

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, RELATIVO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 379/2009

En sesión de veintisiete de enero de dos mil diez, la mayoría de los señores ministros de esta Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 379/2009, entre los criterios sustentados por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito.

Conforme a la mayoría, el tema de la contradicción radicaba en establecer si cuando el procesado reconoce la posesión del narcótico y declara que ésta era para efectos de consumo personal, lo que supone la negación de que la posesión se haya llevado a cabo con alguna de las finalidades previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, se está en presencia de una confesión calificada o sólo ante una declaración con valor de indicio, y si, en caso de ser calificada, puede dividirse para tomar como confesión sólo la parte de la versión que le perjudica al procesado.

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito sostenía que las declaraciones del inculpado constituyen una confesión calificada divisible, cuando la versión de que la droga asegurada era para su estricto consumo resultaba inverosímil, por lo que se podía tomar como confeso el delito de posesión de narcótico con fines de comercialización.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito consideraba por su parte, que el hecho de que el imputado reconozca que tenía consigo el narcótico no es suficiente para tener como confeso el delito de posesión de narcótico con fines de comercialización, aún cuando la versión de que eran para su autoconsumo resultaba inverosímil. Lo que no impide que los hechos admitidos no puedan ser considerados por el juzgador, pero deben valorarse como indicios y no como una confesión.¹

En tal sentido, en la ejecutoria se analiza en primer término, la llamada impropriamente “confesión calificada”, que es la versión que proporciona un inculpado en la cual, a la vez que se acepta la comisión de la conducta reprimible que se le atribuye, aduce circunstancias que exoneran de responsabilidad, o bien, la atemperan. Conforme a la mayoría, la calificada, *ya no es una confesión en sentido estricto, sino una aseveración, intensamente matizada de interés y parcialidad, y por ese sólo hecho, la parte que resulte favorable debe ser demostrada por quien la afirma.*

Así, se argumentó que conforme a diversos criterios de la Sexta Época de la Primera Sala², la confesión calificada será indivisible si resulta verosímil, y a

¹ Los argumentos fueron plasmados por dicho Tribunal Colegiado en las tesis siguientes: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXIII, Mayo de 2006, Tesis: V.2o.P.A. J/5, página 1509. CONFESIÓN. PARA QUE LA DECLARACIÓN DEL INculpADO PUEDA CONSIDERARSE COMO TAL, EN EL CASO DEL DELITO CONTRA LA SALUD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 195, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DEBE COMPRENDER EL RECONOCIMIENTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO REQUERIDO POR EL TIPO PENAL RESPECTIVO. y Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XXIII, Mayo de 2006, Tesis: V.2o.P.A. J/4, página 1511. CONFESIÓN. SÓLO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL, LA ADMISIÓN DE LOS HECHOS QUE REALIZA EL IMPUTADO, CUANDO ELLO IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO.

²Entre las tesis que sustentan éste criterio se encuentran las siguientes:

Apéndice 2000, Sexta Época, Tomo II, Tesis 98, página 69. CONFESIÓN CALIFICADA DIVISIBLE.

contrario sensu en la sentencia se propone que, si ésta no es verosímil o se encuentra contradicha con otros elementos de prueba, entonces podrá dividirse para tomar como confesión sólo la parte que le perjudica al inculpado.

Me permito disentir del criterio de la mayoría de los señores ministros por las siguientes razones.

MOTIVOS DEL DISENSO

Un primer motivo de disenso tiene que ver con la manera en la que se delimita el problema jurídico objeto de la presente contradicción de tesis. De acuerdo con la posición mayoritaria, el tema de la contradicción estriba en establecer si cuando el procesado reconoce la posesión del narcótico y declara que ésta era para efectos de consumo personal, lo que supone la negación de que la posesión se haya llevado a cabo con alguna de las finalidades previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, se está en presencia de una confesión calificada o sólo ante una declaración con valor de indicio.

Considero que el tema de esta contradicción de tesis puede explicarse mejor si se reconstruye como dos problemas estrechamente relacionados pero independientes desde un punto de vista lógico. Por un lado, la cuestión acerca de si una confesión es divisible y, si es así, en qué condiciones puede serlo. Y por otro lado, qué valor probatorio debe tener la confesión tanto cuando es susceptible de

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Segunda Parte, LXX, página 9. CONFESION CALIFICADA, REQUISITOS DE LA.

