

160
2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA
PLENA EN LOS DELITOS DE VIOLACION EQUIPARADA Y
ABUSO SEXUAL EN PROCESO PENAL DEL DISTRITO
FEDERAL”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

ALEJÁNDR O JIMENEZ SOLIS

ASESOR:
LIC. JOSE RICARDO LIMON PEREZ

MÉXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

-69935

1999



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Ningún hombre, idea o institución llega
A ser grande hasta que haya enfrentado y
Además vencido una gran resistencia*

William Penn Patrick

AGRADECIMIENTOS:

A DIOS

*Porque siempre a estado muy
Dentro de mí. Siendo él la luz que ha
Iluminado mi camino en el presente,
En el pasado y en el futuro de mi vida
¡GRACIAS!*

*A Mis Padres
Daniel Jiménez Ibañez y Juana Solís
Porque han estado con
migo en todos los momentos de
Mi vida, gracias al apoyo
Incondicional que me han brindado
he logrado concluir con una de
la metas mas importantes en Mi vida*

¡Gracias!

A mis Hermanos

Mauro Jiménez Solís

Florian Jiménez y

Arturo Jiménez Solís

De quienes recibí apoyo incondicional

En mi vida estudiantil, enseñándome

A respetar a mis semejantes y que las metas

Se obtiene a través del esfuerzo dedicación y empeño

¡Gracias!

A Mi Abuelo

Eulogio Solís Santos

Quien le agradezco todo lo que me ha

Enseñado desde que era muy pequeño, que

Estuvo siempre al cuidado, apoyándome en

Todas mis decisiones y alentóme en los casos mas difíciles

¡Gracias!

A Mis Tios

*Bertha Solis Jimenez,
Leonila Solis Jimenez,
Rosa Solis Jimenez,
Refugio Solis Jimenez,
Arnulfo Solis Jimenez
De quienes recibí el apoyo moral
En la etapa de mi vida estudiantil,*

¡Gracias!

*A Deisy Azucena Cualianquiz Castro
Te agradezco por quererme tal cual soy, con
Mis defectos y virtudes, por ofrecerme a manos
Plenas tu amor sincero desinteresado, y por
Enseñarme día con día, lo importante que soy
En tu vida. Y así motivarme a que cada momento
Que pasa nazca en mí el espíritu de superación*

¡Gracias!

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México, en especial al Campus Aragón, el haberme proporcionado los medios mediante los cuales me formó como profesionalista.

¡Gracias!

*A todos aquellos que creyeron en su servidor
A grandes amigos, compañeros, conocidos,
Amistades, etc. , que tuve y tengo en mi vida
Los cuales me alentaron para alcanzar la
Meta deseada, los que no enuncio para no
Injuriar alguno de ellos.*

¡Gracias!

Dedicatoria:

*Dedico éste trabajo a una persona muy especial por su
Calidad humana, por su sencillez, por su a fan de
Ayudar a los demás dando lo mejor de si mismo
Sin esperarar nada a cambio.*

A mi apreciable tía Bertha Solís Jiménez

**LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN
LOS DELITOS DE VIOLACION EQUIPARADA Y ABUSO SEXUAL EN EL
PROCESO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

INTRODUCCION.....	1
1. ROMA	1
1.1. EDAD MEDIA.....	10
1.1.2. ESPAÑA.....	14
1.1.3. MEXICO.....	18
1.1.3.1. MAYAS.....	20
1.1.3.2. AZTECAS.....	22
1.1.3.3. EN LA COLONIA.....	25
1.1.3.4. MEXICO INDEPENDIENTE	32

CAPITULO II
LINEAMIENTOS GENERALES.

2.	LAS PRUEBAS EN LA LEGISLACION MEXICANA.....	45
2.1.	MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.....	53
2.2.	ESTUDIO PROCESAL DE LAS PRUEBAS PENALES.....	67
2.2.1.	OFRECIMIENTO.....	69
2.2.2.	DESAHOGO.....	74
2.3.	CARACTERISTICAS DEL TESTIMONIO.....	80
2.3.1.	ORGANO.....	82
2.3.2.	FORMA.....	94
2.4.	NATURALEZA JURIDICA DEL TESTIMONIO.....	100
2.5.	CONCEPTO DE TESTIGO.....	108
2.6.	CLASIFICACION DE TESTIGO.....	113
2.6.1.	DIRECTO.....	113
2.6.2.	INDIRECTO.....	115
2.6.3.	DE CARGO.....	117
2.6.4.	DE DESCARGO.....	118

CAPITULO III

EL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL DERECHO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

3.	IMPORTANCIA DEL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	125
3.1.	QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS.....	129
3.1.1.	ANALISIS DEL ARTICULO 191 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	132
3.2.	VALOR JURIDICO.....	135
3.2.1.	SISTEMA TASADO.....	137
3.2.2.	SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCION.....	141

CAPITULO IV

LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN LOS DELITOS DE VIOLACION EQUIPARADA Y ABUSO SEXUAL.

4.	JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RESPECTO A LA TESTIMONIAL DEL MENOR	146
4.1.	PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL DESAHOGO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD.....	153
4.2.	LA PSICOLOGIA Y LA SOCIOLOGIA COMO CIENCIAS DE APOYO PARA UNA EXACTA APLICACIÓN Y VALORACION JURIDICA DEL TESTIMONIO RENDIDO POR LOS MENORES DE EDAD EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL Y VIOLACION EQUIPARADA.....	157
4.3.	LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN EL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA.....	161
4.4.	LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.....	166
	CONCLUSIONES.....	170
	BIBLIOGRAFIA.....	174

INTRODUCCION

El Derecho Penal como rama del derecho es la materia que resguarda los bienes jurídicos de mayor importancia para el hombre, y es el medio por el cual el Estado hace sentir toda su fuerza coercitiva para quienes violan la normatividad de los bienes jurídicos que protege.

Así encontramos que dentro de los denominados delitos sexuales se encuentran dos que llaman nuestra atención, la violación equiparada y el abuso sexual, los cuales por sus características difícilmente se realizan en la presencia de testigos pues estas conductas siempre se dan al margen de la clandestinidad que muchas de las ocasiones ni siquiera se castigan.

El abuso sexual en términos de nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, se dará en dos supuestos:

El primero de ellos se dará cuando el sujeto activo del delito, es decir quién realiza la conducta, ejecuta un acto sexual sin el propósito de llegar a la copula, es decir sin que exista la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía anal, vaginal u oral, sin el consentimiento del sujeto pasivo, que es la persona que recibe el daño, en cuyo caso será aplicable una pena de seis meses a cuatro años de prisión.

El segundo de los supuestos se dará cuando la ejecución de un acto sexual se lleve a cabo, obviamente sin el propósito de llegar a la copula, pero con persona menor de doce años de edad o un incapaz que no pueda resistir el acto ejecutado, en cuyo caso corresponderá una pena de dos a cinco años de prisión.

El abuso sexual como la realización de un acto sexual sin el propósito de llegar a la cópula con o sin el consentimiento del sujeto pasivo del delito, se ve más frecuente en los menores de edad, toda vez que éste es fácil de sorprender y de engañar para manipularlo y llevarlo a un lugar en donde nadie observará la comisión de esta conducta delictiva, así el juzgador no tendrá mayor elemento que la declaración del propio menor por lo que por regla general este tipo de conductas quedan impunes, dejando una secuela de trastornos emocionales para el menor que la sufre.

Ante esta situación es incuestionable que si existe un testigo aún cuando sea menor de edad, debe de permitirse rinda su testimonio, pues de lo contrario se dejará en libertad a un delincuente que ha trastornado la vida psicológica y sentimental de un menor, lo cual desde luego produce que este a su vez también tenga conductas desviadas, pues no debemos olvidar que muchos de los delincuentes sexuales en el pasado han sido víctimas sexuales.

La violación equiparada se da mediante la realización de la copula, pero en determinadas personas que por su calidad incluso se

obtiene su consentimiento, así encontramos al menor de doce años, a los incapaces que no comprendan el significado del hecho o que no puedan resistirlo, y se agrega además el hecho de sancionar a quién introduzcan en el cuerpo de la víctima un instrumento distinto al miembro viril, siempre que sea por vía anal o vaginal, siendo sancionado ese ilícito con una pena de ocho a catorce años, pudiéndose aumentar la pena hasta una mitad cuando se hiciera uso de la violencia.

Casi en idénticas circunstancias al abuso sexual acontece con la violación equiparada, pues al existir pocos elementos de prueba generalmente el procesado obtiene su libertad con perjuicio del sujeto pasivo, toda vez que como hemos referido este tipo de conductas por lo general se realizan en forma clandestina.

Ante ello es que en el presente trabajo propondremos que se permita al menor de edad rendir su testimonio a efecto de que el juzgador pueda allegarse de los elementos necesarios para poder sancionar este tipo de conductas, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, es decir, que si bien es cierto que se presume existe una parcialidad del menor, también lo es que si este es acorde y se apega a la realidad de los hechos, debe tomarse en consideración a efecto de no dejar impunes este tipo de conductas que cada vez se hacen más frecuentes en nuestra sociedad.

A efecto de demostrar la importancia y trascendencia de la

prueba testimonial del menor de edad en los delitos referidos iniciaremos con el estudio de la evolución histórica de la prueba testimonial, en Roma, en la Edad Media, en España y principalmente en nuestro país desde los pueblos prehispánicos hasta el México independiente, asimismo analizaremos lo concerniente a las consideraciones generales de las pruebas, en nuestro sistema jurídico y propiamente en el derecho penal, estableciendo la forma de ofrecerse y desahogarse y analizando a detalle lo concerniente a las características de la prueba testimonial, su naturaleza jurídica y la clasificación de esta, en atención al testigo. También se verá lo concerniente a la trascendencia de la prueba testimonial en el proceso penal, señalando quienes pueden ser testigos, el valor jurídico que debe darse a la prueba, y el sistema de valoración empleado por el juzgador, para culminar con los criterios emitidos por nuestra Suprema Corte de Justicia al respecto, el procedimiento especial que a nuestro juicio debe llevarse a cabo en el desahogo de un testimonio de un menor de edad, la valoración de este y su influencia en los delitos, y abuso sexual violación equiparada, para finalizar con algunas propuestas que aún cuando modestas creemos pueden ser benéficas para nuestro sistema jurídico penal.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. ROMA.

Antes de hacer referencia al tema central de la presente tesis es conveniente exponer una breve reseña histórica que en diferentes épocas se han dado acerca de la prueba testifical; en la evolución que ha tenido la prueba testimonial, se ha dicho que desde tiempos remotos el hombre a empleado diferentes procedimientos para su obtención según su menor o mayor grado de cultura ha intentado buscar la verdad utilizando métodos que hoy consideramos inhumanos.

Si bien es cierto que la evolución de la prueba testimonial fue en Roma dicho avance no es en el Procedimiento Penal, si no que ocurrió en el Procedimiento Civil, desarrollo obtenido en las primeras etapas de la antigüedad ya que el uso de la escritura era desconocido por la mayoría de las personas toda vez que era muy poca la gente que sabía leer y escribir ocasionando con esto que el uso de pruebas que dependían de la escritura provocaran en dicha época Romana incertidumbre, lo que trajo consigo que el testimonio se encontrara dentro de los medios de prueba como de las más

importantes y seguras es por lo anterior "... que cuando se tenía que escoger sobre cual prueba proporcionaba más validez y seguridad no se dudaba en escoger a la testimonial, al respecto Justiniano, cuando tenía que escoger en los casos de conflicto entre la prueba documental y la testimonial no dudaba en escoger esta última." ¹

No podemos enfocarnos al ofrecimiento, desahogo y valor legal del testimonio en época romana, sin exponer lo que se sabe acerca de los medios de prueba admitidos en el procedimiento criminal siendo de suma importancia puesto que la declaración de testigos se encontraba entre estos.

Dentro del marco del Derecho Penal de Roma, los medios probatorios no estaban sujetos a formalidades legales, como lo aprobaba el derecho civil; las fuentes del derecho romano no enumeran los medios probatorios de una manera sistemática, ni se regulan completamente los múltiples medios, de que el juez podía servirse para llegar a aquella convicción. Los más importantes de ellos y los únicos que utilizaron por un lado son: las declaraciones, tanto del procesado como de los testigos y; de otro el material probatorio obtenido por vía de registro de la casa, y principalmente el material escrito o documental y; la inspección ocular que el magistrado podía hacer en los casos de injuria, y otros medios de reconocimiento.

¹ De Paula Perez Alonso, "La Prueba de Testigos en el Proceso Español", Editorial Reus, S. A., España 1968, p. 44

Sin hacer una clasificación del testimonio en este capítulo puesto que lo aremos en los posteriores, señalaremos las diferentes modalidades que le dieron los antiguos romanos desde el punto de vista del derecho penal, así tenemos que las manifestaciones o declaraciones que una persona hacia y estas resultaban perjudiciales para él se le denominaban "ora confesión" y en los demás casos "ora testimonio".

Al respecto Teodoro Mommsen señala: "Que ni en cuanto a la confesión, ni en cuanto al testimonio, existía una diferencia real entre lo dicho por un hombre libre y otro no libre, sin embargo, jurídicamente se les daba un distinto valor y una denominación diferente; sobre todo, el concepto del testimonio, no se aplicaba más que a los hombres libres. Es de suma importancia hacer una diferencia entre las manifestaciones del testimonio de los hombres libres en cuanto a su admisibilidad ó no-admisibilidad, en cuanto a la libertad o a la coacción para presentarlo y la forma en que éste se debía de presentar." ²

Debe advertirse que, "Al tomar en cuenta la condición personal de los testigos; los romanos en los procesos criminales casi nunca prohibieron la prueba testimonial, aceptando aún como testigos a mujeres, niños y hombres esclavos, aunque los últimos variaban la forma de tomarles el juramento, se les presionaba con el objeto de

Mommsen Teodoro, "Derecho Penal Romano", Editorial Temis, Bogotá Colombia 1991, p. 260

que se dirigieran con verdad respecto a los hechos que conocían y debían deponer.”³

En el procedimiento criminal primitivo en que intervenía solo el magistrado se restringieron ciertas facultades que este tenía para interrogar a todo mundo imponiendo coactivamente la obligación de contestar, dicha restricción tenía por objeto impedir que el interrogado perjudicase con sus deposiciones a personas allegadas a él, así a ciertas conveniencias y deberes. “Aplicándose esta restricción”:

- 1.- A los casos en que se tratara de ascendientes y descendientes.
- 2.- A aquellos en que se tratase, de un lado, del patrono y sus descendientes, y de otro del liberto y los suyos, o sea de los clientes; la costumbre de tiempos posteriores refirió esta limitación únicamente al patrono y a su hijo de un lado, y al liberto mismo del otro.
- 3.- A aquellos en que hubiera de deponer el protector jurídico, el abogado o procurador, el patronus en este sentido, contra su defendido o cliente.”⁴

Por otro lado de acuerdo a la ley no se admitía el testimonio de la persona que se hallase condenada criminalmente, ni tampoco de la persona que se encontraban difamadas, este derecho de prestar fe

³ Idem

⁴ Idem

les estaba prohibido justificadamente a las mujeres y aquellos a quienes se había privado del mismo por vía penal.

En los pleitos privados, así como en los que se seguían por causa de algún delito, las partes no podían obligar a la parte contraria ni a terceras personas a declarar sobre sucesos efectivos, y el magistrado que instruía el pleito tampoco hacía uso de sus facultades oficiales para este fin, en el procedimiento penal público en dos casos, cuando se tratara de un testimonio prestado, o bien en el caso en el que él interrogado fuese hecho por la vía de cognición.

Referente a los castigos corporales y toda clase o tipo de martirio, técnicas a las que en casos determinados era necesario acudir en algunos estados griegos en Roma estuvieron prohibidos desde tiempos muy antiguos y, no-solo con ciudadanos romanos, sino con todos los hombres libres.

“En los primeros tiempos del imperio, a los hombres libres acusados de haber cometido delitos, se les aplicaba el tormento, pero no porque algún precepto del derecho lo ordenara, sino por la práctica establecida por los dos altos tribunales que restablecieron el procedimiento antiguo en que intervenían el Magistrado y los Comicios, tribunales que no conocían ninguna traba legal en su ejercicio. En la época de la fundación del principado, el fundador no permitió el uso del tormento; el Emperador Claudio, al comienzo de su reinado, prometió bajo juramento no permitir que se

atormentara a los hombres libres. Pero ya en tiempos de Tiberio hubo procesados a quienes por orden del alto Tribunal se les sometió a la QUAESTIO o investigación penal, al tormento y la aplicación de éste fue durante los dos siglos siguientes, a veces interrumpida, a veces permitida, según las tendencias que reinaban en los gobernantes.”⁵

Corresponde el privilegio de no ser atormentado, a la nobleza hereditaria de orden senatorial, así como a las personas del rango de los caballeros, que constituían la segunda clase de funcionarios públicos; además a los “decuriones” de los municipios y a sus hijos; también se hizo extensiva la exención a los que hubiesen sido soldados.

El derecho de no ser atormentado sólo valía por regla general en lo que toca al procedimiento penal, pues el procesado quedaba sujeto al tormento, sin distinción de clase o categoría social. El tormento de los testigos libres se equiparaba en principio al de los procesados que negaban, pues estos últimos tenían la consideración jurídica de no culpables, sin embargo hasta tiempos avanzados no se comprendió la posibilidad de aplicarlo, en todo caso se hizo muy poco uso de él, ya que lo encontramos aplicado por primera vez en la época de SEVERO. Desde Constantino en adelante, los hombres libres del pueblo fueron equiparados a los no libres, y en las causas

Ibidem p. 263

de la Lesa Majestad no se hizo distinción alguna, por lo que al tormento se refiere.

El Magistrado penal que intervenía en el primer procedimiento, tenía facultades para interrogar al inculcado; en cambio en el procedimiento acusatorio, al actor, no obstante que se le consideraba como cuasimagistrado no se le reconocía tal derecho, y tampoco el Magistrado que dirigía el asunto podía intervenir en las discusiones; así como en el procedimiento privado no se permitía la indagatoria del demandado, tampoco se permitía en el procedimiento acusatorio.

La citación de los testigos la hacía el actor y se verificaba regularmente en el tiempo que mediaba entre el día en que empezaba el plazo para presentar la demanda y aquel otro que señalaba el término; este período se concedía principalmente para que se buscaran a los testigos, pero si durante el procedimiento se lograba disponer de otro testigo cuya declaración se consideraba necesaria, nada impedía que se llevara a cabo una citación posterior.

