por la suma de cuatro mil pesos.

(b) El inculpado percibía la cantidad que le pagaron en dos semanas y sin riesgos en el camino.

(c) La carga de varillas (y de la droga) implica un valor muy grande en el mercado.

(ac) Hay confianza entre ambos

3.

(a) El inculpado se percató de que la carga ya estaba armada cuando llegó al tráiler.

(b) El inculpado tenía más de diecisiete años de ser chofer.

(ab) Es ilógico pensar que no haya revisado la carga.

4. Otros elementos:

Cuando bajó del barco en la Paz, California fue interceptado por un conductor de un vehículo Tsuru.

El conductor cambió los papeles de la carga y continuó el viaje.

Un desconocido sin identificarse, le entregó el pago en el ferri de Mazatlán a la Paz

Cuando llegó a la Paz le dijeron que la carga no la querían ahí sino Ensenada

No conoce más datos que lo lleven a la localización del sujeto de nombre Jesús Barrios y de la empresa que representaba “Fletes Tapatíos”

Como se puede apreciar, el Tribunal Z realizó razonamientos probatorios que permiten conformar indicios sobre la presunta responsabilidad del procesado. Pero tales

razonamientos en nuestra opinión se encuentran sustentados a su vez en máximas de experiencia que serían los siguientes:

1. “Una persona que se encuentra tan cerca de tanta cantidad de droga y que no tiene problemas de olfato debe percibir el aroma tan característico que desprende, máxime si ésta ha sido percibida por otra en igualdad de circunstancias”.
2. “Una persona que entrega un cargamento de alto valor económico necesariamente debe conocer a la otra con cierto grado de confianza (relación laboral, de amistad, etc.)
3. “Una persona perito en la materia de transporte de carga por su calidad de chofer de tráiler debe revisar el cargamento”.
4. “Una persona perito en la materia de transporte de carga por su calidad de chofer ante el extrañamiento de la ruta del transporte (cambios repentinos, personas que cambiaban la carta de porte, personas que le daban más dinero, etc) no habría actuado desplegando tal conducta”.

Como se advierte, a través de las máximas de experiencia que soportan las inferencias probatorias es posible arribar a las conclusiones a las que arribó Z. Pero por otro lado, salvo la identificada con el número 1 –y aunque se infiere- no hay razonamiento que entre tales indicios sustente el “conocimiento de la transportación de marihuana”. Para ello, habría que haber interrelacionado las conclusiones alcanzadas en un enlace necesario. La pregunta clave es: ¿Por qué una persona que con conocimiento en la materia y sabiendo que se debe de revisar la carga que se va a transportar no habría de hacerlo?

1. La revisó y mintió	Tenía conocimiento.
2. No había necesidad de revisarla	
2.1. Porque tienes conocimiento de lo que vas a transportar	Tenía conocimiento.
2.2. Porque la empresa para la que trabaja delega en alguien más la revisión de la carga.	No se desprende de la declaración del procesado que tuviera conocimiento pleno del funcionamiento de la empresa para “trabajó”, por el contrario sostiene que no tiene más datos ni de la empresa ni del sujeto que lo contrató; en otras palabras no era un trabajador ordinario que prestara sus servicios.

2.3.Tenías una indicación clara de no hacerlo	No se desprende de la declaración del procesado.
---	--

En ese sentido habría que enlazar la conclusión alcanzada en el 3 con la última parte del punto 4 (ver cuadro A); con diversas máximas de experiencia, esto es: una persona que tiene cierto grado de “confianza” tiene más datos sobre donde localizar a la persona; o de lo contrario, si en verdad no se tiene confianza en esa persona “cuando te contrata alguien que no conoces tienes mayor cuidado en revisar el trabajo que se le va a prestar máxime cuando es obligación de un chofer de tráiler revisar la carga” .

Ahora bien, aunado a todos estos indicios habría que agregar que de la declaración del imputado se aprecia claramente que a pregunta expresa reconoció que “no es frecuente que un chofer de tráiler no revise la carga de lo que va a transportar”, y “no es frecuente que se cambien las rutas de traslado de la forma en que se hizo”, además de que todas éstas circunstancias le resultaron extrañas, pero no agrega más elementos que de alguna u otra forma justifiquen la conducta con la que actuó.