Apéndice 2000, Sexta Época, Tomo II, Tesis 99, página 69. CONFESIÓN CALIFICADA, PRUEBA DE LA.

dividirse como cuando no lo es. Como estos dos problemas son lógicamente independientes, para su estudio se invertirá el orden en el que se presentaron.

1. El valor probatorio de la prueba confesional

Mi objeción a la posición mayoritaria consiste en que ésta plantea una falsa disyuntiva sobre el valor probatorio de la declaración del imputado: o es una confesión calificada o es simplemente una declaración con valor de indicio. Existen varios precedentes jurisprudenciales que sostienen que, desde el punto de vista de su valor probatorio, la confesión no puede ser más que un indicio cuya fuerza probatoria sólo puede establecerse al valorarse conjuntamente con los demás medios de prueba disponibles.³ Una consecuencia práctica muy importante derivada de esta situación es que, individualmente considerada, una confesión en ningún caso puede ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de la que goza toda persona sujeta a proceso penal. O dicho de otra manera, una confesión por sí sola no puede satisfacer el estándar probatorio exigido en el proceso penal, que normalmente se expresa en términos de “prueba plena”. En este sentido, se considera que la posición mayoritaria plantea una falsa disyuntiva que puede inducir a equívocos importantes.

³ Entre otras, se encuentran las siguientes tesis:

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, 76, Abril de 1994, Tesis II.1o. J/6, página 41. CONFESION, VALOR DE LA.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, 56, Agosto de 1992, Tesis: II.3o. J/20, página 47. CONFESION. PLENO VALOR PROBATORIO DE LA.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989, Tesis: VI.2o. J/24, página 609. CONFESION, VALOR DE LA.

Como se sabe, la prueba confesional ha sido calificada como la prueba reina de los sistemas penales autoritarios. No puede dejar de reconocerse que en algún momento de la historia reciente del proceso penal mexicano, la confesión desempeñó un papel estelar. Sin embargo, un sistema penal democrático, como el diseñado en nuestra Constitución, no puede justificar condenas que se apoyen exclusivamente en la declaración del inculpado. Tal y como está planteado el problema, de acuerdo con la posición mayoritaria, pareciera que la disyuntiva es considerar a la declaración del inculpado bien como una confesión o bien como un simple indicio. Esta disyuntiva tiene sentido en un sistema de valoración probatoria que distingue entre la fuerza probatoria plena de la confesión y la fuerza probatoria indiciaria de los demás medios de prueba. Es importante señalar que esta distinción refleja el papel que anteriormente se le había dado a la confesión (que, por otro lado, no ha desaparecido del todo en nuestra práctica procesal), como un medio de prueba privilegiado, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y justificar una sentencia condenatoria.

Sin embargo, dado el estado actual de nuestra jurisprudencia, es indiscutible que la declaración del imputado no puede tener más que un valor indiciario, con independencia del escenario en el que ésta se rinda. Por tanto, consideramos que los términos en los que la posición mayoritaria resuelve el problema objeto de esta contradicción de tesis puede plantear cierta confusión respecto del valor probatorio de una confesión.

2. La divisibilidad de la confesión

El otro problema se refiere a la cuestión de si en el supuesto en estudio puede existir lo que en la jurisprudencia se ha denominado como una “confesión calificada”, es decir, si en este caso puede considerarse divisible la confesión, y de ser así, clarificar en qué condiciones puede dividirse. Lo primero que hay que advertir es la ambigüedad que afecta al término “confesión”. Para poder determinar qué es una “confesión calificada” es necesario esclarecer en primer lugar qué se entiende exactamente por confesión. En la legislación penal el término “confesión” se utiliza normalmente para hacer referencia a un medio de prueba consistente en la declaración de una persona sobre hechos propios materia de imputación penal. En principio, esa declaración puede tener tanto contenido exculpatario como inculpatario. La validez de este medio de prueba normalmente está supeditada a algunos requisitos adicionales que dicha declaración debe cumplir. Así, por ejemplo, el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la declaración debe ser realizada: (i) de forma voluntaria; (ii) por persona no menor de dieciocho años y en pleno uso de sus facultades mentales; (iii) ante el Ministerio Público o el Juez o Tribunal de la causa; (iv) y con las formalidades prescritas en el artículo 20 constitucional.