No existía regla alguna respecto al número de testigos, ya que un solo testigo podía valer más que diez de ellos. Lo importante era la certeza que producía en la conciencia del juez, que era quien valoraba las pruebas, por lo que "... el magistrado podía citar a cuantos testigos quisiese, con el objeto de apoyar la acusación: por lo que respecta al inculcado, a éste no se le reconocía derecho

alguno para presentar testigos de descargo, ya que el único derecho del que gozaban, consistía en acudir a los tribunales solicitando que por medio de ellos se les permitiera a los inculcados, presentarán a un solo testigo, aún contra la voluntad del juez que instruía la causa.” 6

El testimonio por lo regular se presentaba ante la ciudadanía congregada en asamblea cuando se trataba del procedimiento privado, y ante los jurados cuando era de forma pública donde se comenzaba por examinar a los testigos del actor, siguiendo luego el examen de los que hubiese presentado el demandado; por los demás, el mismo que los presentaba era quien establecía el orden con que habían de ser examinados. Cada uno de los testigos iba siendo llamado al tribunal por el pregonero o alguacil, y una vez que prestaba juramento de decir verdad se les tomaba declaración.

En cuanto a la valoración de las declaraciones o manifestaciones hechas por terceras personas habían de apreciarse teniendo en cuenta la persona declarante, la forma de hacer la declaración, el número de los que lo hacían y el contenido de esta. Por lo general la declaración de los hombres libres tenía mayor valor que la rendida por los no libres que solo debía acudirse a ella cuando fuera absolutamente indispensable. Todos estos puntos de consideración eran propios del procedimiento civil, pero resaltaban más

Ibidem p 262

vigorosamente en el penal, ya que los jurisconsultos romanos se ocupaban de los testigos en el derecho criminal con preferencia al derecho civil, de esta manera "... el juez en los procesos penales, tuvo la obligación de conocer la ley, para la exacta aplicación de la misma en los casos concretos que debía solucionar. Sin embargo, la labor del juzgador no se podía limitar exclusivamente al conocimiento de las normas jurídicas, sino que para dictar su sentencia también tenía la obligación de conocer todo lo relacionado con los hechos que se investigaban para poder aplicar las normas adecuadas." ⁷

Podemos apreciar, que aunque el derecho romano no fue del todo en su origen equitativo, siempre buscó su aplicación sobre las investigaciones que se sometieron a juicio de sus tribunales, a fin de que se produjera un fallo justo y equitativo. Debemos reconocer que este derecho nos legó considerables adelantos en lo que respecta a la prueba testimonial, llegando a un grado de elaboración sumamente avanzada, al dejar a la posteridad una serie de principios y enseñanzas que aún siguen vigentes.

⁷ García Ramírez Sergio, "Curso de Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa, S.A., México 1989, p 201

1.1.EDAD MEDIA

La expansión de los pueblos bárbaros fue la causa principal de la caída del Imperio Romano dentro de los que se destacaba el Germánico por lo que su régimen era diferente del antiguo Imperio Romano, careció de convicción ocasionando que su administración de Justicia no se concentrara en manos de régimen de monarquía absoluta, por lo que el derecho germánico significa un régimen diferente.

El proceso germánico nació como un medio de pacificación social, ya que la solución de los conflictos dependía no del convencimiento del juez sino por lo general del resultado de las formulas solemnes de este proceso mediante las cuales el pueblo considero que la decisión que daba solución al conflicto era un acto superior e imparcial proveniente de una ciudad, por lo que debemos tener en cuenta que todo proceso al igual que sus pruebas revestían una gran solemnidad.

Con relación a los medios probatorios en el proceso germánico, se daba mayor importancia a la afirmación jurídica que refería una de las partes que a los hechos particulares, ya que la prueba en un principio era dirigida al adversario y posteriormente hacia el juez en consecuencia a este ultimo no se le daba la oportunidad de formarse un criterio respecto de las mismas al valorarlas entendiéndose con esto que la prueba se produjera de parte a parte

y no de frente al tribunal pero realizándose en forma y con efectos legales.

En lo referente a la prueba de testigos solo se aceptaba en algunos casos pues la prueba principal la constituía el juramento, ya que se invocaba a la divinidad y al juicio del Dios por lo que el declarante estaba obligado a no apoderarse de la verdad ya que según sus creencias religiosas al jurar se comprometían con la divinidad que intervenía en el proceso y lo cual manifestaba su decisión respecto al conflicto que se ventilaba al dar su resolución "El fuerte sentimiento religioso entre los germánicos y el rigor de su religión, era norma segura que la declaración de los interesados había de ser veraz y oportuna. De ahí que la importancia del juramento, el juicio de dios respondiera al convencimiento de que los dioses. No podían, si eran invocados, hacer triunfar la declaración sin razón. Y si la victoria llegaba, era por que la divinidad había proclamado el derecho justo para el pueblo germánico, pues la verdad incontestable es aquella que se deriva del juramento y del juicio de Dios." *

El juramento era muy semejante a la prueba testimonial, pues al concurrir estos al proceso lo hacía en forma comunitaria aunque se les permitía que en forma individual prestaran su juramento para posteriormente deponer respecto de los hechos controvertidos, al

* Rocco Hugo, "Derecho Procesal Civil", Traducción de Felipe de J. Tena Editorial Porrúa, S.A., México 1939, p. 139,140

respecto el maestro Briseño Sierra señala": ...Que en el procedimiento germánico existieron dos clases de testigos; los que declaraban sobre las circunstancias de los sucesos comunales (conjuradores). No otorgándoles la categoría de testigos a las personas que en forma ocasional tuviera conocimiento de los hechos materia del litigio." 9

El demandado tenía la obligación de aportar todas las pruebas que desmintieran la acusación que existía en su contra, dentro de las pruebas más importantes que presentaba era el juramento ya que era la de mayor importancia en el proceso germánico, a través de los conjuradores quienes eran los miembros de la tribu designados por el demandado o por el demandante o por ambos, cada uno por su parte los elegía pero los presentados por el demandado debería de estar convencidos realmente de la inocencia del acusado, sin embargo el juez les otorgaba mas crédito a los que presentaba el demandante.

Con relación a lo antes expuesto se dice que el juez no emitía un juicio ya que su intervención se reducía únicamente a verificar los efectos de aquella intervención, más por otro lado era muy importante por cuanto decidía la rendición de los diversos medios de prueba, por lo que la Sentencia sobre la administración de estos era decisiva.

Briseño Sierra Humberto, "Derecho Procesal, Tomo I", Editorial Cadenas Editor y Distribuidor, Mexico 1969, p 127, 128

A través de los tiempos y las diferentes épocas en que fue evolucionando la prueba testifica; en el Derecho Canónico donde ya existía cierta desconfianza hacia esta prueba y de acuerdo a los principios de que el juez debe buscar la verdad por todos los medios posibles, se establece el sistema de la prueba material a partir de entonces los medios probatorios empleados en el Derecho Germánico pierden fuerza hasta, desaparecer por completo los jueces eclesiásticos dice Mittermaier, "Son verdaderos magistrados que juzgan conforme a la ley; así, no es ya su sola convicción la que deberán seguir; su sentencia va a dictarse en virtud de la apreciación jurídica de la prueba." ¹⁰

Las fases posteriores de expansión del Testimonio como un medio probatorio señala poco a poco el desmoronamiento, la decadencia de las pruebas racionales y más adecuadas al fin del proceso, el florecimiento de la prueba testimonial desempeña pues una función de verdad y de humanidad y por lo mismo de progreso frente a la evolución del sistema probatorio al respecto Beccaria establece como principio "... que la certeza requerida esencialmente lo criminal no puede sujetarse a reglas científicas o legales; que descansa en el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida, y que desde luego, los jurados son los

¹⁰ Mittermaier C J A . "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", Editorial Reus, S A . Madrid 1929, p 23

mejores jueces del delito.”¹¹ Este autor abre un nuevo campo de investigación que lleva a los seguidores de su escuela a examinar el problema del valor de la prueba judicial, predominando en esa época y hasta fines del siglo próximo pasado la teoría legal de la apreciación de la prueba que somete a la conciencia del juez a ciertas reglas comprendidas en los ordenamientos legales.

1.1.2. ESPAÑA.

En el Derecho Español antiguo el procedimiento penal no alcanza un carácter propiamente institucional, sin embargo en algunos ordenamientos jurídicos se dictaron disposiciones de tipo procesal muy importantes.

El reino español estuvo dominado durante mucho tiempo por el Imperio Romano donde se presenta respecto a las pruebas la absoluta falta de una teoría adecuada de las pruebas y lógicamente acerca del desahogo y valoración de la prueba testimonial, no desarrolla un sistema racional y científico sobre las pruebas judiciales, lo contrario hasta la Edad Media tras la privación del proceso Inquisitorial cuando el testimonio tiene una amplia aplicación.

En España al igual que otros reinos una vez que dejaron de regirse por el Derecho Romano surgieron leyes que regían a sus gobernados, dentro de ellas tenemos al Fuero Juzgo ley que aparece

¹¹ Ibidem 26

entre las ruinas del caduco (poder romano) estatuyendo el sistema adecuado con relación a las pruebas.

En el Fuero Juzgo en el título I del libro VI se ocupa de la acusación y la forma como debía de hacerlo mencionando las garantías a las que tiene derecho el acusado frente al acusador y al propio juez y de una necesidad por parte del acusante de aportar las pruebas pertinentes en el juicio criminal, se estableció como medio de prueba en los juicios el empleo de las pruebas lógicas son aceptar las llamadas pruebas vulgares o judiciales que tanta importancia tuvieron en otras leyes barbaras: Juicio de Dios, pruebas del fuego, del agua hirviente, entre otras sí bien para los casos de falta de prueba del actor se admitía la purgación por el juramento del reo o por los testigos." Aunque en general regía el sistema acusatorio y se exigía acusación para comenzar el procedimiento, concediéndose de esta manera la acción popular para acusar de cualquier delito siendo que para el homicidio por su gravedad se autorizo el procedimiento de oficio por el juez introduciendo de esta manera una novedad que era el germen del sistema procesal moderno." 12

Dentro de la obra Fuero Juzgo se sostuvo el tormento como medio de Averiguar la culpabilidad limitado solo en delitos graves, exigía acusación escrita acompañada con tres testigos.

Buseño Sierra Humberto, Op. Cit p. 132

sometiéndose el acusador a la pena del talión para el caso de que no probara su afirmación y que esta fuera indispensable por no haber sé probada la misma por otros medios dignos de fe.

Otras de las leyes más importantes hasta hoy en día son sin duda las leyes de las partidas obra inmortal del sabio Rey las cuales más bien fueron acatadas por su bondad que por sus expresos mandatos de los poderes públicos, en esta obra se establecía el racional principio de que la prueba en materia criminal había precisamente de producirse no por meras sospechas sino por testigos, cartas o confesión del acusado lo que la diferenciaba de otras leyes en las que se autorizaba el tormento como única presunción de la culpabilidad.

Se reglamentaron diversos aspectos del procedimiento entre estos: El deber del juez de escoger a un solo acusador cuando muchos quisieran acusar a alguno de algún delito, la obligación de presentar por escrito la acusación conteniendo el nombre del acusador el del juez ante quien se promueve el delito, el lugar, el mes y el año la obligación del juez de examinar las pruebas con gran cuidado, si no atestiguaban claramente el hecho y si el acusador era de buena fama debía de ser absuelto

En un principio el tormento no fue regulado en las leyes de las

partidas a diferencia de otras que sí la regulaban, en él título tercero de la partida siete se establecía que en caso de que las pruebas arrojaran algún indicio de que el acusado resultaba responsable el juez podía atormentar al acusado a fin de conocer la verdad.

Entre otras de las leyes más importantes tenemos: El fuero de Castilla un documento de mucho interés llamado también Fuero de los Fijos Dalgo y Libro de las Hazañas Albedríos y Costumbre antigua de España. Señala algunas normas del procedimiento penal, como los refieren a las pesquisas y acusaciones a los funcionarios encargados de practicar visitas de inspección en el ramo de justicia y a la de composición.

El Fuero Real en el orden procesal surge la pesquisa o sea el procedimiento de oficio dejando de ser indispensable la acusación para la realización de los procesos estos dejan de ser exclusivamente orales y bajo la influencia del derecho canónico las declaraciones de los testigos, las diligencias judiciales y las actuaciones en general se hacen constar por escrito formando técnicas y complicidades que llegan hacer imposible a los litigantes defenderse por sí mismos y exigen la intervención de personeros y voceros (apoderados y abogados), y desaparecen las pruebas vulgares del derecho bárbaro sustituidas por las de valor lógico que hasta hoy emplean los Tribunales de Justicia para averiguar la verdad.

De acuerdo con las anteriores leyes dieron el origen de Tribunales mismos que se les otorgaba la apreciación de las pruebas por medio de la conciencia teniendo en cuenta para formar el convencimiento las razones expuestas por la acusación la defensa y lo alegado por los procesados.

1.1.3. MEXICO.

Se ha dicho que en el ámbito penal, la historia de México empieza con la conquista, sin embargo, todo lo anterior está por descubrirse todavía. La realidad es que de todo lo acontecido antes de la llegada de los españoles se tienen escasas noticias fidedignas, los documentos como los pergaminos, códices y otros vestigios nos hablan de las culturas prehispánicas, dicen que de los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece un imposible y, si lo llegaron a tener, nada quedó después de la conquista siendo ésta borrada y suplantada por la legislación colonial tan rica. Los datos del rudimentario derecho indígena en la génesis del pueblo Mexicano son difíciles de comprobarlo; ya que los Españoles lo destruyeron, no obstante lo anterior queremos, con toda prudencia reseñar algunos datos sobre el Derecho Penal Precortesiano.

El derecho prehispánico no rigió únicamente para todos los diversos pobladores del Anahuac, puesto que constituían agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas. El derecho era

consuetudinario y quiénes tenían la misión de juzgar, lo transmitían de generación en generación, todo lo que puede afirmarse es que los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, en donde la pena fue cruel y desigual, más sin embargo en las organizaciones más -avanzadas las clases teocráticas y militares aprovecharon la intimidación para consolidar su predominio.

A pesar de la escasa información podemos señalar, que los pueblos precortesianos debido a su gravedad y rigidez en materia penal, mantenían una apacible y ordenada vida social. Los actos considerados por ellos como delitos graves, consistieron en: abuso de confianza, aborto, alcahuetería, adulterio, asalto, calumnia judicial, daño en propiedad ajena, embriaguez, encubrimiento, falso testimonio, falsificación de medidas, hechicería, homicidio, incesto, pederastia, mala inversión de fondos, riña, robo y seducción; el Derecho Represivo de ésta época se caracterizaba por ser drástico: de ahí que de la mayoría de estos actos delictuosos se castigaran con la pena de muerte (mediante lapidación, decapitación, y descuartizamiento), el destierro, la cárcel, los azotes y las mutilaciones.

Prosiguiendo, insistimos en la escasa información, estudiando dos de los pueblos más importantes de la época precortesiana.

1.1.3.1. MAYAS.

Su cultura floreció fundamentalmente en la península de Yucatán, aunque en realidad se extendieron por el Estado de Chiapas y en buena parte de la América Central. Se organizaron en una confederación llamada Nuevo imperio Maya, formada por las tribus asentadas en Uxmal, Chichenitzá y Mayapán. El pueblo maya era eminentemente religioso, profesaba la misma tesis dual de los aztecas, contaba con dos gobernantes, uno de carácter político (Canek) y el otro en el orden religioso (Kinkanek). Estos personajes, si bien gozaban de facultades totales en todos los aspectos, para las decisiones trascendentes, debían consultar previamente a un consejo, el cual se conformaba con los principales de cada tribu o grupo étnico. Otra característica importante de este pueblo, lo constituye su acentuado colectivismo, y aun cuando es cierto que subsiste la propiedad privada, resulta innegable también su inclinación por el trabajo en grupo, en bien de la comunidad.

La cultura Maya adoptó en gran parte el derecho azteca, se utilizaba extrema rigidez en las acciones castigaban a todos los que lesionaban las buenas costumbres, la paz y la seguridad social.

El derecho penal maya tendía, precisamente a proteger el orden social imperante; la función represora la mantenía el Estado, se castigaba basándose en el resultado y no en la intención, los jueces poseían el atributo de funcionarios públicos quienes actuaban con

un amplio arbitrio.

“La jurisdicción rescidía fundamentalmente en el AHAU, quien a su vez delegaba sus facultades para la administración de justicia a los BATABAS y, en coordinación con estos funcionarios, actuaban algunos otros ministros que llegaron a ser como Abogados o Alguaciles, cuya participación llegó a destacar principalmente durante las audiencias de ley. La jurisdicción de los Ahauac fue la que llegó a comprender todo el Estado, mientras que la jurisdicción de los Batabas, solamente se limitó al territorio de su cacicazgo; para la administración de justicia se llegó a utilizar templos que se alzaban en la plaza pública de los pueblos, teniendo por nombre ‘PALTIVA’. Los juicios solamente se llegaron a ventilar en una sola y única instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario.”¹¹

Al igual que los Aztecas, utilizaron el tormento para llegar al esclarecimiento de los hechos, con relación a las pruebas existe la probabilidad que utilizaban la confesional, la testimonial, y la presunción.

En la Cultura Maya el testimonio es considerado como uno de los principales medios de prueba, ya que era fundamental para determinar la situación del criminal. Existía confianza en utilizar la prueba testimonial, toda vez que los testigos tenían la creencia de

¹¹ Colin Sánchez Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Editorial Porrúa, S. A., 15^a Edición, México 1995, p. 29

la maldición de los dioses.

1.1.3.2. AZTECAS.

El reino de la Cultura Azteca es una de las más importantes dentro de los pueblos precortecianos, ya que este pueblo fue el que dominó militarmente gran parte de los reinados indígenas, influenció las practicas jurídicas de todos aquellos grupos que conservaban su independencia.

El rey era la máxima autoridad, en él residía la administración de justicia, la del sacerdocio y la de guerra. El pueblo azteca no conoció mas división de poderes que las que imponía la necesidad de repartir el trabajo. Por lo que después del rey seguía el cihuacoatl, gemelo mujer, especie de doble del monarca; su función era de gobierno, de hacienda y de justicia; teniendo a su vez un magistrado subalterno que ejercía iguales atribuciones en las diferentes ciudades, designando este magistrado a los jueces (tlacatecal) quienes se encargaban de los asuntos civiles y criminales.

El Derecho Civil de los aztecas era objeto de tradición oral, mientras que el derecho penal era escrito pues de acuerdo a los códigos que se han encontrado los delitos y las penas se representaban mediante escenas pintadas. "Lo cual prueba el mayor desarrollo que había alcanzado esta rama del Derecho, o lo que es lo

mismo que este se concebía no en su forma de coordinación social, de derechos y deberes recíprocos, sino como obediencia a un mandato superior e indiscutido”¹⁴

Para la administración de justicia se llegaron a establecer salas que fueron divididas en materia civil y criminal, donde se reunían los jueces de la ciudad de México, y además otros procedentes de cada pueblo o barrio, para que impartieran justicia a fin de que cada quien fuera juzgado según las costumbres de su lugar. En cada tribunal había escribanos o peritos que tomaban nota de las resoluciones en forma figurada; un alguacil o verdugo mayor, (achcauhtin), encargado de ejecutar las sentencias y aprehender a las personas de mas valer y el (topille) o alguaciles menores quienes se encargaban de llevar citas y comunicaciones a cualquier distancia.