Por lo anterior, si no hay elementos que haya expuesto en su declaración que de alguna forma expliquen y justifiquen la conducta con la actuó, en contra de cualquier expectativa razonable que se podría esperar de un chofer de tráiler de carga sobre el conocimiento del contenido del material que transportaba, que es contratado por una persona desconocida (lo que intensifica el deber de cuidado); aunado a que reconoce expresamente que las circunstancias le parecieron extrañas y poco frecuentes; y, que se ubicó en circunstancias equiparables de modo y lugar bajo las cuales una diversa percibió el olor de la marihuana nos permiten concluir que actuó intencionalmente conforme a la acción que creyó – a la luz de la evaluación de la situación en el momento en el que actuó- más adecuada para lograr el fin que perseguía, lo que supone que tenía conocimiento del estupefaciente que transportaba. Por supuesto que dicha situación podría ser derrotable, pero como se señaló anteriormente de la declaración del procesado no se advierten mayores detalles que expliquen el despliegue de su conducta.

Así, se advierte que aunque Z realizó inferencias que se estiman correctas, pero que las mismas no fueron administradas suficientemente bien para arribar a la conclusión que se perseguía: demostrar el conocimiento de la transportación del estupefaciente¹⁹.

¹⁹ Las observaciones aquí realizadas se enuncian de manera ejemplificativa, partiendo de la base de que el sustento del elemento subjetivo que se pretende demostrar necesita de un enlace aún mejor explicitado. Lo que se pretendía demostrar es la ausencia del enlace final para arribar a tal conclusión.

* * *

(iv) Conclusiones. Análisis probatorio de la presunción de inocencia: Un asunto más allá de la conformación de la prueba

Conforme lo antes expuesto, tenemos dos casos (X y Z) que nos permiten apreciar diversos matices de la presunción de inocencia. Ambas sentencias sostienen haber hecho uso de ella.

Ya hemos realizado también algunos comentarios preliminares sobre lo que se estima una apreciación incorrecta de la formación de la prueba con base en su regulación jurídica; y como la calificación –como confesión- que vía interpretación realiza X respecto de una declaración repercute en algunos matices de la presunción de inocencia como regla de trato procesal (aunque los efectos en el sentido de la resolución no hayan sido desalentadores).

También se ha precisado que se estima inoperante el encuadre que realiza X respecto de la presunción de inocencia respecto de la verosimilitud de un aspecto negado para tomarlo como verosímil, situación que resulta innecesaria: Lo cierto es que para efectos prácticos, X operativizó la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba (pero que enfatizamos no recae sobre la verosimilitud de un aspecto negado).

De conformidad con el apartado anterior para construir una prueba presuncional es necesario realizar inferencias que demuestren las hipótesis sustentadas con el mayor grado de probabilidad posible²⁰. Para ello, -consideramos- nos debemos asegurar que los medios de prueba resulten fiables²¹, variados, pertinentes, coherentes, con garantías bien fundadas (reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia), que se eliminen hipótesis alternativas y que no existan contraindicios. En ese sentido, la presunción de inocencia implica que las hipótesis alternativas deban ser desmentidas (situación que intentamos en un esfuerzo preliminar realizar respecto de la sentencia Z).

Pero contrario a lo señalado por X, el principio de presunción de inocencia no es que opere en función de que el Ministerio Público no logre demostrar la responsabilidad del

²⁰ Por ejemplo, González Lagier sostiene la necesidad de un estándar de racionalidad epistemológica que nos permitan acercarnos en mayor medida a la verdad de los hechos.

²¹ Anderson... Ibid.

indiciado; el principio como regla de trato rige durante todo el proceso y como regla de carga de la prueba opera a favor del procesado, pero no cuando el Ministerio Público no logre demostrar, sino más bien en el momento en que tenga que probar. El problema al que llega, estimamos, parte de uno ulterior, y es precisamente considerar la declaración del procesado como una confesión; por ello, al concluir que hay una negación del elemento subjetivo del tipo, estima que el Ministerio Público no logró demostrar la responsabilidad – como si de romper con tal negación se tratara-, cuando en realidad lo que tenía que hacer era probar.