Sin embargo, en otras ocasiones el término “confesión” se utiliza para referirse ya no a la declaración de una persona por hechos propios materia de imputación penal, sino a algo más específico: a una *declaración autoinculpatoria*.⁴ En efecto, existen varios precedentes jurisprudenciales que se refieren a la confesión en términos de declaración autoinculpatoria. En esta línea, por ejemplo,

⁴ Sobre esta distinción, véase CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 374-375.

están las tesis jurisprudenciales materia de esta contradicción del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativas del Quinto Circuito, en donde se sostiene que para que se configure la confesión de un imputado por el delito contra la salud, debe reconocerse la existencia de todos los elementos del tipo penal.

En el derecho penal moderno la tendencia es que la confesión tenga cada vez menos relevancia desde el punto de vista probatorio. Como declaración exculpatoria, la confesión juega un papel primordialmente defensivo como prueba de descargo encaminada a respaldar la tesis de inocencia mantenida por la defensa.⁵ La razón para considerar incorrecto el criterio sustentado por la mayoría es precisamente que en los casos objeto de estudio en la presente contradicción de tesis, las declaraciones del inculpado tienen primordialmente carácter exculpatorio, con independencia de si lo que se aduce es una atenuante, una causa excluyente o modificativa de responsabilidad o una causa de exclusión del delito en cuestión. Si para formular un argumento defensivo se reconocen determinadas circunstancias de hecho (como haber estado en posición de la droga), ello no quiere decir que el imputado esté admitiendo su culpabilidad (haber tenido alguna de las finalidades previstas por el Código Penal) o que esté en su ánimo confesar lisa y llanamente la comisión del delito. Por el contrario, la tesis de la defensa es que no se actualizan todos los elementos del tipo penal por el que se acusa, en este caso el delito en contra de la salud en su modalidad de posesión de narcóticos, prevista por el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal.

⁵ *Ibidem*, p. 373.

Dada la finalidad exculpatoria de la declaración del inculpado, se considera que la división de la misma resulta violatoria del principio de presunción de inocencia. Ello es así porque la división de la declaración atenta contra el derecho a no autoinculparse, toda vez que lo que se hace es seleccionar aspectos de esa declaración que puedan considerarse incriminatorios y utilizarlos en contra del inculpado. Para poder considerar como válida una confesión en un sentido más estricto, es decir, como una declaración incriminatoria que versa sobre hechos propios materia de la imputación penal, es necesario que se realice un escrutinio escrupuloso sobre el contexto y la forma en la que se realiza esa declaración, de tal suerte que se garantice que el inculpado tiene la voluntad de realizar una manifestación autoinculpatoria. Si de la declaración del inculpado no se desprende su incriminación lisa y llana, al no aceptar la presencia del elemento subjetivo del tipo penal o por esgrimir algún otro argumento defensivo, no es lícito dividir la confesión y utilizar en contra del imputado una parte de su declaración que, fuera de contexto, lo perjudica por presentar la apariencia de una autoincriminación.

Ahora bien, ya sea que la confesión se entienda en estricto sentido, como una declaración autoinculpatoria, o en un amplio sentido, como la declaración del inculpado (generalmente exculpatoria) sobre hechos propios materia de la imputación penal, queda por establecer cuál es el valor probatorio de esa declaración. Reiterando lo expuesto en la primera parte de este voto particular, es importante señalar que el valor probatorio de la declaración del inculpado no puede ser otro que un valor indiciario. Tanto la declaración autoinculpatoria como la declaración exculpatoria no son más que meros indicios que apoyan una hipótesis de culpabilidad o una hipótesis de inocencia. Para dar por probada la

hipótesis de culpabilidad, éstas tienen que robustecerse con otros elementos probatorios que sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. En el entendido de que la carga de la prueba de todos los elementos del tipo penal corresponde al Ministerio Público, lo que implica que la no satisfacción del estándar probatorio redundará en una sentencia no condenatoria.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA

LIC. HERIBERTO PÉREZ REYES