Los procedimientos criminales eran oficiosos, ya que bastaba un simple rumor público acerca de la realización de algún delito para que se hiciera la persecución siendo el topilli quien aprendía al acusado.” Los ofendidos podían presentar su querrela o acusación ofreciendo sus pruebas y, en su oportunidad, formulaban sus alegatos, entendiéndose que en materia de pruebas se llegaban a reconocer como el testimonio, la confesión, los indicios y los careos, pero se dice que para lo penal tenía primacía la testimonial

14 T. Esquivel Obregón “Apuntes Para La Historia del Derecho en México Tomo 1”, Editorial Porrúa S.A., 2ª México 1984, P 184

y solamente en casos como el adulterio, o llegaran a existir sospechas de que se había cometido algún otro delito, se aplicaba el tormento para obtener la confesión.”¹⁵

Existieron algunas formalidades en la etapa de desahogo de pruebas, por ejemplo: al rendir el testimonio, quien lo hacia estaba obligado a poner la mano sobre la tierra y la llevaba hasta sus labios indicando que con esto se comía de ella.

Al momento de dictar sentencia los jueces no estaban obligados a someterse a una ley o mandato; solo la de buscar una línea recta, es decir, usar su propio criterio. Cada caso tenia su ley. Claro esta que el criterio del juez estaba influenciado por las costumbres y el ambiente social.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad y arbitrariedad de la pena mismas que se clasificaban en destierro, penas infamantes, pérdida de nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, pecuniarias y la muerte; ésta última se ejecutaba en diferentes formas: inclinación en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Algunas veces la pena era trascendental como el caso de traición en que además de la muerte del traidor los miembros de su familia

¹⁵ Ibidem P. 28

hasta el cuarto grado era reducidos a esclavitud. También si alguno se atribuía funciones que son propios de altos dignatarios, como cihuacoatl, todos sus parientes eran desterrados hasta el cuarto grado.

1.1.3.3. EN LA COLONIA.

Durante la época colonial, ya consumada la conquista. "España trató de imponer a los pueblos de México su cultura jurídica, heredada de Roma, con tradiciones celtíberas y con matices germánicos, y logró imponer hasta cierto punto las formas del derecho..."¹⁶. Sustituyeron las leyes indígenas, implantando las españolas que rigieron hasta la independencia de México, dentro de las cuales podemos enumerar:

- a)- Las vigentes en la nación Española;
- b)- Las que fueron creadas por las Colonias en América
(Leyes de Indias).
- c)- Las que se elaboraron especialmente para la Nueva España.

Las leyes indígenas permanecieron con carácter supletorio. se aplicaban en los casos no previstos por las normas jurídicas españolas, siempre que no contravínieran la religión cristiana así como las leyes que se encontraban vigentes.

¹⁶ Ibidem P. 135

Se establecieron disposiciones en diversos cuerpos de leyes como fue la recopilación de leyes de indias, las siete partidas, y muchas otras más; la realidad fue que no existió un grupo de normas organizadas constitucionales para la regulación del procedimiento criminal y, aunque las siete partidas pretendieron establecer los preceptos generales para el mismo y al estructurar con esto el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorial resultaron confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico profano y real.

Durante la colonia, en cuanto al desenvolvimiento de la vida en sus diversos ordenes, requirió de manera indispensable la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la Colonia Española en su nuevo dominio.

“Los distintos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pretendieron encauzar la conducta de indios y españoles. Para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para la aplicación de las sanciones fueron implantadas el Tribunal de Santo oficio, la Real Audiencia, El Tribunal de la Acordada; siendo creados los Tribunales Especiales para juzgar a los vagos, malvivientes y muchos otros más, con la esperanza de encontrar el bienestar y la paz social, quebrantados por el malestar constante y fideado en la impunidad y

falta de garantías para la vida y la propiedad.”¹⁷

Entre los tribunales mencionados con anterioridad, la Santa Inquisición ocupa un lugar preferente en el orden cronológico y político debido a su utilización como un instrumento policiaco contra la herejía, apareciendo reglamentada en España por la época de los Reyes Católicos debido a la expedición de una Bula en el año de 1476, en la que Sixto Diez otorga su autorización para la designación de los integrantes del Tribunal y de la nueva España, no siendo posible su inmediata instalación, sino es en realidad hasta el 16 de agosto de 1570, cuando verdaderamente se funda el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.

El Tribunal se encontraba integrado por las siguientes autoridades: Inquisidores, Secretarios, Consultores, Calificadores, Comisarios, Promotor Fiscal, Abogado, Defensor, Tesorero, Notarios, Escribanos, Alguaciles e Interpretes.

“La Audiencia en si era un tribunal con funciones gubernamentales específicas, atribuciones generales para solucionar los problemas policiacos y asuntos relacionados con la administración de justicia, siendo establecidos en la Nueva España, uno en la Ciudad de México y otro en la Ciudad de Guadalupe, llegándose a regir para todo en las leyes de Indias y sólo en forma supletoria se aplicarían las leyes de Castilla: en un principio la Audiencia estaba

¹⁷ Ibidem p 39

conformado por cuatro oidores y un presidente, siendo que más tarde el Rey fungió como presidente, ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales, uno para la materia Civil y otra para lo Criminal, un Alguacil mayor, un teniente de gran canciller y otros funcionarios de menor importancia.”¹⁸

La competencia radicaba en que el presidente y los oidores la tenían para conocer de las causas Civiles y Criminales en primera instancia y en grado de apelación, siendo también la Audiencia un órgano consultor de los Virreyes en asuntos de carácter legal o en los negocios que las funciones gubernamentales requerían.

Muy pronto dejo de sentirse la arbitrariedad y el abuso de estas autoridades en las resoluciones judiciales, llegando a ser tan notable el descontento que fue necesario dictar medidas drásticas para prevenir tal proceder, ejemplo: La prohibición de apadrinar matrimonios o bautizar en el Distrito donde ejercían sus funciones, entre otras mas esta medida se prolonga a tal grado que la disposición incluye también a los hijos de los funcionarios.

“El juicio de residencia consistía en la cuenta que se tomaba de los actos, cumplidos para funcionario público al terminar el desempeño de su cargo, llamándose de esta manera, debido a que el funcionario en contra de quien seguía, debía de residir en el lugar

¹⁸ Ibidem p 43,44

del juicio mientras se agotaban las investigaciones.”¹⁹

En el Derecho Español mas propiamente en los ‘PARTIDOS’ lo reglamentaron toda vez que el juez después de hacer el juramento que a su cargo requería, otorga una fianza suficiente para garantizar su permanencia en donde habían ejercido sus funciones por un periodo determinado, de tal manera que si una persona se quejaba en su contra se ventilaría este tipo de juicio previo el anuncio por pregoneros de la presidencia siendo sometidos al juicio de residencia y en el derecho Indiano todos los funcionarios de la Administración Pública Federal.

“El juicio de residencia, constaba de dos partes: Unas secretas que se realizaba de oficio y otra pública, para tramitar denuncias de los particulares. para facilitar el pronto despacho de los juicios, éstos eran ventiladas en el lugar donde el residenciado desempeñaba sus funciones. para que los agraviados tuvieran la facilidad de presentar a sus testigos y sus demás pruebas pertinentes para la ventilación del juicio, siendo la testimonial de suma importancia y de gran trascendencia procesal, tomándose infinidad de medidas para que la verdad no se desvirtuara por bajas pasiones e intereses creados.”²⁰

Las finalidades de los juicios de residencia aunque fue notable y se utilizó para la intimidación de las autoridades para lograr una mayor eficiencia y cumplimiento en el desempeño de sus funciones.

¹⁹ Ibidem p 46.

²⁰ Ibidem p 47

desgraciadamente los resultados son poco satisfactorias ya que la voluntad del Virrey dominaba en los nombramientos de los jueces y estos al someterse a sus caprichos del Virrey gozaban con esto de toda protección teniendo con esto una idea clara de que sí el Virrey era rico y estaba sostenido en América por amigos poderosos en España podía gobernar arbitrariamente sin temor a la residencia.

En el Tribunal de la Acordada en cuanto al funcionamiento procesal se integro con un juez llamado "Juez de Caminos" por comisarios y escribanos, siendo su competencia muy amplia debido a que solo así podía actuar de una manera eficaz para cumplir con su cometido.

Tenía la facultad de los juicios y la ejecución a los salteadores de caminos, robos, desordenes en alguna comarca avocandose al conocimiento de los hechos delictuosos, instruía un juicio sumarísimo dictaba sentencia y procedía ejecutar inmediatamente; si era decretaba la pena de muerte, ahorcamiento al sentenciado en el mismo lugar en donde se había cometido el delito.

En cuanto a materia de prueba, la testimonial al deponer dos testigos en forma legal constituía plena prueba, el testimonio para ser valido debía de ser de conocimiento personal del declarante y no por que lo oyó decir, debía de dar razón suficiente de su dicho y pormenorizar tiempo, lugar y además circunstancias.

Todo hombre de buena fama podía ser testigo; no podía serlo: el de notoria mala fama, el perjuero declarado; el que había falsificado carta, sello o moneda del rey; el que había declarado falsamente por dinero; el que hubiere dado veneno a alguno o substancia para producir aborto; el casado que tenia concubina públicamente; el que hubiere forzado a una mujer; el que raptaba a una monja; el ladrón, el tahúr y el pobre que frecuentara malas compañías. No podían ser testigos entre sí los ascendientes y descendientes, el marido y la mujer, los hermanos mientras estuvieran dentro de la patria potestad y vivieran juntos, su mayordomo, dependientes y criados. Podían ser testigos la mujer de buena fama, el menor de edad si había cumplido ya catorce años. La declaración de un solo testigo, y la de un menor de catorce años que mostrara claro entendimiento, no producía prueba concluyente.

Pasando los plazos que señalaban para recibir las pruebas, el juzgador llamaba a las partes para oír lo que dijeron los testigos ya que las declaraciones de los testigos se recibían en secreto para que las partes no tuvieran oportunidad de presentar testigos aleccionados y cohechados, para oponerse a lo aprobado de sus propios testigos o del contrario. Si el juez daba por concluida la causa y fallaba sin previa publicación de los testimonios, la parte perjudicada podía apelar y el superior debía declarar la nulidad de la sentencia, mandándose se repusieran las cosas al estado que guardaba al concluir el termino de prueba.

La rapidez de los juicios y la ejecución inmediata de la sanción, fueron medida indispensablemente y fundamentalmente para incitar la nueva conducta o sentimiento del recato en los demás habitantes del campo y previniendo de ésta manera así los delitos; en la prisión de la Acordada, los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela del crimen y quienes lograban su libertad, volvían a delinquir y los medios idóneos para burlar la administración de la justicia, siendo abolida la acordada por la Constitución Española de 1812 y celebrada en gran júbilo por las clases populares.

1.1.3.4. MEXICO INDEPENDIENTE.

Una vez consumada la independencia, en los primeros años de la Nación Mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas por la Corona Española hasta que surgieron Leyes y Códigos Nacionales.

Las leyes Españolas siguieron vigentes en las primeras etapas del México Independiente ya que la estructura política que vivía en ese entonces el país, era muy difícil la transformación de un estatus político, por lo que fueron promulgadas leyes acordes a la forma de gobierno por el cual se había luchado y ganado.

“En México tenemos antecedentes del Procedimiento Penal en el decreto Español de 1812, que creó los jueces letrados del partido en una jurisdicción mixta, siendo la Civil y la Criminal afiliadas al

partido correspondiente, conservando de esta manera un solo fuero para ambas materias, casi como acción popular para los delitos de soborno, cohecho, prevaricación; siendo la libertad personal objeto de las siguientes garantías: Habla de la Testimonial en su artículo 300, que a la letra dice: Al tomarle la declaración al presunto responsable, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos, y si por ellos no las conociere, se le darán cuantas noticia pida para venir en consentimiento de quienes son ” 21

Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana. Este decreto se promulga el 22 de octubre de 1814, aun que nunca llega a tener vigencia, fue un documento revelador del pensamiento de un pueblo de toda una época, cuyo contenido consiste en una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y jurídicos de la revolución Francesa y de la Constitución Española de 1812.

Los preceptos que fueron dictados en materia de administración de justicia y que tuvieron influencia de la Constitución de Cádiz en su redacción y en su espíritu quedo plasmado en perfecto conocimiento de la realidad social mexicana y tomado en cuenta por el constituyente de Apatzingán quien al respecto González Bustamante refiere. “son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos

21 Ibidem p 53

contra ciudadanos sin las formalidades de la ley, refiriéndose con esto al principio de la legalidad y que ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haberle otorgado las garantías de audiencia; adelantándose de ésta manera al Constituyente de 1857 y posteriormente al contenido del artículo 14 de la Constitución de 1917.”²²

La Constitución de 1824 deposita el poder judicial de la Federación en la Suprema Corte de justicia y los procedimientos judiciales sujetándose ésta en los Estados y Territorios a las siguientes reglas: Se prestara entera fe y crédito a los actos registrados y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los Estados. El congreso General uniformará las leyes según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos, quedando prohibido la confiscación de bienes, el tormento, la detención sin que haga prueba plena o indicios de que alguien es delincuente entre otros

Después se expidieron las leyes del 16 de mayo de 1831, las siete leyes Constitucionales de 1836 y las leyes del 18 de mayo de 1840, que sufrieron continuas modificaciones durante el régimen Centralista del General López de Santa Ana, mercedo especial mención la ley del 23 de mayo de 1837 que preferentemente se ocupa del procedimiento penal señalando las normas que deben de

²² Bustamante González Juan José, "Principios de Derecho Procesal Mexicano", Editorial Portua, S.A., 10ª Edición, México 1991, p. 19,20

seguirse en las etapas de un proceso.

LAS SIETE LEYES CONSTITUCIONALES DE 1936.

En las siete leyes se demarcaron facultades otorgadas al Poder Judicial de la siguiente manera: "El poder judicial se ejerce: Por la Suprema Corte de Justicia, Los Tribunales Superiores de los Departamentos y los Jueces Subalternos de Primera Instancia, Civiles y Criminales, de las cabeceras del Distrito Federal de cada Departamento. En él capitulo titulado prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal. Se decreto lo, siguiente:

No habrá más fueros personales que lo eclesiástico y militar. los miembros y fiscales de la Corte Suprema serán perpetuos en estos cargos, y no podrán ser ni suspendidos ni removidos, sino con arreglo a las prevenciones contenidas en la segunda y tercera ley constitucionales." ²¹

LAS BASES ORGANICAS DE LA REPUBLICA MEXICANA.

Llegaron a subsistir los fueros eclesiásticos y militares, para las aprehensiones se requería mandato judicial, salvo en caso de flagrancia delito, pero poniendo de inmediato al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional restringiendo a cinco días a

²¹ Colin Sanchez Guillermo, Op Cit p 55

los jueces para que estos declararan a los presuntos responsables formalmente presos.

“En los departamentos, los tribunales superiores de justicia y los jueces superiores, son los encargados de administrar justicia; sé prohíbe el juramento en materia criminal sobre hecho propio; los jueces quedan obligados para que dentro del término de los tres días en que el reo detenido a su disposición le tome su declaración preparatoria, manifestándole antes el nombre del acusador, si lo hubiese, la causa de su prisión y los datos que haya contra él ‘artículo 177’.”²⁴

La falta de observancia en los trámites esenciales de un proceso, produce la responsabilidad de su juez; el número de instancias se limita a tres; la Ley señalara los trámites que deben observarse en los juicios criminales.

CONSTITUCION DE 1857.

En este ordenamiento legal establece: “En la república mexicana nadie puede ser juzgado por las leyes primitivas ni por tribunales especiales. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y falta que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado: si no por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley. Nadie puede ser

²⁴ Ibidem, p 57

molestado en su persona, familia, domicilio, papeles personales, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito flagrante, toda persona puede prender al delincuente, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

En forma sistemática se ordena para los jueces criminales las garantías siguientes: que se le careé con los testigos que depongan en su contra, a la autoridad judicial se le otorgaba en forma exclusiva la facultad de imponer la pena, los juicios criminales no pueden tener mas de tres instancias y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito entre otras más.

"Aunque en el siglo XIX en su segunda mitad se fue restringiendo la forma procesal que caracteriza el sistema inquisitorial y de esta manera otorgándose algunos derechos para el inculpado, en el procedimiento mexicano en la época que nos ocupa, seguía imperando el sistema inquisitorial, el desarrollo del proceso Sumario era tardío, durando muchos años ocasionando con esto molestias incalculables para quienes quedaban sujetas a prisión preventiva y al final del proceso. En la fase del sumario el inculpado carecía de medios para defenderse, a tal extremo que al abrirse el periodo del juicio, resultaba importante para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el juez y los principios de

publicidad y moralidad a éste periodo eran nominales.”²⁵

LA LEY DE JURADOS CRIMINALES DE 1869.

Esta ley fue expedida el 15 de junio de 1869, introduce innovaciones de importancia en el ambiente jurídico de la época se menciona al Ministerio Público, aunque su funcionamiento se ciñe a los lineamientos observados por los fiscales de la época colonial.

Se reglamentan diversos aspectos de la función jurisdiccional, especialmente en materia de competencia, y se establecen diversas disposiciones sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento penal.

CODIGO PENAL DE 1871.

Como se puede observar la anarquía en cuanto al procedimiento penal continuaba, y solo la inquietud de algunos juristas provocó que se le uniera una comisión para estudiar estos problemas cuyo resultado fue la expedición de éste Código; el cual una vez expedido fue necesario una Ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, lo que se logró al promulgar el Código de Procedimientos Penales de 1880 en donde se estableció un sistema mixto de enjuiciamiento en cuanto a algunas instituciones como lo fue el cuerpo del delito, la búsqueda de las pruebas y en especial la prueba testimonial que es materia de la presente investigación. El

²⁵ Bustamante Gonzalez Juan Jose, Op. Cit. p. 20.

Código de Procedimientos Penales de 1880 fue publicado en el "Diario Oficial de la Federación el 22 de septiembre del mismo año y que a continuación se transcriben algunos artículos relativos a la prueba testimonial en forma general, indicando que."

"Art. 196. - Si en los informes que presentara el Ministerio Público, en las revelaciones que se hicieran en las primeras diligencias, en las querellas o de otra manera resultaren indicadas algunas personas cuyo examen se estime necesario para la averiguación del delito, de sus circunstancias o de la persona del delincuente, el juez deberá examinarlas.