En otras palabras, si una vez agotados los medios probatorios, existe duda respecto de la configuración del elemento subjetivo, opera el principio de presunción de inocencia como regla de juicio; esto es, si la declaración del inculcado no se encuentra contradicha con otras pruebas y no existen indicios que revelan lo contrario, hay un impedimento para considerar la responsabilidad de la persona²² (Véase el caso X). Nos atrevemos a decir regla de juicio como señala Jordi Ferrer, pero en el entendido de que ésta regla de juicio no es más que una insuficiencia probatoria de conformidad con el la presunción de inocencia como regla de carga de la prueba; y el impedimento para considerar la responsabilidad de la persona no es más que la consecuencia natural de “no probar”.

No obstante respecto de X, y reencausando las observaciones que se realizaron respecto del encuadre de la presunción de inocencia que se realiza, estimamos que en efecto, el material probatorio con el que se cuenta, no es suficiente para acreditar la responsabilidad del procesado. Por ello, en enumeradas ocasiones enfatizamos que más allá del razonamiento inferencial realizado en un intento de comprobar el desconocimiento que tenía de la transportación del estupefaciente; lo cierto es que no había pruebas que contradijeran de alguna u otra forma lo declarado por el procesado.

Ahora bien, respecto de Z creemos que si bien la sentencia contiene material suficiente para construir una prueba indiciaria, la misma requeriría ser reconstruida sobre la base de un estándar probatorio más alto. En particular, es necesario hacer explícitas las máximas de experiencia en las que descansan las inferencias realizadas y entrelazarlas de tal forma que lleguen verdaderamente a la verdad buscada: el conocimiento del transporte de marihuana. Ya en el apartado anterior, se realizó una primera aproximación a los elementos que se estiman faltaron en el razonamiento inferencial.

²² En otras palabras, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contra hipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas” Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. p.151.

Por lo anterior, el principio de presunción de inocencia debió operar como estándar probatorio al momento de la construcción de la prueba indiciaria de manera tal, que por lo menos no se dejaran saltos lógicos entre la verdad sabida y la buscada, por mucho que una persona pueda inferirlos de los elementos relatados. Hay agravios cuya respuesta se considera insuficiente, pues en el caso de algunos –inclusive- se remonta a argumentos que no se sostienen sobre la base del conocimiento de la transportación del estupefaciente.

En otras palabras: La sentencia identifica correctamente los materiales probatorios con los que cuenta para realizar las inferencias, pero dado que la prueba circunstancial requiere eminentemente de un razonamiento que la sustente, no basta con enumerarlos y dejar a la libre interpretación lo más probable, sino que era necesario exhibir dichos razonamientos.

A manera de ejemplo, para el caso de X el tribunal de apelación, previo a la sentencia de amparo en estudio consideró que el quejoso con pleno conocimiento trasladó la marihuana; considerando para tal efecto, que a través de la prueba indiciaria se justificaba que la transportación se realizó a sabiendas de esa circunstancia ya que el acervo probatorio proporcionado por la defensa resultó ineficaz para desvirtuar los elementos de convicción aportados por la fiscalía. Se estima que el problema que se critica no es el que se haya considerado acreditado el dolo o el conocimiento del quejoso a través de una prueba indiciaria, sino si se construyeron las inferencias probatorias suficientes para llegar a tal conclusión.

Finalmente, a manera de provocación. Se ha dicho que ante la inexistencia de pruebas directas o indirectas en contra del inculpado, la carga de la prueba respecto de la parte subjetiva del tipo, en este caso, respecto del elemento del conocimiento de la transportación de estupefacientes corresponde al Ministerio Público. Pero por otro lado, la prueba para acreditarlo –ante la falta de una confesión administrada con otras- es la prueba circunstancial o de indicios.

Prueba indiciaria no es lo mismo que indicios. Si la prueba indiciaria no es más que un razonamiento de inferencias probatorias sustentados en diversas máximas de experiencia que nos permiten enlazar de manera lógica una verdad conocida y otra buscada. La pregunta es: ¿La carga de la prueba que se le atribuye al Ministerio Público es sobre la prueba indiciaria?