Art. 197. - Durante la instrucción, nunca podrá el juez dejar de examinar a los testigos presentes cuya declaración soliciten el Ministerio Público o las partes interesadas. Lo mismo se deberá hacer respecto de los testigos ausentes, sin que esto estorbe la marcha de la instrucción y la facultad del juez para darle por terminada cuando haya reunido los elementos necesarios al efecto.

Art. 198.- No podrán declarar sin consentimiento de los interesados, las personas a que se refiere el artículo 768 del Código Penal. Tampoco se obligará a declarar contra el inculcado a su tutor, curador, pupilo o cónyuge, ni a los parientes por consanguinidad o afinidad, en línea

recta ascendiente o descendiente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el segundo inclusive; pero si estas quisieran declarar espontáneamente y después de que el juez les advierta que pueden abstenerse de hacerlo, se les recibirá su declaración haciendo, notar esta circunstancia.

Art. 199.- No serán admitidas como testigos las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido 14 años, ni las que hayan sido condenadas en juicio criminal, por el delito que no sea político, a cualquiera de las penas siguientes: Muerte, prisión extraordinaria, suspensión de algún cargo, empleo u honor, o en general, para toda clase de empleos, cargos u honores; o sujeción a la vigilancia de la causa que exigieron, por haber sido cometido el delito en la cárcel; o sin más testigos que los mismos condenados a alguna de las penas referidas, podrán ser admitidos tales como testigos. En los demás casos, los comprendidos en el párrafo primero de este artículo, serán examinados:

I.- Si alguna de las partes se opusiera;

II.- Si aun cuando haya oposición, el juez cree necesaria su declaración para el esclarecimiento de los hechos; pero en tal caso se hará constar esta circunstancia, y especialmente cuando el examen del testigo se verifique

ante un jurado.

Art.-209. - Fuera del caso de enfermedad o imposibilidad física, todas las personas están obligadas a presentarse en el Juzgado cuando sean citados, cualesquiera que sean su categoría y las funciones que ejerzan. Sin embargo cuando haya que examinar como testigo al Presidente de la República, algún miembro de las cámaras, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia o del Tribunal Superior del Distrito o cualesquiera de los Secretarios del Estado, el juez deberá trasladarse a la habitación de dichas personas. Tratándose de mujeres, el juez se trasladará a su habitación, si así lo estimare conveniente.

Art -223. - Siempre que se tome declaración a un menor de edad, loco, pariente del acusado o a cualquiera otra persona que por otras circunstancias particulares sea sospechosa de falta de ceracidad o exactitud, en su dicho, se llamara la atención sobre esto.”²⁶

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1894.

Este Código fue expedido el 6 de junio de 1894, derogando al anterior y no difiriendo en el fondo de su doctrina. En sus tendencias trata de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa para que ésta no estuviera colocada en un plano de

²⁶ “Diario Oficial de la Federación”, Capítulo VII de Septiembre de 1880, p. 2

superioridad frente al Ministerio Público, debido a que el Código de 1880, otorgaba mas garantías substanciales a la defensa.

“Este Código continuó imponiendo el sistema mixto y, en cuanto a la víctima del delito, declaró sus derechos de naturaleza Civil. También introdujo algunos aspectos novedosos que al momento histórico exigía un nuevo principio procesal, que fueron inmediatez o inmediatividad y en materia de prueba domino el sistema mixto. Para impugnar las resoluciones judiciales..” ²⁷

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN MATERIA FEDERAL DE 1908.

Este Código fue expedido el 18 de diciembre de 1908, cuyas disposiciones regulaban la actividad de quienes intervenían en el procedimiento, contenido entre otras innovaciones las facultades que se conceden al juez para la composición del cuerpo del delito, el arbitrio judicial, etc.

Al promulgarse la nueva carta fundamental de la República el 5 de febrero de 1917, al triunfo de la Revolución Constitucionalista por Don Venustiano Carranza, se modificó substancialmente el procedimiento penal mexicano, pero es pertinente hacer notar que los códigos procesales anotados adolecieron del defecto en su articulado, disposiciones enteramente ajenos al procedimiento dando lugar a que la frecuencia con que se han modificado las leyes

²⁷ Colin Sanchez Guillermo, Op Cit p 59,60

de organización en cada cambio de régimen, también resultarían modificadas las reglas del procedimiento y que no podía juzgarse de la eficacia de una ley que al poco tiempo era derogada.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1929.

La ley procesal que siguió en turno a la anterior fue expedida el 15 de diciembre de 1929, la distinción que ésta, ley pretendió establecer, creó un sistema absurdo, de tal manera que la falta de congruencia en ese aspecto su ignorancia y otros defectos más que se le señalaron, dieron lugar a que fuera sustituido por el Código de procedimientos penales de 1931 y por el del año de 1934.

CODIGO DE PROCEDIMEINTOS PENALES DE 1931 PARA EL DISTRITO Y FEDERAL DE 1934.

Podemos afirmar, sin hipérbole que el Código Federal de Procedimientos Penales expedido el 23 de agosto de 1934 es el producto de una mediata labor científica, en que se trató de incluir las observancias que la experiencia y la doctrina aconsejan de acuerdo con la realidad mexicana y con los recursos disponibles: este código según se indica en la exposición de motivos no tuvo por objeto el simple deseo de innovar sino de ajustar la nueva ley procesal a los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República y en el Código Penal de 1931. Las principales reformas

consisten en el establecimiento de procedimientos especiales para los menores delincuentes, toxicómanos y enfermos mentales; La innovación instruida en lo que se refiere a la técnica del recurso de apelación, que tiene por objeto examinar si han sido violados en la sentencia de primera Instancia los principios reguladores en la valoración de la prueba o se alteraron los hechos o se aplicó inexactamente la ley penal; la reforma reviste singular importancia en lo que se refiere al sistema de pruebas que hecha por tierra el hermetismo de la prueba tasada consagrando desde tiempos remotos, no se hace enumeración de las pruebas como se hizo en los códigos anteriores sino que se reconocen que pueden constituirla todo aquello que se ofrezca como tal, y se adopta el sistema de la valoración lógica de las pruebas, haciendo que el juez tenga libertad en su apreciación y no se inspire solamente en criterios jurídicos, sino en criterio ético - social pero expresando en sus resoluciones las razones que tuvo para valorar las prueba.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal creado el 27 de Agosto de 1931, al igual que el Federal de 1934, viene a transformar el procedimiento penal mexicano que hasta la fecha sigue vigente, mismo que estudiaremos con relación a nuestro tema de investigación en los capítulos posteriores de la presente tesis.

CAPITULO II

LINIAMIENTOS GENERALES.

2. LAS PRUEBAS EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Todas las ramas del Derecho requieren para la realización de sus fines, de un procedimiento determinado; en donde la prueba es fundamental ya que, es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento y de la misma dependerá el nacimiento del proceso, de su desenvolvimiento y la realización de su último fin.

Tradicionalmente como regla inevitable para escribir sobre algún tema o institución, en primer lugar debe conceptualizarse y con posterioridad comentar sus elementos; pero en esta ocasión tratando de ser un poco más explícitos para el tema de investigación de que se trata, partiremos del concepto gramatical de la palabra prueba. En el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, encontramos que la palabra prueba expresa: "La acción o efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa."²⁸

La denominación prueba puede tener distintas significaciones según desde el punto de vista en que se contemple, así vemos que atendiendo a la raíz latina, la palabra prueba de acuerdo a González

²⁸ "Pequeño Larousse Ilustrado", Diccionario Ramon Garcia P y Cross basado en el nuevo Pequeño Larousse 17, Paris p 848

Blanco citando a Vicente y Caravantes: este vocablo,"... tiene su etimología, según unos, del adverbio 'probe', que significa honradamente; porque se considera que obra con honradez el que prueba lo que pretende." ²⁹ ; o según otros, de la palabra 'PROBAMDUM', que significa; recomendar, probar, experimentar, dar fe.

Existen diversos autores que han elaborado definiciones de la prueba, buscando cada vez, encontrar su esencia y una mayor aproximación al momento actual, de los cuales mencionaremos algunos tratadistas que se han ocupado del tema.

El maestro Rafael de Pina nos dice que "La prueba es la actividad encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto." ³⁰, encontramos múltiples acepciones de la palabra prueba, ya que puede tener diversos significados, tenemos que por prueba se entiende como los diversos medios y aportaciones de que disponen las personas para comprobar sus afirmaciones ante una autoridad.

Para Eduardo J. Capture, en su acepción común, "La prueba, es la acción y el efecto de probar; y de demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación" ³¹; la cual es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo dirigido a

²⁹ González Blanco Alberto, "El Procedimiento Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., 1ª Edición, México 1975, P. 49.

³⁰ De Pina Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A., 8ª Edición, México 1979, p. 318.

³¹ Capture Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Roque de Palma Editor, 3ª Edición, Madrid 1976, p. 215, 216.

hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición, que constituye a veces un método de averiguación y otras, un método de comprobación.

La prueba, en el más amplio sentido de la palabra se entiende como un hecho supuestamente verdadero, que se presume o debe servir de motivo de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho. Una vez analizado el concepto de prueba en amplio sentido, desde otro ángulo, debe ser examinada desde el punto de vista de la materia penal, citando las opiniones de los autores penalistas.

Dentro del primer grupo, González Bustámante nos dice que "... prueba se entiende lo que persuade al espíritu; todo lo que existe en el proceso, que puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio..."²; al referirse al concepto anterior a 'persuadir al espíritu como base del juicio', el autor esta haciendo referencia a la averiguación que se tiene que conocer, que en el caso va siempre dirigido a cuestiones básicas del procedimiento penal.

Por su parte Colín Sánchez, nos proporciona la siguiente definición "... Prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera, estar en aptitud de definir la pretensión

² González Bustamante Juan José, Op. Cit p 332

punitiva estatal a que haya lugar.”³³

Por último, Alcalá- Zamora y Ricardo Levene, nos indican que “... probar es el conjunto de actividades a obtener el cersioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso judicial...”³⁴

El análisis de los anteriores conceptos conllevan con certeza a un elemento en el que coincide el conjunto de autores, algunos en forma directa y otros en forma indirecta respecto de la materia jurídica de la prueba, al conducir que es todo lo que encierra conocimiento transferible, de tal forma que persuade sobre la verdad histórica que origina el procedimiento penal, desprendiéndose que el ánimo que revela la prueba es apreciado siempre por un órgano especializado.

Una vez que se ha analizado la palabra prueba, es importante señalar, que la doctrina ha sostenido que la misma se desintegra para su estudio, en tres elementos que son: medio de prueba, órgano de prueba y objeto de prueba, mismos que estudiaremos con posterioridad al analizar las pruebas en el Derecho Penal Mexicano.

En otro orden de ideas, los medios de prueba de que se pueden hacer uso según el Derecho Procesal Mexicano, se encuentran contenidos

³³ Colín Sanchez Guillermo, OP. Cit. p. 407

³⁴ Alcalá Zamora y Castillo, Nieto y Ricardo Levene, “Derecho Procesal Penal Tomo III”, Editorial Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires 1945, p. 17.

en diferentes cuerpos legales; unos de carácter local, como lo son el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los Estados; y, los de carácter Federal, como lo son el Código Federal de Procedimientos Civiles, La Ley Federal del Trabajo, entre otras.

Así tenemos, que el Código Federal de Procedimientos Civiles; establece en el artículo 93: "La ley reconoce como medios de prueba:

I. La confesión;

II. Los documentos Públicos;

III. Los documentos privados;

IV. Los dictámenes periciales;

V. El reconocimiento o inspección judicial;

VI. Los testigos.

VII. Las fotografías, escritos y notas taquigrafiados por los descubrimientos de la ciencia y;

VIII. Las presunciones".

La Ley Federal del Trabajo manifiesta en su artículo 775 "Son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, y en especial los siguientes:

- I. La confesional;
- II. La documental;
- III. La testimonial;
- IV. La pericial;
- V. La inspección;
- VI. La presunción;
- VII. La instrumental de actuaciones;
- VIII. Las fotografías y, en general, aquellos medios aportados por conocimiento de la ciencia.”

Por lo que respecta a las legislaciones locales, el Código de procedimientos civiles para el Distrito federal, establece en su artículo 278:

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, manifiesta en su artículo 235: “La Ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos,
- III. Los documentos privados;
- IV. Los dictámenes periciales;
- V. El reconocimiento o inspección judicial;
- VI Los testigos;
- VII. Las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia;
- VIII. La fama pública;
- IX. Las presunciones,
- X. Los demás medios que produzcan convicción en el juzgador.”

El Código de procedimientos para el Estado Libre y Soberano de Sonora, establece en su artículo 265: “Las partes tienen libertad para ofrecer como medios de prueba, los que estimen conducentes a la demostración de sus pretensiones, y serán admisibles cualesquiera que sean adecuadas para que se produzcan convicción en el juzgado.

Enunciativamente, serán admisibles los siguientes medios de prueba:

- I. Confesión y declaración de las partes;
- II. Documentos públicos y privados;
- III. Dictámenes periciales;
- IV. Reconocimiento, examen o inspección judicial;
- V. Fotografía, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia;
- VI. Informaciones de las autoridades; y
- VII. Presunciones e indicios”.

2.1. MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

Una vez que se ha analizado el concepto de prueba en el punto anterior del presente capítulo; antes de entrar al estudio de los medios probatorios en el Derecho Penal Mexicano, es importante señalar que la doctrina ha sostenido que se desintegra en tres elementos: Medios de prueba, Organos de prueba y Objeto de prueba.

De los elementos antes señalados, de acuerdo al tema de la presente investigación, creemos que en orden de importancia aparece en primer lugar el objeto, pues es precisamente éste el que nos ayudará a precisar cuál es el conocimiento a buscar dentro del margen del procedimiento penal.

I.- OBJETO DE PRUEBA.

Siguiendo un orden y de acuerdo a lo anterior citaremos algunos autores que definen el objeto de prueba, esto con el fin de no perdernos y caer en contradicción a las corrientes doctrinarias que han estudiado los elementos de la prueba

Para Rivera Silva el objeto de la prueba es "... lo que hay que averiguar en el proceso." " Tomando en consideración únicamente el concepto del autor éste únicamente comprende la finalidad siendo muy genérico, sin embargo ciertamente el objeto es la prueba que

Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal", Editorial Porrúa, S.A., 23ª Edición, México 1994 p. 202

nos da la finalidad de esta.

Franco Sodí define al objeto de la prueba como "... el tema del proceso o la verdad histórica por conocerse..."³⁶ Como puede darse cuenta este concepto nos completa el previamente analizado de Rivera Silva, resolviéndonos la interrogante respecto a que es la verdad histórica del proceso entendiendo éste como la orientación de la actividad del proceso.

De los conceptos analizados llegamos al convencimiento que los comentados manifiestan que, el objeto de la prueba es el elemento que orienta a la prueba respecto de lo que interesa conocer en el procedimiento penal, es decir que la prueba debe contener algo que se relacione con la verdad buscada en el proceso.

Para González Bustamante "El objeto de la prueba consiste en todo aquello que el Juez debe adquirir, el conocimiento necesario para resolver sobre la cuestión sometida a su examen, y puede comprenderse en dos aspectos: como posibilidad abstracta de investigación, es decir, con la concurrencia de los elementos de que se dispongan, para fundar en términos generales su convencimiento (objeto de la prueba en abstracto), o como posibilidad concreta, o sea en todo aquello con que se prueba o se debe probar en relación

Francisco Sodí Carlos "El Procedimiento Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., 3ª Edición, México 1957, p. 216

con un caso concreto (objeto de la prueba en concreto).”³⁷

Del concepto anterior podemos deducir que el objeto de la prueba puede ser mediato e inmediato; el objeto mediato es lo que hay que probar en el proceso en general y el inmediato se puede definir como lo que hay que determinar con cada prueba que en concreto se lleva al proceso.

Por su parte Guillermo Colín Sánchez nos dice que el objeto de la prueba, “Es el tema probable, la cuestión que dio origen a la relación jurídica-material del Derecho Penal, esto es lo que debe probarse, es decir que se ejecutó una conducta o hecho, encuadrable en algún tipo penal preestablecido (Tipicidad), o en su defecto, la falta de algún elemento (atipicidad), o cualquier otro aspecto de la conducta...”³⁸

“El objeto de prueba es, fundamentalmente: la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, la responsabilidad del delincuente; el grado de responsabilidad y el daño producido. Puede recaer, también sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del Derecho Penal, teoría de la Ley Penal, así como en el ordenamiento negativo, sobre la ausencia de conducta, antipicidad.

Juan Jose Gonzalez Bustamante, Op Cit p 336

Colin Sanchez Guillermo, Op Cit p 410

causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.”³⁰

Analizando el concepto de Guillermo Colín Sánchez y de acuerdo a nuestra legislación podemos establecer que la prueba tiene por objeto:

a). - Acreditar la acción, es decir el movimiento corporal, representados en su fase externa por el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad, así como la inactividad (omisión) que realiza o que no realiza el sujeto activo del delito;

b). - Acreditar la modificación que en el mundo exterior ha experimentado con la ejecución del acto ilícito, en este concepto queda todo relacionado con el sujeto pasivo del delito;

c). - Acreditar la idiosincracia del sujeto autor del acto ilícito y para ello se necesita: 1° Fijar lo propio del sujeto, lo que posee y no proviene de los factores exógenos; y 2° fijar lo que el sujeto ha tomado de los factores circunstanciales (factores físicos sociales);

d). - Acreditar la sanción que corresponde, siendo de advertirse que en este punto sólo es objeto de prueba la ley extranjera, pues el

conocimiento de las leyes mexicanas se supone en el órgano jurisdiccional y su existencia no ésta sujeta a prueba.

II.- ORGANO DE PRUEBA.

El maestro González Bustamante nos dice que el órgano de prueba "lo es la persona física que concurre al proceso y suministra los informes de que tiene noticia sobre la existencia de un hecho o circunstancia, según su personal observación."⁴⁰

El análisis de este elemento de la prueba, nos hace preguntar ¿Quién va a traer la prueba al proceso? , Al respecto Franco Sodi nos dice que "... el Ministerio Público debe aportar la prueba. el inculpado, quien lo defiende, el sujeto pasivo del delito y el juez quien debe tomar la iniciativa y hacerse de pruebas que juzgue pertinentes, cuando lo aportado le parezca insuficiente."⁴¹

Al respecto podemos decir que órgano de prueba, son los sujetos que intervienen en la relación procesal, es decir el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante y los testigos; este carácter no es posible atribuirlo a los órganos jurisdiccionales, al ministerio público y a los peritos, ya que el conocimiento del objeto de la prueba es en forma directa, al respecto Rivera Silva al dar la noción de lo que hemos de entender por órgano de prueba

⁴⁰ González Bustamante Juan Jose, Op. Cit p 336
⁴¹ Llando Sodi Carlos, Op. Cit p 249

soluciona la respuesta del autor antes citado al decir: "Órgano de prueba, es la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, el objeto de la prueba". Y sigue: "con esta definición se alude a una persona que suministre al órgano jurisdiccional el dato querido, es imposible que el juez sea órgano de prueba, ya que para ser, se debe ser individuo distinto al juez; el juez conoce el hecho mediatamente, el órgano de prueba inmediatamente (por supuesto del hecho del cual es órgano) y, en cuanto juez no es órgano y en cuanto órgano no es juez." ⁴²

Por lo que se refiere al Ministerio Público, tampoco puede ser considerado como órgano de prueba," Por la naturaleza de su función"....."el ejercicio de la acción penal es consecuencia del conocimiento de un hecho que sucedió y, en el órgano de prueba su actividad como tal es resultado de la concomitancia con el hecho sobre el cual aporta conocimiento." ⁴³

El órgano de prueba puede distinguirse en dos momentos:

- a) - El de percepción, que fija al instante que el órgano de prueba toma el dato que va a ser objeto de prueba;
- b) - El de aportación, que es cuando el órgano de prueba aporta al

⁴² Rivera Silva Mammel, Op Cit p 197

⁴³ Ibidem p 189

juez el medio probatorio.