Somos de la opinión de que la carga de la prueba en este caso resulta demasiado gravosa. La prueba indiciaria se construye a través de los indicios que arrojan las pruebas directas o indirectas. Si esto es así, si bien se asume que la carga de la prueba de conformidad con el principio de presunción de inocencia recae en el Ministerio Público, la realidad es que – en nuestra opinión- bastaría con la aportación de elementos suficientes que a criterio del juez puedan ser valorados, pero finalmente la apreciación y construcción de las inferencias o de la prueba indiciaria –en su caso- queda en manos del desempeño jurisdiccional al momento de la valoración. Por lo anterior, y dejamos la pregunta abierta para futuras investigaciones: ¿La prueba indiciaria es un producto del probar o del valorar, o hay una valoración previa que permite construir mediante el probar una diversa prueba a saber (circunstancial) que eventualmente también tiene que ser valorada? En uno u otro supuesto estaríamos ante la presencia de que el probar en este caso corresponde al juez.

ANEXO I. Materiales Probatorios de la Sentencia X

- La diligencia de inspección ocular y fe ministerial reveló la existencia de cuarenta y siete paquetes confeccionados con cinta masking tape, de color canela, todos y cada uno con un vegetal verde. (Diligencia de inspección ocular y fe ministerial de 7 de enero de 2002).
- El dictamen químico emitido y ratificado por el perito químico adscrito a la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia en el Estado de Tamaulipas, con residencia en Ciudad Victoria reveló que el vegetal verde resultó ser Cannabis Sativa L., conocida comúnmente como marihuana y considerada como estupefaciente. (Dictamen químico de 8 de enero de 2002).
- Denuncias de Guadalupe ***, Gumaro *** y Alfredo *** en sus calidades de teniente de infantería, sargento segundo de infantería y cabo segundo de infantería, respectivamente, pertenecientes al Setenta y Siete Batallón de Infantería del Ejército Mexicano, detallaron circunstancias de tiempo, modo y lugar; así mismo precisaron que al momento de efectuar la revisión a la unidad motriz que tripulaba el quejoso, fue localizado en un doble fondo ubicado en la caja, la droga afecta, , misma que fue transportada desde San Mateo Atenco, municipio de Toluca, Estado de México, hasta el Puesto de Control militar denominado “La Coma” ubicado en el ejido Ribereño, municipio de San Fernando, Tamaulipas
- Declaraciones ministeriales de Santiago *** y Raúl *** en las que aceptaron que el seis del citado mes y año salieron de San Mateo Atenco, municipio de Toluca, Estado de México, a bordo del vehículo marca Chevrolet Cheyenne, tipo pick-up, de color azul celeste, con placas de circulación PN-20-668, del Estado de Nuevo León, modelo mil novecientos noventa y uno, con número de serie 1GCEC14H7ME138758, con destino a Reynosa, Tamaulipas, sin embargo, al llegar al retén militar denominado La Coma, ubicado en el ejido Ribereño, del municipio de San Fernando, Tamaulipas, revisaron la aludida camioneta y extrajeron de un doble fondo los paquetes que dijeron contenían al parecer marihuana.
- Declaraciones (ministerial y preparatoria) de Santiago *** y Raúl *** en las que negaron los hechos imputados sobre el argumento de que el motivo por el que se trasladaban a Reynosa, Tamaulipas, era solamente para dejar el vehículo en el que

viajaban en un hotel de esta ciudad, comprar camionetas y motores para automotor, y que le pagaron a Raúl Nava Méndez, quince mil pesos, por trasladar el bien mueble hasta esta ciudad fronteriza; pero que desconocían que en el mismo estuviera el narcótico fedatado

- La actuación ministerial dio fe de: (a) Un automotor marca Chevrolet Cheyenne, tipo pick-up, de color azul celeste, con placas de circulación PN-20-668, del Estado de Nuevo León, modelo mil novecientos noventa y uno, con número de serie 1GCEC14H7ME138758 (b) De que la caja de dicha unidad se encontraba destruida en la parte de abajo, con motivo de la extracción de los paquetes que contenían la marihuana (Actuación ministerial de 7 de enero de 2002).
- La inspección ministerial dio fe de: (a) Tarjeta de circulación folio 850374, expedida por el Gobierno del Estado de Nuevo León, que ampara la circulación del vehículo, (b) Credencial de elector folio 0000000, librada por el Instituto Federal Electoral a Raúl ***; y (c) Una mica de plástico con número 00000001, expedida por la Dirección General de Seguridad Pública y Tránsito a nombre de Santiago***.
- Careos procesales.