III.- MEDIO DE PRUEBA.

El medio de prueba es la prueba en sí "... es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto." ⁴⁴ Esta definición coloca al medio entre dos extremos, por una parte el objeto y por otra el conocimiento verdadero del mismo para la clara inteligencia de lo que es el medio probatorio se necesita conocer los dos extremos, y en obsequio de esto manifestamos: Por objeto debe entenderse todo lo que puede ser motivo de conocimiento, y conocimiento desde el punto de vista común y corriente, comprende el darse cuenta de algo, es decir percibir algo, y la verdad abarca la exacta correlación entre el objeto y las notas que recoge el conocimiento, así el medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto conducente. En el Derecho procesal penal, los sujetos que tratan de conocer la verdad son: directamente el juez a quien hay que ilustrar para que pueda cumplir con su función decisoria, e indirectamente a las partes en cuanto se ilustran con las pruebas del proceso para sostener la posición que les corresponde, el objeto por conocer es el acto imputado con todas sus circunstancias y la responsabilidad que de ese acto tiene el sujeto.

⁴⁴ Ibidem p 189

Una vez que nos a quedado claro el concepto del medio de prueba y al concluir que es el instrumento que sirve para llevar al conocimiento del juez el objeto de la prueba, es importante hacer una clasificación de la misma.

El desarrollo en el tiempo de la problemática de las pruebas, ha dado lugar a una riquísima red de clasificación que trajeron como consecuencia contradicciones entre las diferentes corrientes que clasificaban a las pruebas penales, quienes a través de los tiempos fueron superadas al caer el sistema de las pruebas legales al cambio del ordenamiento procesal que gira hoy sobre el principio de la libre convicción del juez.

Los procesalistas, para el estudio de las pruebas, han hecho de éstas diversas clasificaciones y así, consideran que las hay:

a). - Medios probatorios nominados y medios probatorios innominados, los primeros son aquellos a los que la ley concede nombre y los segundos todos los que no tienen denominación especial en la ley, de esta manera en nuestras leyes positivas tenemos como medios nominados; la confesión, el dictamen de peritos, la inspección judicial, la declaración de testigos, las presunciones, la confrontación y los careos;

b). - Los autónomos y los auxiliares, los primeros son los que no necesitan de otros para su perfeccionamiento y los auxiliares los que tienden a perfeccionarse de otro medio probatorio;

c). - Medios probatorios mediatos y medios probatorios inmediatos, los mediatos son los que requieren un órgano o sea, una persona física portadora de la prueba: un ejemplo el testimonio. Son inmediatos todos aquellos que no solicitan la intervención de un órgano: por ejemplo la inspección ocular y judicial;

d). - Pruebas naturales y pruebas artificiales, las primeras son las que llevan el objeto sin mediación de indiferencias o procesos lógicos; las pruebas artificiales son las que entregan el objeto de manera indirecta por mediación de procesos lógicos;

e). - Directas o Indirectas; las primeras son las que por sí mismas y de manera directa tienden a acreditar el hecho que se investiga, las segundas no demuestran el hecho investigado de manera directa e inmediata si no por otro, puede ser deducida o supuesta. "Ejemplo de prueba directa: homicidio (factum probandum); testigo ocular de la muerte (factum probans). Factum probandum y factum probans coinciden si el testigo declara que ha visto el hecho preciso de dar muerte a la persona. Ejemplo de prueba indirecta homicidio (factum probandum), y el inculpado niega ser el autor; un testigo

declara haber vendido al inculpado un revolver. Y el revólver encontrado en el lugar del delito es el mismo que vendió el testigo (factum probans). Consecuencia: Factum probandum y factum probans no coinciden, pero el segundo sirve para indicar o concurrir a determinar el primero.”⁴⁵

f).- Medio Genérico y Específico; el primero es el que surge de los elementos subjetivos, que caen bajo la percepción directa del juez y de las partes, que por consiguiente influyen inmediatamente y directamente sobre la formación del convencimiento, mientras que la prueba específica es la que surge de elementos subjetivos de las admisiones o de las atestaciones de los hechos que caen bajo la percepción ajena, y que no son percibidos directamente por el juez, sino que resultan de las declaraciones del imputado o de terceras personas, actúan como fuente mediata de comprobación y de convicción, la prueba genérica se refiere a las huellas materiales del delito, a los elementos del tipo penal, y a la prueba específica se rige a establecer quién cometió el delito y con qué medio lo hizo.

Es evidente que existen criterios diferentes en cuanto a la clasificación de los medios de prueba; la doctrina registra dos sistemas, a saber: El legal y el lógico. El sistema legal establece

⁴⁵ Florian Eugenio, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Editorial Bosch-Casa Editorial, Barcelona España 1869 p 328

como únicos medios probatorios los enumerados limitativamente en la ley, el sistema lógico acepta como medios de prueba los que puedan aportar conocimiento.

“Nuestras leyes han ido de un sistema a otro: el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1894 fijaba en su artículo 206 un sistema absolutamente legal, enumerando limitativamente los medios probatorios y, por el contrario, el Código del Distrito de 1931 adopta un sistema lógico, aceptando como prueba todo aquello que se presenta como tal, siempre que a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirla (Art. 135). La enumeración contenida en el propio artículo no tiene sentido, pues la parte transcrita permite que no sólo se reconozca como medios de prueba los listados, sino todos lo que lógicamente pueden serlo. El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 establece en su artículo 206 un sistema plenamente logístico, recogiendo en el fondo lo fijado en el Código del Distrito de 1931, pero borrando la innecesaria lista de medios probatorios consignando en este último ordenamiento.”¹⁶

En las leyes mexicanas como lo cita el autor antes señalado, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 206 regula los medios de prueba que a la letra dice: “Son admisibles

¹⁶ Rivera Silva Manuel, Op. Cit. p. 191

todos los medios de prueba que no sean contrarios a Derecho. Y no sé admitirán probanzas que no tengan relación con la materia del proceso o no sean idóneas para esclarecer hechos controvertidos en este. La admisión y la práctica de las pruebas se ajustan a los requisitos o procedimientos legalmente establecidos. Quien ofrece la prueba debe proporcionar los elementos de que disponga para este efecto, precisar las circunstancias necesarias para el desahogo de aquéllos e indicar la finalidad que con la misma se persigue, relacionando la prueba con los hechos que se pretende acreditar”.

El precepto antes descrito consagra el principio de libertad de la prueba, por el cual las partes pueden recurrir a cual quiera de los medios autorizados, a condición de que sean pertinentes para la comprobación del hecho que se investiga (thema probandum) a no ser que la ley señale específicamente el medio de comprobación, por ejemplo: la edad se comprueba mediante el acta de nacimiento, o en su defecto por dictamen médico o testigos. También tiene amplia aplicación el principio de la comunidad de la prueba el cual se hace consistir en que las pruebas aportadas al proceso, por cualquiera de las partes surten sus efectos beneficiándole o en su caso perjudicando cuando son inadecuadas para el objeto que se persigue.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 135 reconoce como medios de prueba:

- I. La Confesión
- II. Los documentos públicos y los Privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y la judicial;
- V. Las declaraciones de testigos, y
- VI. Las presunciones.”

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del ministerio Público, juez, o tribunal. Cuando el Ministerio público o la autoridad judicial lo estiman necesario podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

“Dentro del título dedicado, en el Código de Procedimientos Penales, además de las mencionadas, se regulan: la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la interpretación, la confrontación y el cargo; lo mismo sucede en el Código Federal, con excepción del cateo y las visitas domiciliarias, no incluidas dentro del título referente a las pruebas.”¹⁰

Analizando los medios probatorios en las diferentes legislaciones

¹⁰ Colin Sanchez Guillermo, Op Cit p 417.

podemos concluir: que en materia Federal, el legislador adopta un sistema lógico dejando en libertad a los oferentes siempre y cuando dichos medios probatorios no sean en contra de la ley y, las buenas costumbres por su parte el legislador del Distrito Federal adopta un sistema mixto, es decir legal y lógico, aceptando como medios de prueba los nominados y los innominados, encontrándose con una limitante que la ley moral y la conciencia pública les prohíbe.

2.2. ESTUDIO PROCESAL DE LAS PRUEBAS PENALES.

La prueba es fundamental e inevitable para el proceso, sabemos que para llegar a la justicia no ha bastado tener razón. se requiere además saberla exponer y probar para que el juez la pueda entender, sólo de este modo la sentencia resultara favorable a la parte que haya tenido éxito en sus pruebas; lo cual significa, que en el proceso las partes se mueven para pedir un fallo que reconozca sus respectivos derechos. él conseguirlo no dependen únicamente de las pruebas ofrecidas es necesario que cualquiera de ellas se vaya filtrando a través de la mente del juez, y que consiga hacerse entender de él a fin de persuadirlo, el éxito depende por consiguiente de la fuerza de convicción que tengan las pruebas y las razones hechas valer por las partes

Es natural que la prueba penal se someta a la disciplina que rige el desenvolvimiento del proceso ya que este debe obtener un orden, el mismo del procedimiento; esta existencia no sólo corresponde a una razón práctica, sino también a la tutela de los derechos de las partes

La actividad probatoria que se cumple en el proceso, es la tarea que debe ir dirigida a buscar, proporcionar, introducir, utilizar objetos y órganos de prueba que sirven para muchos fines ya que, se

expanden en varias direcciones, por lo mismo sus manifestaciones son diversas y complejas.

La mayoría de las veces se hacen necesarias investigaciones para establecer hechos, para hallar cosas que puedan llegar a ser órganos de prueba; para prevenir pérdidas y eludir la astucia y las tretas de los que están interesados en ocultar o adulterar la verdad o simular como realidades cosas inexistentes. a fin de prevenir esto, la actividad de prueba se desarrolla en tres sentidos fundamentales:

a). -ACTIVIDAD DE OBTENCION DE LA PRUEBA; esto es cuando el material probatorio se busca, se investiga, se recoge. y se consigna al proceso;

b). -ACTIVIDAD DE SEGURAMIENTO DE LA PRUEBA: es decir, la actividad endereza a garantizar la posesión y la incolumidad de ciertos órganos de prueba, respecto de los cuales se teme que puedan perderse para el proceso:

c). -ACTIVIDAD DE COERCION EN ORDEN A LA PRUEBA: cuando se haga necesario obtener, por medio de la fuerza, que sean aportados al proceso ciertos objetos de prueba, o que intervengan en él determinados órganos de prueba.

“... La reglamentación de la actividad probatoria en el proceso, se vincula a los criterios fundamentalmente que rigen la organización general de aquel, según la forma, sea acusatoria o inquisitorial, o según de menor injerencia de la autoridad pública en el proceso.”⁴⁸

En el proceso acusatorio, la prueba es, en el fondo, asunto que corresponde esencialmente a las partes, mientras que el principio inquisitorial corresponde en forma exclusiva al juez, es decir, él es el facultado para dirigir y decidir los medios probatorios.

Por último en conclusión en nuestro Derecho Penal Mexicano actúan ambos principios, prevaleciendo notablemente las facultades conferidas al juez en materia de pruebas.

2.2.1. OFRECIMIENTO.

Como ofrecimiento de pruebas; se entiende la parte del procedimiento probatorio, en el cual las partes proponen al órgano jurisdiccional los medios probatorios con las cuales pretenden demostrar sus respectivas pretensiones y hechos que necesitan en el proceso.

En el proceso intervienen y actúan muchas personas revestidas de

⁴⁸ Florian Lugeno, “De las Pruebas Penales en General Tomo I”, Editorial Temis, Bogota Colombia 1990, p. 263

diversas calidades y, puede decirse que buena parte de ellas tienen importancia desde el punto de vista de la actividad de la prueba, razón por la cual aquí esboza el cuadro de los sujetos de los cuales en diferente medida les corresponden la actividad probatoria.

Las pruebas deben de ser ofrecidas por el Agente del Ministerio Público, por el Defensor y por el Procesado, teniendo también facultades el juzgador para decretar la practica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento y la comprobación de los elementos del tipo penal, así como la plena responsabilidad del acusado.

La doctrina hace una clasificación de los sujetos de la actividad de prueba según nuestro sistema jurídico; y nos dice que en primer lugar la actividad de prueba compete a personas de carácter público, es decir a los órganos de la policía judicial, esto es, al Procurador General de Justicia del Distrito Federal y al de la República, a los oficiales y agentes de la policía judicial; en segundo lugar, la actividad de la prueba compete a los sujetos procesales, es decir al juez, al Ministerio Público, al acusado y; por último pueden ejercerla también los que en el proceso actúan como terceros, sean interesados o no lo sean teniendo una función subordinada, ya que la función del juez es más amplia en razón de que lo más importante para él, es el descubrimiento de la verdad

objetiva para el cual es indispensable la labor del juez.

“Los legisladores, tanto del Distrito Federal como los Federales, quisieron retirar a la parte ofendida de todo lo relacionado con aportación de pruebas, dirigidas hacia la responsabilidad así como los elementos del tipo penal, estimado que en lo que toca a este aspecto, la única directamente interesada es la sociedad por esta razón se vedó al ofendido su intervención en el proceso...”⁴⁶ El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 9° contempla la Coadyuvancia de la Víctima o él ofendido, a fin de que a porte datos conducentes para acreditar los elementos del tipo penal, la responsabilidad penal del indiciado según el caso y a justificar la reparación del daño, de esta manera el ofendido a través de la Representación Social, podrá participar en el proceso aportando las pruebas que estime necesario para el esclarecimiento de los hechos en que resulto perjudicado como ofendido directo

Es importante mencionar las etapas en que pueden ser ofrecidas las pruebas, se dice que desde la integración de la Averiguación Previa se ofrecen y se desahogan. El Ministerio Público en uso de su función investigadora y persecutoria del delito, buscando elementos de convicción para aportar al juez, esto lo hace a través de terceros como son la policía judicial y peritos; solicitando a la parte agraviada le proporcione los datos necesarios para la

⁴⁶ Rivera Silva Manuel Op Cit p 199

integración de la indagatoria adquiriendo la calidad de indicios ya que, es el juez quien se encarga de realizar el valor jurídico de cada elemento probatorio que acrediten los elementos de un tipo penal determinado y la presunta responsabilidad de un individuo. Por su parte el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo último dentro de las garantías que le otorgan al inculcado podrá aportar testigos y demás pruebas que ofrezca dentro de la etapa de la averiguación previa.

De acuerdo al procedimiento, existen diversos principios que rigen el ofrecimiento de pruebas como son:

a). - Principio de la libertad; conforme a este principio las partes se encuentran en posibilidad de ofrecer cualquier prueba que estime pertinente, ya que si el objeto del medio probatorio es esclarecer ciertos elementos, el oferente tiene la libertad de llevar al proceso todos los medios de prueba siempre y cuando no lo prohíba la Ley ni se opongan a las leyes de la moral social.

De esta manera las partes podrán ofrecer, las pruebas en lo que toca al procedimiento sumario en un periodo que va del auto de formal prisión al auto que resuelve sobre la admisión de ellas y se desahogaran en una audiencia que bien podría denominarse desahogo de pruebas, conclusiones, sentencia y; en el procedimiento ordinario la reforma de 1994 establece: En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes

para que propongan dentro de los siete días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán igualmente las que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso para la imposición de la pena.”⁵⁰ Abundando la explicación del autor antes citado, consideramos que una vez que se ha consignado la averiguación previa al Juzgado correspondiente, y el juez resuelve al auto de termino Constitucional, resolviendo una formal prisión o sujeción a proceso, las partes contarán con un periodo de tres días comunes contados a partir del día siguiente de la notificación del mismo, a fin de que ofrezcan sus pruebas, esto en el procedimiento sumario (artículo 307 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Y en el procedimiento ordinario las partes contarán de siete días para ofrecer sus pruebas a partir del día siguiente a la notificación que resuelve la situación jurídica del indiciado y si al desahogar las mismas aparecen nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para que las partes ofrezcan sus respectivas pruebas supervivientes (artículo 314 del mismo ordenamiento jurídico)

b). - Principio de Admisión. por este término entendemos al auto

Ibidem p 200

mediante el cual el juez declara aceptadas las pruebas ofrecidas por las partes, entendiéndose que tal determinación se desprende de haber apreciado aspectos de forma y motivos de evidencia.

Por lo que toca a la admisión de pruebas existe el principio que es conocido como el de idoneidad, el cual consiste que los tribunales únicamente pueden admitir las pruebas que les ofrezcan las partes, que consideren aptas para acreditar hechos relacionados directamente con la pretensión punitiva estatal.

2.2.2. DESAHOGO.

Significa realizar los actos y procedimientos necesarios para que una prueba surta sus efectos legales en el proceso, es decir, como el tiempo en el cual el juez percibe el objeto contenido en cada medio de prueba.

Dentro del procedimiento penal, al igual que otros procedimientos las formas de actividad probatoria son las mismas que la de los actos procesales en general, ya que se adaptan al modo como estos son en cada fase procesal, cambiando únicamente los términos y la forma de ofrecimiento de la prueba, recayendo en la regla general en la admisión y el desahogo del medio probatorio. Para nuestro estudio es necesario diferenciar algunos puntos entre el

procedimiento probatorio de nuestro Derecho Civil y la materia que nos ocupa, existe similitud entre una y otra rama en cuanto a la forma, tomando en cuenta los actos procesales en general, existiendo grandes diferencias entre sí, puesto que en el primero la prueba es necesaria y obligatoria las cuales- corresponde exclusivamente a las partes del proceso; lo contrario sucede en el procedimiento penal ya que la prueba en sentido propio no es necesaria siempre, sino cuando haya que convencer al juez a fin de que funde su fallo.

Al igual que en el Derecho Civil en materia penal se habla de carga procesal, tomando en consideración a los autores que opinan sobre la misma, en el proceso penal no existe, ya que ninguna persona esta obligada a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos, y sí por el contrario todos los sujetos que intervienen en el proceso tienen el deber de ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica buscada. Por ejemplo; el Agente del Ministerio Público le corresponde la obligación de probar la acusación que ha realizado, de convertir en certeza y convicción las presunciones que le sirvieron de base al formular la acusación, por su parte el procesado junto con su defensor en caso de negativa del hecho por el que se le imputa tiene el deber de acreditar y probar su inocencia; el órgano jurisdiccional tiene la obligación de cumplir con el objeto del proceso que es el de hacer justicia, mediante el

descubrimiento de la verdad material o histórica de los acontecimientos que culminaron con el delito, es decir justicia para la sociedad ofendida y justicia para el sospechoso a quien procesa. “ La carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del Agente del Ministerio Público o del procesado y su defensor, el juez puede tomar la iniciativa para que realicen los fines específicos del proceso.” ⁵¹

El artículo 248 del Código Adjetivo de la materia para el Distrito Federal manifiesta: El que afirma esta obligado a probar también lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho; en atención a lo establecido en el precepto antes escrito, el maestro Rivera Silva manifiesta que; “- No es válido el principio - quien afirma está obligado a probar, pues la búsqueda de la verdad, en materia penal es indispensable de que quien afirma prueba o no su aseveración...” “ Tomando en cuenta la crítica que hace el autor podemos opinar que el criterio del legislador resulto impropio, ya que el artículo carece de técnica, puesto que el artículo 314 del mismo ordenamiento legal establece, que cuando el juez instructor creyere indispensable recibir pruebas diversas de las propuestas por las partes para aclarar la obscuridad de las rendidas o para comprobar algún punto que estime de importancia, acordará se

⁵¹ Colm Sanchez Guillermo, Op Cit p 434

² Rivera Silva Manuel, OP Cit. p 198

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

practiquen las diligencias que considere necesarias.

Una vez analizadas las opiniones de los autores que manifiestan sobre la carga procesal en materia penal, concluimos que para las partes procesales no existe pero está obligados a aportar material probatorio, toda vez que la investigación es fundamental para el descubrimiento de la verdad objetiva, es decir la investigación de los hechos como han ocurrido en la realidad siendo una investigación amplia no reducida a los límites que quieren imponer las partes; facultando al juzgador la obligación de realizar todos aquellos actos necesarios para el descubrimiento de la verdad que se busca.

La actividad probatoria puede ser en dos formas:

1. Proposición de la Prueba; no es otra cosa que el ofrecimiento de la prueba que realizan las partes ante el órgano jurisdiccional y él;
2. De asunción: que es el acto por el cual el medio de prueba rinde la actividad y eficacia que esta destinada a proporcionar, interviniendo dos órganos el dirigente (juez) y las personas participantes en el proceso. (Ministerio Público, Defensor y procesado). El artículo 314 del Código de Procedimientos Penales

para el Distrito Federal (procedimiento ordinario), determina que se cuenta con quince días para el desahogo de las pruebas. Si al desahogar las pruebas aparecen de los mismos nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogaran dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad; por lo que toca al artículo 307, 308 y 311 del referido Código (procedimiento sumario), las pruebas se desahogaran en la audiencia principal, misma que se celebrara en los cinco días siguientes al auto que resuelve sobre la admisión de las pruebas, siendo desarrollada esta audiencia en un solo día ininterrumpidamente, salvo que sea necesario suspenderla por causas que lo ameriten criterio del juez. En este caso, se citara para continuarla al día siguiente, o dentro de los tres días posteriores.

Para efectos del procedimiento ordinario de conformidad con el último párrafo del artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; cuando el juez o tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución, que notificará personalmente a las partes, y mandará a poner el proceso a la vista de las mismas por siete días comunes para que promuevan dentro de los diez días siguientes a aquel en que se notifiquen el auto que recaiga a la solicitud de prueba.

De igual manera se establece, que de acuerdo a las circunstancias que apreciare el juez en la instancia, podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas a su juicio que considere necesarias para mejor proveer, o bien, ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más.

Para del desahogo de pruebas, existen cuatro principios:

a). - Principio de Inmediatez Personal; los jueces deben estar presentes en las diligencias de desahogo de pruebas, con excepción mediante una resolución expresa, previa y específica, en cada caso, podrá delegar esta atribución en algún funcionario de su juzgado.

b). - Principio de Publicidad, las pruebas deben desahogarse en audiencia pública, es decir, en un local al que pueda asistir cualquier persona, con excepción de que el juez mediante resolución expresa, previa y específica, en cada caso, ordene la no-admisión del público de conformidad con el artículo 59 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

c). - Principio de Contradicción; las pruebas deben desahogarse con previa citación de la contra parte, con la finalidad de que esta tenga

oportunidad de oponerse, adherirse o adiccionarla, no existe excepción.

d). - Principio de Formalidad; las pruebas deben llegar al proceso, con los requisitos establecidos por la ley para el desahogo de cada una de ellas, de tal suerte que para establecer las respectivas formalidades, debemos remitirnos al capitulo correspondientes del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de acuerdo a la prueba de que se trate.

2.3. CARACTERISTICAS DEL TESTIMONIO.

Antes de entrar al estudio de las características del testimonio, como lo venimos haciendo con anterioridad, definiremos el significado de la palabra testimonio esto con el fin de realizar un estudio mas completo.

Para Cipriano Gómez Lara, "La prueba de testigos, también llamada prueba testimonial, consiste en declaraciones de terceros a los que les constan hechos sobre lo que se examina. Que esta declaración de terceros ajenos a la relación substancial del procesado, se les hace a través de preguntas contenidos en interrogatorios que formula la parte que ofrece al testigo. Que el testigo debe ser conocedor directo de las cuestiones sobre las que se le interroga y además, debe tener las características de imparcialidad, es decir, de no tener un interés particular en el negocio y de estar en una posición

intima o de enemistad, con alguna de las partes.”⁵³

González Blanco, nos dice que el testimonio, “... es la declaración del testigo puede ser considerada para designar a la persona que interviene en la declaración de un acto jurídico (para que pueda tener validez), y para designar a la persona que declara en un juicio ..”⁵⁴

Por su parte, Marco Antonio Díaz de León manifiesta que “... testimonio es aquel medio de prueba y acto procesal por el cual terceras personas comunican al órgano jurisdiccional sus experiencias y percepciones sensoriales extrajudiciales relacionadas con el delito o litigio.”⁵⁵

García Ramírez señala, “... testimonio es la relación de hechos conocidos sensorialmente por el declarante, a través de la cual se esclarecen cuestiones relacionadas con el objeto de la controversia...”⁵⁶

Para Rivera Silva, define al testimonio como “... lo dicho por el testigo...”⁵⁷

⁵³ Gómez Lara Cipriano, “Teoría General del Proceso”, Editorial Harla, S.A., Textos Universitarios, 8ª. Edición, México 1990, p. 362.

⁵⁴ González Blanco Alberto, “El Procedimiento Penal Mexicano en la Doctrina y en el Derecho Positivo”, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 167

⁵⁵ Díaz de León Marco Antonio, “Tratado de las Pruebas Penales”, Editorial Porrúa S.A., México 1988, p. 167

⁵⁶ García Ramírez Sergio, “Curso de Derecho Procesal Penal”, Editorial Porrúa, S.A., 5ª. Edición, México 1989, p. 400

⁵⁷ Rivera Silva Manuel, Op. Cit. p. 249

Jorge Gloria Olmedo, citando a Manzini, "Testimonio; es la declaración, positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigido a los fines de la prueba, para la comprobación de verdad."⁸

De los conceptos antes descritos, entendemos que el testimonio es el objeto de la prueba (declaraciones positivas o negativas), llevada por un órgano al proceso (persona física), que a través de sus sentidos sensoriales obtuvo el conocimiento de un fenómeno que sucedió en el mundo físico y que al narrar los hechos o actos captados por sus sentidos, el juzgador al calificarlo determina si el dicho narrado tiene certeza de su existencia o no.

Siguiendo con el estudio de testimonio, una vez que analizamos los conceptos, a continuación estudiaremos cada uno de sus elementos a fin de que nos quede claro lo que es el testimonio puesto que es el tema central del trabajo de investigación.

2.3.1. ORGANO.

Es testigo, la persona que percibe un hecho, lo recuerda, evoca y expresa, el cual se constituye en órgano de prueba en cuanto

⁸ Gloria Olmedo Jorge A. "Derecho Procesal Tomo I", Conceptos Fundamentales, Editorial Ediciones Palma, Buenos Aires Argentina 1989, p. 345

comparece ante el Ministerio Público (averiguación previa), o ante el Organo Jurisdiccional a emitir su declaración, la calidad de testigo se adquiere cuando el juez decreta la practica de la prueba, a petición de parte o de oficio, significa entonces lo anterior que no se adquiere por la simple circunstancia que una persona percibe unos hechos, porque puede suceder que no sea llamada como testigo o sencillamente que no se tramite un proceso que exija como prueba la declaración sobre hechos o actos presenciales o conocidos por una persona.

Para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto. La capacidad abstracta consiste en la finalidad de hallarse el testigo sano de los sentidos y de la mente, dotado de aptitud de juicio y la capacidad concreta estriba en el conocimiento de los hechos materia del proceso.

En materia penal, todos son capaces abstractamente para ser testigos. La doctrina y la legislación establecen como principio general los siguientes: toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinado como testigo, siempre que pueda dar alguna luz a la investigación del delito y el juez estime necesario su examen.

Analizando lo anterior, podemos decir que no hay incapaces para

Analizando lo anterior, podemos decir que no hay incapaces para declarar, puesto que no importa la edad, el sexo, y la condición social para atestiguar; sin embargo aunque la ley no lo manifiesta existe una excepción que puede fijar en la regla que antecede que no es de carácter legal sino lógico, pues es razonable que para ser testigo se requiere de una capacidad determinada, traducida en una aptitud física, de esta manera los que se hallan bajo interdicción por causa de demencia no podrán ser examinados como testigos.

Por lo que respecta a las personas que no poseen aptitud física en su totalidad, como son los ciegos, los sordomudos, los mudos, no son propiamente normales pues carecen de alguno de sus sentidos sensoriales, sin embargo son aptos como testigos.

En los casos antes descritos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tratándose de personas carentes de la vista señala: "El Ministerio público o el juez designara, para que acompañe al testigo a otra persona que firmara la declaración después de que aquél la ratifique..." (artículo 204); y cuando se trate de sordomudos. " El juez nombrara como interprete a la persona que pueda entenderlo..."(artículo 187).

Por otro lado es preciso aclarar que en materia penal, no existen tachas de testigos y corresponde a la autoridad judicial aceptar o

rechazar las declaraciones según el grado de confianza que le merezcan, tomando en cuenta todas las circunstancias completas que cada caso puedan afectar la probidad del deponente, provocar suspicacias sobre su dicho o determinar la parcialidad de su testimonio.

En otro orden de ideas, no debe confundirse la incapacidad con algunas incompatibilidades que suelen darse en razón del cargo que desempeña el sujeto, o bien por su calidad personal.

De los integrantes de la relación procesal, el Ministerio Público y el Organo Jurisdiccional, aun dotados de capacidad, no deben asumir el doble papel de funcionarios y testigos, el perito no puede ser testigo pues solo emite una opinión sobre algún aspecto del proceso. Los abogados en asuntos directamente vinculados en la protección de los derechos de sus poderdantes comprometidos procesalmente, como en el supuesto de que privadamente les confiese las razones que no expondrá a la autoridad; no se puede obligar al profesional en las leyes a que exponga su conocimiento en detrimento de su cliente; Lo cual no quiere decir que a un abogado no se le pueda llamar a testimoniar por un presunto hecho punible del que se cree tener conocimiento y no actúa como apoderado de una de las partes.

Todo sujeto que goza de capacidad puede ser testigo, no obstante, existen vínculos que justifican plenamente la abstención a declarar, tal es el caso del tutor, curador, pupilo, o cónyuge del probable autor del delito; estas excepciones se fincan, no en la falta de capacidad, sino en la moral necesaria que deben imperar en todas órdenes.

Para ser testigo no basta tener capacidad abstracta, sino es necesario de una capacidad concreta y que consiste en el conocimiento de los hechos o actos materia del proceso.

El testimonio debe manifestarse por un sujeto, que tiene percepciones sensoriales inmediatamente de un hecho pasado y que ahora se tiene que probar.

El testigo, para poder percibir y relatar la verdad deberá estar en:

a). - Posibilidad de Percepción: el individuo de quien se espera el testimonio, debe haber tenido y debe conservar la aptitud física para recibir y reproducir normalmente una percepción; así un sordo no podría deponer que había oído una determinada conversación; ni el ciego que había visto un hecho y,

b). - Percepción Original y Directa: es también necesario que el

testigo reproduzca una percepción suya, original y directa, del hecho ha aprobar, inmediatamente recibida por él.

No es necesario, sin embargo que esta percepción sea consecuencia de la presencia material de la persona, siempre que se encontrara en condiciones de poder oír, ver, etc.; Aun sin hallarse en grado de percibir todos los elementos o circunstancias del hecho, pero en este caso es necesario que la persona exponga la situación en que se hallaba, así por ejemplo; es válido el elemento de prueba del testigo de quien pudo ver, oír, escuchar, sin ser visto por quien ejecutó el hecho o tuvo la conversación sobre la cual depone.

El objeto de la prueba testimonial es la "sensopercepción" del testigo, es la narración que hace una persona sobre hechos o actos que sucedieron en la naturaleza y que son investigados por el órgano jurisdiccional penal para el esclarecimiento de la verdad. Es el conocimiento que relata el testigo que obtuvo a través de sus sentidos sensoriales.

El objeto, es todo lo que puede ser conocido por los sentidos de la persona, y además que tengan relación con los hechos que constituyeron un delito y que es investigado por el órgano jurisdiccional

Cuando hablamos de testigo como el órgano de la prueba testimonial, manifestamos que debe contar con una capacidad abstracta y concreta, a fin de percibir y relatar la verdad, misma que adquiere a través de la sensación y la percepción, que de acuerdo lo anterior es el objeto del testimonio.

En la practica es difícil distinguir estas dos figuras, por ello se les ha reunido en el vocablo "sensopercepción", para significarlas globalmente. Como estudio y sin pretender aventurarnos en el campo de la Psicología anormal, lo que sólo está reservado para los especialistas; para un mejor entendimiento estudiaremos la sensopercepción en sus elementos:

a).- La Sensación: "Es la operación primaria, íntegramente del proceso del entendimiento, producida por efecto de un estímulo fisiológico, el cual desemboca en una impresión síquica, que, una vez en el cerebro, se une allí con otras. Es el resultado elemental de la acción que ejerce el mundo externo sobre los órganos de los sentidos del testigo; concretamente sobre las células receptoras, transmitidas a la corteza cerebral por impulsos continuos e intermitentes." 9

Rodríguez Orlando Alfonso, "El Testimonio Penal y sus Errores", Editorial Temis, S. A., Bogotá Colombia 1985, p. 25

Todo conocimiento del hombre se origina en las sensaciones provenientes del mundo exterior. Cuando el individuo actúa en Sociedad está recibiendo percepciones constantes, simultaneas y sucesivas, son constantes cuando permanentemente esta viendo, escuchando, palpando, etc.; sucesivas, porque los fenómenos percibidos se van desarrollando uno tras otro; simultaneas, porque en ocasiones los fenómenos se aprenden al mismo tiempo en varias cantidades.

“La cesación es de carácter físico-fisiológico, mixta en su estructura y trayectoria de comienzo a fin, que se manifiesta en el cerebro como imágenes de objetos. En el proceso de convertir él estímulo físico (en los sentidos) en estímulo síquico (en el cerebro); como cuando un árbol aparece ante nuestros ojos, estimulándolos (proceso fisiológico), para continuar en un proceso continuo de movimiento de nervios, excitando la corteza cerebral (es estímulo síquica).”⁶⁶

Debido a la mayor o menor atención que el sujeto presente al desarrollo de los fenómenos que percibe, estos son captados con mayor o menor finalidad. La sensación implica el conocimiento de los objetos, dicho conocimiento se adquiere a través de la intensidad que determina la fuerza con que se presenta la sensación

⁶⁶ Idem

la cual depende de la fuerza del estímulo y la conducción de la excitación nerviosa; la cualidad por medio de esta se trata de especificar y diferenciar unas sensaciones de otras, como el aroma de una plata, el sabor de un aliento, el sonido de un motor, la aspereza de un objeto, la visión de una imagen etc.; -Y por último la duración, que es la permanencia de la sensación en la corteza cerebral.

En general, para que algo pueda ser percibido, es necesario, en primer lugar, que los órganos periféricos de los sentidos (visuales, táctiles, auditivo, gustativos y olfativos) estén en buen estado de funcionamiento; En segundo lugar, es necesario que las vías de comunicación que conducen al cerebro y las zonas centrales terminales de los nervios de los sentidos, funcionen normalmente; En tercer lugar, el estado de conciencia debe encontrarse en tales circunstancias que sea capaz de recibir las percepciones.

Para nadie es desconocido que entre los llamados individuos normales pueda ser víctima de falsas percepciones, por errores, ilusiones, y alucinaciones. Sobre las percepciones que el sujeto captó por medio de sus sentidos; las ilusiones se dan cuando el deponente percibe un hecho desordenado, causadas por las distancias, o los sentidos enfermos de la persona; las alucinaciones son percepciones sin estímulo exterior, producida de una

anormalidad en el órgano receptor ejemplo de esto; lo es el ebrio quien ve y escucha hechos que no han existido en el mundo objetivo, son productos de una mente enferma, existe error cuando la persona concluye falsamente fundamentada en supuestos falsos o por mala orientación de sus ideas.

b).- La percepción, "... es una actividad subjetiva del testigo, causada por una o varias sensaciones, sometidas a un proceso de análisis, cuyo campo de acción es el cerebro. Es el reflejo de las cosas en la conciencia, cuyo producto es una aprehensión sensorial; es el siguiente grado de inteligencia después de la sensación, que constituye la base para formar conceptos científicos." ⁶¹

La función del hombre es percibir, los fenómenos que suceden en la naturaleza, es aprehender mediante los sentidos, no sólo encierra la manera aprehensión sensorial, sino que para la conformación de la percepción confluyen sensaciones, recuerdos y más procesos psicológicos.

El hombre que percibe, es una persona que aprehende las características individuales, específicas del fenómeno aprehendido la cual le forma, el color, el olor, la consistencia, etc y, además relaciona, asocia todas esas características con recuerdos gravados con antelación, de objetos iguales o parecidos al que observa. Es

Ibidem p. 29

pues la percepción la aprensión de diversos datos externos de un objeto que son más o menos heterogéneos, múltiples y que permiten ubicar tal objeto en su espacio determinado. Desde este punto de vistas percibir es conocer.

No se trata simplemente de la reunión de datos, sino que ellos son organizados, disciplinados, si se nos permite la expresión por la mente a fin de aprehenderlos en un todo sin que pueda decirse que ese todo es diverso de cada una de las partes que lo componen, pero tampoco es la simple suma de ellos, pues como se ha dicho, la mente humana es la ordenadora de esas partes; Existen momentos en que uno de los datos se manifiesta con mayor intensidad que otros y adquiere mayor relieve ante la mente ordenadora, dejando en ella una huella mas profunda, casi absorbe a los demás.

La aprehensión de los datos exteriores del objeto, se adquiere a través de las etapas de la percepción. en primer lugar tenemos los estímulos que son captados por los sentidos (sensoriales), son llevados al cerebro, en donde producen una reacción encadenada y cambian la actividad e interés del sujeto; La segunda etapa llega cuando la memoria permite evocar imágenes percibidas con antelación, relacionando sus características con el objeto de la presente percepción que es el análisis comparativo para darle identidad e individualidad propia a cada percepción; un cotejo entre

2.3.3. FORMA.

La forma es el testimonio, es decir, la expresión de hecho percibido, recordando y evocado mismo que puede expresarse en forma:

a) Oral; se da cuando es rendido ante la autoridad, valiéndose el deponente de sonidos fónicos, audibles, y entendibles, es frecuente en el campo penal, por ser de orden expresa de la ley procedimental, como el más viable y no complicado. "El principio de la oralidad de los testigos, inherentes a todo sistema acusatorio, requiere que los testigos sean oídos directamente por el juzgado encargado de juzgar, para permitir un examen inmediato, es decir tanto observación directa como el interrogatorio. Resulta casi tan necesario, según se ha dicho, ver la investigación como oíría. Se ha llegado a pensar que jueces y testigos, cara a cara eran los únicos capaces de hacer brotar la verdad."⁶²

El carácter fundamental del testimonio reside en la moralidad, lo que lo identifica como una de las formas especiales de atestación de persona, diferenciándolo de la otra forma particular que se llama documento

Francis Gorphe, "La Apreciación Judicial de las Pruebas", Editorial la Ley, Buenos Aires Argentina 1967, p 382.

Dentro de nuestra legislación penal, la forma oral para rendir testimonio es lo más común; salvo en los casos en que se encuentran las personas que no del todo son normales, a quienes se les toma su declaración de forma especial que el mismo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala, las formas en que se les debe tomar su declaración

Los testigos que se encuentran aptos en todos sus sentidos sensoriales, declararán de viva voz sin que se les sea permitido leer notas o documentos que llevarán, según la naturaleza de la causa a juicio del Ministerio Público o del Juez podrán hacerlo..

El Ministerio Público y el defensor pueden examinar a los testigos, realizando las preguntas que estimen convenientes.

b) Escrito: se da cuando se depone mediante signos gráficos estampados en documentos, como es el caso de los sordomudos, ciegos o certificaciones juradas en los casos autorizados por la ley, existen las certificaciones juradas: que es cuando el juez instructor del proceso no tiene la oportunidad de interrogar inmediatamente a una persona por hallarse fuera del ámbito territorial, el cual se examinara por exhorto dirigido al juez de su residencia, quien se encargara de examinarlo; regresando la diligencia al juzgado a fin de que el juez que solicito el

interrogatorio examine y califique el testimonio.

c) Espontaneo, es cuando se rinde ante la autoridad sin previo interrogatorio, está declaración es más fiel pero menos extensa ya que por razones de nerviosismo, timidez y otros factores, no permiten que el testigo manifieste detalles que para el juez sean importantes para el esclarecimiento de los hechos.

d) Provocado. se rinde previo interrogatorio del funcionario, la defensa y el Ministerio Público, quienes llevan al deponente por la vía que interesa a la admisión de justicia. Durante la instrucción del proceso, el juez no podrá dejar de examinar a los testigos presentes, cuya declaración soliciten las partes; El Agente del Ministerio Público, y el defensor podrán examinar al testigo con relación a las primeras declaraciones en la denuncia o querrela; en este caso, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte, sean inconducentes; además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

e) Común, es cuando el deponente no necesita conocimiento especializado sobre un arte, profesión u oficio; es de carácter descriptivo, ya que relata percepciones sobre algunos hechos que han estimulado sus sentidos, que en condiciones semejantes lo

hubieran podido captar otras personas normales.

f) Técnico, es cuando la declaración versa sobre ciertos hechos que deben ser analizados por órganos de la prueba, poniendo de manifiesto una pericia o conocimiento especial, que bien puede ser artística, científica o propiamente técnico, emitiendo juicios y conceptos que otra persona no puede hacer con igual certeza.

No se deben de confundir al testigo técnico con el auxiliar de justicia como lo es el perito ya que; “El testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta a su saber no individual, ya que la opinión que emite debe sustentarse o basarse sobre las adquisiciones de la ciencia, de la técnica o del arte. El testigo de referencia o de oídas es de escaso valor, el perito que sabe solo lo que otros han descubierto, es de gran valor, con la condición de que emita su propia opinión...” Y sigue: “Los acontecimientos procesales determinaran que una persona sea testigo o no, y que han de tener una relación histórica con el asunto de que se trate, de tal manera que son necesarios por no poder ser remplazados por el descubrimiento de la verdad, el perito es factible en el sentido que esta a disposición del juez lo que le interesa al escoger los peritos, es examinar si se puede esperar que se tengan los conocimientos que se deseen. Es improcedente que un testigo verse únicamente sobre el conocimiento de principios abstractos, en cambio el perito puede

cumplir suficientemente su tarea emitiendo conceptos abstractos sin relacionarlos con el caso presente. El testigo declara sobre hechos pasados o presentes que percibió antes del proceso, en cambio el perito lo hace sobre hechos pasados, presentes o futuros; es decir, informa de lo percibido durante el proceso en virtud del cargo judicial. En el testimonio se trata de percepciones contingentes y en el peritaje de percepciones intencionadas. El testigo narra hechos; sólo por excepción puede formular conceptos técnicos o científicos limitados a la declaración de sus percepciones..." Y sigue: "El perito emite siempre juicios de valor que pueden ser de cualquier naturaleza excepto los puramente jurídicos." 60 Un ejemplo ayudará a encontrar la diferencia entre testigo común, testigo técnico y perito.

Es Testigo Común, es el portero de un centro hospitalario que vio entrar herido a un sujeto.

Es Testigo Técnico, es el médico que le prestó asistencia técnica - científica al lesionado-.

Es perito, el médico forense que determinó sobre la causa de la muerte o la clase de heridas que recibió la víctima fijando incapacidad legal.

Parra Quijano Jairo, "Tratado de la Prueba Judicial", El Testimonio Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, 3ª Edición, Bogotá Colombia 1958, p. 12.13

El primero vio sangrar, observo heridas, escucho lamentos; el segundo verifica las heridas que interesaron tales órganos y su actividad fue eminentemente profiláctica y curativa; el tercero dictaminó mediante un peritaje médico legal la causa que produjo la muerte o la incapacidad en las lesiones personales. -

2.4. NATURALEZA JURIDICA DEL TESTIMONIO.

“La naturaleza jurídica de este medio se determina por su propia esencia, es decir, que pertenece a aquella clasificación de pruebas denominadas como personales y que son, precisamente la testimonial...” Y sigue: “... por provenir de la voluntad del hombre y producir efectos procesales en la instancia, se trata de un acto procesal...”⁶⁴

Para la doctrina más generalizada, todo sujeto a quien le consta algo relacionado con los hechos que son investigados por el Organó Jurisdiccional a fin de esclarecer la verdad, tiene el deber jurídico de manifestarlo ante la autoridad. Dicho deber es personalísimo, no se admite substitución o representación, porque si así fuera, no operaría en ninguna forma el aspecto psicológico, elemento fundamental para valorar debidamente este medio de prueba.

Por otra parte, “Es un derecho del Estado exigir a las personas que se encuentran en su territorio, que rindan testimonio como generalmente sobre todo en materia penal, los hechos no pueden ser comprobados sin testigos, y teniendo el Estado la obligación de presentar el servicio Jurisdiccional, no se podría cumplir con éste sin exigir a los testigos su comparencia y declaración.”⁶⁵

⁶⁴ Díaz de León Marco Antonio, Op. Cit p 171

⁶⁵ Parra Quirano Lino, Op. Cit p 15

Uno de los poderes de la jurisdicción es precisamente el poder de coerción, en virtud del cual el juez tiene la obligación de remover los obstáculos que se opongan a la recta administración de justicia en desarrollo de él; el juez puede ordenar la comparencia del testigo, así:

El artículo 33 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "El Ministerio Público, Los Tribunales o Jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, podrán emplear indistintamente cualquiera de los siguientes medios de apremio.

I.- Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivo el medio de apremio..."

II.- Auxilio de la fuerza pública y,

III.- Arresto hasta de treinta y seis horas".

Como ya lo manifestamos con anterioridad la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, es la obligación de la persona de comparecer ante los juzgados penales después de que sea citado a petición de parte o de oficio.

Aunado a lo anterior.

“Cuando los testigos que deban ser examinadas estuvieron ausentes, serán citados por medio de células o por telefonema que reúnan los requisitos del artículo siguiente” (artículo 195 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

“La cédula contendrá:

I. La designación legal del tribunal o juzgado ante quien deba presentarse el testigo;

II. El nombre, apellido y habitación del testigo, si se supieren: en caso contrario, los necesarios para identificarlo;

III. El día, hora y lugar en que deba comparecer;

IV. La sanción que se le impondrá si no comparece, y

V. Las firmas del juez y del secretario” (Artículo 196 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)

“La citación puede hacerse en persona al testigo en donde quiera que se encuentre, o en su habitación, aun cuando no estuviere en ella; pero en este caso se hará constar el nombre de la persona a quien se le entrega la cédula. Si aquélla manifestare que el citado está ausente, dirá dónde se encuentra, desde qué tiempo y cuándo se espera su regreso. Todo esto se hará constar para que el Ministerio Público o el juez dicten las providencias procedentes. También podrá enviarse la cédula por correo” (artículo 197 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

“Si el testigo fuere militar o empleado de algún ramo del servicio público, la citación se hará por conducto del superior jerárquico respectivo, a menos que la eficacia de la averiguación exija lo contrario “ (artículo 198 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

“Si el testigo se encontrare fuera de la población, pero en el Distrito Jurisdiccional, el juez podrá hacerlo comparecer librando orden para ello a la autoridad del punto en que se encuentre. Esta orden se extenderá en la misma forma que la cédula citatoria, agregando a los autos las constancias que dé la autoridad requerida.

Si el testigo estuviere impedido para comparecer, el juez podrá comisionar a la autoridad más próxima para que le tome su

declaración, Salvo lo dispuesto en el artículo 39”(artículo 199 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

“Si el testigo se hallare fuera del ámbito territorial, se le examinarán por exhorto dirigido al juez de su residencia, o con base en los oficios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Federal. Si aquélla se ignorare, se encargara a la policía judicial que averigüe el paradero del testigo y lo cite. Si esta investigación no tuviera éxito, el Ministerio Público o el Juez podrán hacer la citación por medio de edicto en el periódico oficial “(artículo 200 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

“Si el testigo se hallare en la misma población, pero tuviere imposibilidad física para presentarse ante el Ministerio Público o al juzgado, éstos según el caso, asistidos de su secretario, se trasladarán a la casa del testigo a recibirle su declaración “(201 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

“Fuera del caso o de enfermedad o de imposibilidad física, toda persona está obligada a presentarse al juzgado cuando sea citada. Sin embargo, cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la Federación, quien practique las diligencias se trasladará al domicilio u oficinas de dichas personas para tomarles su

declaración, si lo estima conveniente, solicitará de aquellos que rindan por medio de oficio, sin perjuicio de que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente “(artículo 202 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Además del deber de comparecer ante los juzgados, el testigo tiene la obligación de prestar juramento, en el que el sentido de afirmar que dirá la verdad de lo que sabe por cuanto debe ser consiente que incumple un deber que tiene, sino dice la verdad, la oculta, o la deforma. “Antiguamente se acostumbraba el juramento, que se extendía al mismo acusado y consideraba él más fuerte vínculo para obligarlo a decir la verdad; quien quebrantaba la palabra empeñada, no solamente falta a la persona con quien se obligó, sino también a sus principios religiosos. En el Derecho Mexicano se suprimió el juramento desde la Quinta Ley Constitucional expedida en el régimen centralista, y se ha reemplazado por la protesta que están obligados a rendir los testigos.”⁶⁶

De lo anterior, “A toda persona que deba examinarse como testigo o como perito, se le recibirá protesta de conducirse con verdad, bajo la siguiente formula: “¿PROTESTA USTED BAJO SU PALABRA DE HONOR Y EN NOMBRE DE LA LEY DECLARAR CON VERDAD EN LAS DILIGENCIAS EN QUE VA A INTERVENIR? Al contestar

Gonzalez Bustamante Juan Jose, Op Cit p. 369

en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente el falso testimonio”(artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Por lo que respecta al menor de dieciocho años, en vez de exigirles protesta de decir verdad se les exhortará para que la diga, Por otra parte el testigo tiene la obligación de decir al juez todo lo que sabe, incluso las dudas que pueda tener sobre determinados hechos; si el testigo posee documentos que tengan relación con los hechos que son objeto de la investigación, debe aportarlos. Al respecto se ha discutido si debe exigir una disposición que expresamente le imponga este deber al testigo o si por el contrario puede considerarse existente sin disposición que expresamente lo diga.

En otro orden de ideas, el deber de declarar corresponde tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes o de paso citados como testigos dentro del proceso penal; de acuerdo al término que la ley procedimental emplea de que: “ Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato sobre la averiguación del delito...” (artículo 191 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal) El principio de obligatoriedad que manifiesta el precepto legal invocado, no rige de manera absoluta, puesto que no todas las personas tienen el deber

2.5. CONCEPTO DE TESTIGO.

“La palabra ‘Testigo’, viene de testado (declarar, referir o explicar), o bien de “detestibus” (dar fe a favor de otro). Y sigue: ... testigo, es toda persona física, que manifiesta ante los funcionarios de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a través de los sentidos, en relación con la conducta o hechos que se investigan.”⁶⁷

Rafael de Pina llama testigo; “... a la persona que comunica al juez el conocimiento que posee acerca de un determinado hecho (o hechos) cuyo esclarecimiento interesa para decisión de un proceso.”⁶⁸

Por su parte González Bustamante manifiesta que “... debemos entender por testigo en su significado estricto y técnico, partiendo del principio de que el testigo ha de ser una persona física que está llamada a desempeñar la función de decir al juez lo que sabe con fines de prueba. Esta función tiene un carácter obligatorio: constituye un deber para toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, proporcionar a la justicia de los informes que tenga para el esclarecimiento de los hechos, y su comparecencia ante la autoridad es inexcusable.”⁶⁹

⁶⁷ Colm Sanchez Guillermo, Op. Cit p 463

⁶⁸ De Pina Rafael, Op Cit p 324.

⁶⁹ Gonzalez Bustamante Juan Jose, Op Cit, p. 368

El Doctor Jorge Zavala declara; "... que testigo propiamente dicho es toda persona física que rinde su declaración ante el titular del órgano jurisdiccional penal, sin ser sujeto del proceso, relatando un fenómeno vivo, ya por haberlo visto, ya por haberlo oído, ya por haberlo experimentado en cualquier forma y que dice tener relación con el objeto del proceso." ⁷⁰

Caravantes define al testigo como "... la persona fidedigna llamada por las partes a declarar en juicio sobre lo que sabe acerca de la verdad o falsedad de los hechos controvertidos." ⁷¹

Desde el punto de vista procesal Hernando Devis Echandía define como testigos: "... únicamente a quienes son llamados a rendir testimonio en un proceso que no son partes principales, ni secundarios o transitorios, en el momento de hacerlo." ⁷²

Gustavo Humberto Rodríguez afirma: "Testigo es la persona física que en orden al descubrimiento de la verdad declara o puede de tener conocimiento o información, relacionados con los hechos

⁷⁰ Zavala Baquerizo Jorge, "El Proceso Penal Tomo II", Editorial Edmo, 4ª Edición, Colombia 1989, p. 325

⁷¹ José de Vicente y Caravantes, "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil Tomo II", Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Madrid 1956, p. 216
 Devis Echandía Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I", Víctor Zavala Editor, 5ª Edición, Buenos Aires Argentina 1981, p. 42

materia de la investigación.” ⁷³

Para González Blanco; “La palabra testigo puede ser considerada en dos sentidos: para designar a la persona que interviene en la celebración de un acto jurídico para que pueda tener validez, y para designar a la persona que declara en juicio. En el último de ellos, que es el que nos interesa precisar, testigo es toda persona que sin tener carácter de sujeto procesal, proporciona a la autoridad ya sea en forma espontánea o mediante requerimiento, datos relacionados con el hecho punible que se investiga.” ⁷⁴

Paralelo a lo anterior y una vez que analizamos los conceptos anteriores descritos por los autores citados, podemos decir que testigo es toda persona física ajena a las partes procesales llamada a declarar por el órgano jurisdiccional a petición de las partes o de oficio, a relatar o transmitir los conocimientos que tenga acerca de cualquier naturaleza que hubiera percibido con sus sentidos y que sean para los fines procesales.

De la anterior definición y con relación a ella podemos deducir las siguientes características que precisan a los testigos:

a) - Que sea persona física; quien rinde el testimonio debe ser una

Humberto Rodríguez Gustavo, “Curso de Derecho Probatorio”: Compendio. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1985, p. 135

González Blanco Alberto, Op. Cit. p. 167

persona física (que es la que tiene capacidad para percibir hechos, acontecimientos en general), puesto que sólo la persona física tiene en realidad las facultades de aprehender; de poder expresarse y de referir hechos que ha percibido, por tanto no puede ser testigo la persona jurídica.

b). - Que sea ajena a las partes procesales; en sentido estricto, no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades, sin embargo, es importante tener en cuenta, que con el fin de probar un hecho propio se ofrezca en calidad de testigo a una de las partes que intervienen en el proceso (la declaración del procesado, declaración del ofendido o la víctima); en cuanto el ofendido no es parte, este tiene interés dentro del proceso.

c). - Que sea llamado por el Organó Jurisdiccional: la intervención del testigo sólo debe ser en el curso y durante el procedimiento; Ya que de otra manera se presentaría con la calidad de un testigo no jurídico. Para que se pueda adquirir la categoría de testigo legal, es necesario que la persona física sea llamada por el Organó Jurisdiccional.

d). - Su testimonio debe versar sobre hechos en general: el testigo deberá transmitir su conocimiento de los hechos que se encuentran

relacionados con el mismo proceso, teniendo que aceptar que el juez vigilará lo referente a la conducencia y la pertenencia del testigo e). - Que sea para los fines procesales; el testigo es llamado al proceso con el objeto de que declare o narre los hechos persevidos por sus sentidos sensoriales, que tienen relación con los investigados a fin que el juzgador pueda llegar al esclarecimiento de la verdad.

2.6. CLASIFICACION DE TESTIGO.

En la doctrina existen diversas clasificaciones sobre los testigos; los autores penalistas se han encargado de clasificarlos acorde a las diferentes Leyes y Códigos que regulan a la prueba testimonial. En el presente apartado atenderemos la que consideramos como la más importante, o bien de mayor uso dentro de nuestro Procedimiento Penal Mexicano.

2.6.1 DIRECTO.

En primer término y de acuerdo a la percepción, tenemos al testigo: DIRECTO

Guillermo Colín Sánchez, considera que: "...son testigos directos cuando por sí mismos han tenido conocimiento de los hechos..."² Atendiendo a lo que manifiesta el autor, es la persona que por si mismo adquirió el conocimiento de un hecho, que es investigado por la autoridad, y de acuerdo a la información que dé, el juzgador llegará al convencimiento de la existencia del fenómeno.

Algunos autores han denominado a este tipo de testigo como real, presencial o de vista.

² Colín Sánchez Guillermo, Op Cit P. 463

Así tenemos que González Bustamante indica que testigo directo o real: "...es cuando el conocimiento de los fenómenos que se suceden en el mundo físico y el desarrollo de los hechos que está a nuestro alcance presenciar, la obtenemos por medio de las impresiones sensoriales que nos permiten referirlos después por el recuerdo que han dejado en nuestra mente. En este caso tenemos la certeza de su existencia por nuestra propia observación..."⁷⁶

Alberto González Blanco, "Considera que los testigos oculares o de vista son los que están presentes al momento de realizar los hechos."⁷⁷

Por su parte Pallares define al testigo ocular como "...el que tiene conocimiento directo del hecho litigioso, llamado también testigo presencial de los hechos."⁷⁸

Para Caballenas testigo de vista, es "... el que presenció personalmente lo que refiere, sea la percepción por la vista o por el oído."⁷⁹

De los conceptos vertidos tenemos que a estos testigos se les denomina de esta manera en virtud de que a través de sus propias

⁷⁶ González Bustamante Juan José, Op. Cit p. 367.

⁷⁷ González Blanco Alberto, Op. Cit p. 104

⁷⁸ Pallares Eduardo, "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, S.A., México 1981, p. 358
Cabanelas Guillermo Enece, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VIII", Editorial Hildasta, S.R.L., 21ª Edición, Buenos Aires Argentina 1989, p. 83

observaciones han tenido la oportunidad de presenciar los fenómenos que suceden en el mundo físico y por lo tanto contar los hechos ocurridos. Por el término de observación se deduce que el testigo estuvo en un determinado lugar para observar la existencia de un acontecimiento, admitiendo la existencia del hecho en una relación cognoscitiva inmediata.

Indubitablemente, de acuerdo a lo establecido, la calidad de testigo directo o llamado también testigo ocular o de vista, sólo pueden tenerla las personas que conocen del hecho o situación inmediata, ya que de no ser así podría encuadrar en otra clasificación de los referidos o inclusive no encuadrar en ninguna.

2.6.2. INDIRECTO.

Es testigo indirecto, dice Guillermo Colín Sánchez, "... si el conocimiento proviene de información de terceros u otros medios..."⁸⁰. Algunos autores clasifican al testigo indirecto como testigo de oídas, puesto que sólo es un informante de otros y no directamente conocedor de los hechos. De esta manera.

Caballenas define al testigo de oídas, como el que narra lo que escucho a otros testigos, que sí oyeron o vieron el hecho

⁸⁰ Colín Sánchez Guillermo, Op Cit p. 463

controvertido, es decir, testigo de vista.”⁸¹

Arilla Bas, al respecto dice que el testigo de oídas, conoce los hechos por referencia de otras personas.”⁸²

Eduardo Pallares define al testigo de oídas como “...el que no conoce el hecho sobre el cual declara por no haberlo presenciado , pero que lo sabe porque otras personas le informaron al respecto.”⁸³

De acuerdo a las definiciones anteriores creemos que la más completa es la de él maestro Guillermo Colín Sánchez, puesto que no se limita a manifestar lo que declaran los otros autores, que el conocimiento del testigo indirecto proviene de un tercero, si no que de otros medios, como son: lecturas, películas, narraciones radiales o televisivas, videocasetes, etc.

Respecto a estos testigos su conocimiento lo obtuvieron en razón de otras personas u otros medios, y la importancia de esta relación se debe a la interrelación que haya con otras personas presenciales y por lo tanto conocedores de los hechos. Por lo tanto, tenemos que a medida que una persona sea portadora del conocimiento, al hacer su

⁸¹ Cabanellas Guillermo, Op Cit p. 266

⁸² Arilla Bas Fernando, “El Procedimiento Penal en México”, Editorial Krotos, S.A., de C.V., 14ª Edición, México 1992 p 116

⁸³ Pallares Eduardo Op Cit p 405

relación de los hechos conocidos siempre se verá aumentada o reducida su narración, así, los grados del conocimiento variarán de lo grande a lo pequeño, dando paso de esta manera a los grados de las percepciones evidentes a las que resultan muy pequeñas para sé observadas.

Así, en estos testigos se verán siempre las cualidades observadas en él así como la calidad de ellas, por lo tanto en todos los fenómenos o hechos observados de lo real, que es objeto de la sensación, sólo tendrá una dimensión, intensiva, o sea un grado sobre otro.

Al respecto tenemos que algunos de los grados a través de los cuales haya una persona captado sus conocimientos serán la verdad, la cualidad de esa cantidad.

2.6.3. DE CARGO.

Testigo de cargo refiere de Pina, "... es aquel que declara en contra del procesado o acusado. En general, los presentados por el fiscal o el acusador privado." ³⁴

González Blanco considera que son "... testigos de cargo, los que suministran datos suficientes que confirman la responsabilidad del acusado." ³⁵

³⁴ De Pina Rafael, Op. Cit p. 206.

³⁵ Gonzalez Blanco Alberto, Op. Cit p. 168

Con relación a este tipo de testigos, es ofrecido siempre por el agente del Ministerio Público en su calidad de parte en el proceso penal y de acuerdo a sus obligaciones que tiene con la sociedad quien tiene que de mostrar la plena culpabilidad del procesado, a través de los medios de prueba, entre ellos encontramos al testimonio, que al ser rendido siempre será orientado a demostrar los elementos que integran el tipo penal del delito, asimismo como la plena responsabilidad del procesado.

Tradicionalmente este tipo de testigo siempre es directo o también llamado ocular o de vista, pues de este depende acreditarse la participación del sujeto activo.

2.6.4. DE DESCARGO

Testigo de descargo "... es el que depone a favor del acusado. En general el presentado por su defensor."⁸⁶

Alberto González Blanco. "dice que los testigos de descargo son los que proporcionan informes favorables del procesado."⁸⁷

Este tipo de testigos tradicionalmente es ofrecido por la defensa del acusado, a fin de desvirtuar la acusación que existe en su contra del acusado, realizada por el agente del Ministerio Público, por algún

* Cabanellas Guillermo, Op. Cit. p. 84
 * González Blanco Alberto, Op. Cit. p. 168

hecho ilícito que se le imputa.

Dentro de esta clasificación podemos encontrar a los testigos de buena conducta, que no propiamente son testigos de los hechos, pero su declaración sirve para manifestarle al juzgador que el procesado es una persona de buena conducta, esto con el fin de que el procesado pueda alcanzar los beneficios que le otorgan las leyes.

Testigos Judiciales:

Para González Blanco, “Los testigos judiciales. son los que comparecen y declaran ante el órgano judicial.”⁸⁸

Eduardo Pallares dice que “.. los testigos judiciales son los que declaran en presencia del órgano jurisdiccional en relación a los hechos materia del proceso.”⁸⁹

Testigo judicial según Caballenas, “. . es el que declara en un juicio de acuerdo a lo que sabe, al tenor de las preguntas y repreguntas que le hagan, o haciendo uso de la libertad que concede la ritual interrogación de sí tiene algo más que declarar sobre el caso.”⁹⁰

De lo expuesto podemos concluir que testigo judicial es, el que

⁸⁸ Idem

⁸⁹ Pallares Eduardo, Op Cit p 405.

⁹⁰ Caballenas Guillermo, Op Cit p. 82

rinde su declaración ante la autoridad judicial respecto de los hechos que interesan en el juicio.

Testigo singular:

Eduardo Pallares nos señala, que testigos singulares son: "... aquellos que difieren en sus declaraciones sean en el hecho, en la persona, en el lugar, tiempo o circunstancias esenciales." ⁹¹

Rafael de Pina dice que los testigos singulares, son los que no están de acuerdo, ya sea en el hecho, en las personas o en cualquier otra circunstancia primordial." ⁹²

Por su parte González Blanco, manifiesta "... que son testigos singulares los que están en desacuerdo con lo declarado por otros testigos en lo que se refiere a las circunstancias esenciales del hecho." ⁹³

Dentro de esta clasificación podemos encuadrar a los testigos únicos y contradictorios:

Testigos únicos, según Pérez Palma "... son los que declaran solo sobre un hecho aislado..." ⁹⁴

⁹¹ Pallares Eduardo, Op Cit p. 405

⁹² De Pina Rafael, Op Cit. p. 206.

González Blanco Alberto, Op Cit. p. 168

⁹⁴ Pérez Palma Rafael, "Guía de Derecho Procesal Penal", Editor y Distribuidor Cardenas, 3ª Edición México 1991, p. 241.

Testigos contradictorios, refiere Pérez Palma "... son aquellos que se contradicen..."⁹⁴

De la declaración anteriormente descrita podemos concluir que de acuerdo a las definiciones vertidas, tenemos que se puede hacer una división de un término o una proposición, donde denota un único hecho narrado o sea una forma o expresión que contienen una única narración libre y espontanea.

Por lo que testigos únicos o singulares son los que emiten la sustancia de las cosas que ningún otro testigo le es acorde. Así, tenemos que la unidad de la sustancia es lo que comprende toda clase de identidad y como tal debe ser aclaradas o explicadas independientemente. De aquí consideramos que el papel determinante que se confía al testigo único es aquel que vierte en sí tesis todos los grados las formas del conocimiento constituyendo las formas o grados de percepción.

Testigos Hábiles e Inhábiles:

Testigos hábiles según Pérez Palma "... lo son en un principio todos los testigos que reúnen los requisitos señalados en el artículo 255

Idem

del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal y de que no les resulte alguna inhabilidad...”⁶⁶

Testigo inhábil nos señala Pérez Palma “... las causas de inhabilidad de un testigo.”⁶⁷

Analizando estos preceptos, tenemos primeramente que el artículo 1993 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal enuncia “en materia penal no puede oponerse a los testigos...” De lo cual resulta que todas las personas son aptas para emitir su testimonio en virtud de que el mencionado artículo estipula que existen testigos inhábiles. Dado por resultado que cuando un testigo emita la relación de sus conocimientos el Organo Jurisdiccional aprecia su declaración teniendo en cuenta las diversas circunstancias que influyen en el valor probatorio de los testimonios durante el procedimiento.

Testigos Idóneos y Contestes:

Son idóneos menciona González Blanco “... los que merecen crédito sobre lo que declaran. ”⁶⁸

Perez Palma Rafael. Op Cit p 240

Idem

Gonzalez Blanco Alberto. Op Cit p

Pallares declara "... son lo que por sus condiciones personales y el conocimiento de los hechos controvertidos merecen fe en lo que declaran..."⁹⁹

Testigo conteste. asienta Pérez Palma "Son los que están acordes a la sustancia y en los accidentes del hecho que se trate de averiguar..."¹⁰⁰

De lo anterior tenemos como elemento indispensable de estas definiciones tenemos que los testigos deben estar acordes en la sustancia de los hechos conocidos y dados posteriormente al Organó Jurisdiccional. Por lo tanto, por sustancia se considera el tener una estructura y a la vez una relación constante. Así tenemos que los hechos son necesariamente aquellas que fueron de su conocimiento y que existieron necesariamente.

Por lo tanto, llegamos a las siguientes conclusiones: La relación de los testigos deberá ser acorde en la esencia misma de las cosas, misma relación que estará determinada por la experiencia de estos, y por lo mismo, los conceptos vertidos por el testigo tienen un carácter fundamental atribuido esencialmente a la sustancia, o sea, en cuanto tal relación de hechos narrados es producto de la experiencia propia.

⁹⁹ Pallares Eduardo, Op Cit p

¹⁰⁰ Pérez Palma Rafael, Op Cit p 240

Haciendo una reflexión sobre la clasificación que anteriormente escribimos, nos conduce a establecer que sólo podrán servir como testigos quienes directamente hayan percibido los hechos. Por si fue informado por algún otro acerca de lo mismo, no será propiamente testigo; mas bien será un informante singular; en cuanto al testigo de cargo y de descargo es convencional puesto que es de acuerdo al beneficio que le traen a cada una de las partes que la ofrecen.

Por lo tanto resulta intrascendente y de mala eficacia practica realizar una clasificación de los testigos, puesto que si presenciaron los hechos tendrá que haber sido directamente, para así llevar ante los órganos de la justicia la experiencia vivida, base indispensable y característica de este genero de prueba.

CAPITULO III

EL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL DERECHO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

3. IMPORTANCIA DEL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

No solo hay suficiente fundamento jurídico, psicológico y lógico para admitir la prueba de testigos entre los medios utilizados en el proceso penal para el Distrito Federal, con el fin de llevarle al juez el conocimiento sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas que debe aplicar, sino que desde un punto de vista teórico como práctico, existe una verdadera necesidad de recurrir a este medio de prueba.

Esa necesidad práctica del testimonio puede presentarse, unas veces porque no se dispone de medios diferentes a pesar de tratarse de actos jurídicos, por haber fracasado la confesión y al no haberse dado cuenta de ellos en un documento; otras veces porque su naturaleza de simples hechos jurídicos o de sucesos naturales

transitorios, hace imposible verificarlos mediante un reconocimiento directo del juez y no permite que sean objeto de documentación; en ocasiones, porque el documento que pudo existir, se ha perdido, o se destruyó; y, en fin, porque se trata de desvirtuar, aclarar o precisar el contenido de un documento en donde el testimonio es el único medio posible a falta de la confesión.

Dentro del cuadro de las pruebas, la testimonial es la que más se utiliza y más aprovecha el proceso penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación judicial se desenvuelve con mayor energía. Su importancia no puede echarse de menos, ya que en general, las manifestaciones de la delincuencia están muy lejos de presentarse siempre a ser determinadas por medio de pruebas reconstruías, además debe advertirse que en el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en otros procesos, la averiguación de la verdad no puede adelantarse de modo exclusivo del ámbito de criterio puramente formal.

Es necesario hacer resaltar la gran importancia, la extraordinaria influencia que en el proceso penal tiene la prueba mediante testigos, puesto que este medio probatorio suministra de un modo principal y casi exclusivo, en algunos casos, los elementos y

factores del juicio.

Con esto queda explicado el porqué, el testimonio ha sido aceptado como medio de prueba desde el comienzo de la historia del genero humano, e igualmente porqué los legisladores y gobernantes sean preocupado desde la más remota antigüedad de cierta solemnidad y de sancionar su falsedad.

La prueba testimonial embarga de modo especial la actividad y el cuidado del juzgador, la diligencia, la habilidad, la agudeza, la sagacidad de los defensores, pues muy a menudo, por no decir que la mayoría de las veces, el proceso no se decide con los discursos sino con el examen de las pruebas testimoniales.

El testimonio se presenta siempre como fuente culminante de la instrucción del proceso, ya que es raro el proceso penal que pueda desarrollarse sin testigos. El proceso refiere a un pedazo de vida vivido, a un fragmento de vida social, aún episodio de la convivencia humana, y de ahí que sea natural e inevitable que se le presente mediante vivas narraciones de personas.

Es cierto que con la divulgación del documento en sus diversas formas, la necesidad del testimonio como medio de prueba judicial, se ha visto disminuida y se han introducido varias limitaciones a su

conducencia; pero es aún el medio más frecuente en nuestro procedimiento penal y en ocasiones el único, por lo que su importancia sigue siendo enorme. Además, si el documento ofrece generalmente una mayor confianza de veracidad o por lo menos cuando emana de ambas partes o de la adversaria a quien se opone, el testimonio, en cambio, puede darse un conocimiento más vivo y real e inclusive, a veces, más exacto, de los mismos hechos que permiten la prueba documental. Esto explica muy bien al comparar las ventajas y desventajas del testimonio en relación con el documento, que si bien es cierto ofrece más inmediatividad (en el sentido de que se forma fuera del proceso y más aproximado al hecho representado) y permanencia, es en cambio más rígido: mientras que el testigo, puede adaptarse a las exigencias del averiguador y cuidar en mayor medida aquellas partes de la representación que al averiguador interesan, detallando, aclarando, repitiendo; lo contrario sucede con el documento puesto que carece de esta flexibilidad.

3.1. QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS.

No obstante que ya hablamos con anterioridad en relación al testigo, al estudiar las características del testimonio, que en el caso concreto lo fue el órgano que es el testigo mismo donde manifestamos que para serlo se necesita de una capacidad legal abstracta y capacidad legal en concreto, y al analizar la naturaleza del testimonio del cual se desprende la obligatoriedad de atestar cuando sea llamado por el órgano jurisdiccional a petición de parte o de oficio. Es procedente manifestar quienes pueden ser testigos en materia penal.

De acuerdo a nuestra legislación testigo puede ser toda persona física sin importar su edad, sexo, condición social, o antecedentes, siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito.

La calidad de testigo, se considera una obligación y un deber que tiene todo ciudadano así como los extranjeros residentes y de paso, con el objeto de aportar elementos al juzgador que le permita resolver sobre la problemática en cuestión. Dicho principio "... no rige de manera absoluta..."¹⁰¹, puesto que la ley no puede exigir a determinadas personas a que se presenten ha comparecer.

¹⁰¹ Arilla Bas Fernando, Op Cit p. 117

Así tenemos que están exentos de la obligación de declarar: El tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, sus parientes consanguíneos o afines, en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive, y los que están ligados con él por vínculos de amor, respeto o gratitud (artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Sin embargo, en el caso de que cualquiera de las personas mencionadas tuviere voluntad de declarar, se le recibirá su declaración, haciendo constar en el acta relativa de esta circunstancia.

Las personas obligadas a guardar secreto profesional, no son objeto de exclusión especial por parte del Código Procesal. Sin embargo, para ellas el silencio constituye un deber, pues declarando cometerían el delito de revelación de secretos, sancionado por el artículo 211 del Código Penal para el Distrito Federal. Esta exclusión comprende, obviamente, a los abogados, que hubieren conocido del delito por revelaciones de su cliente, pero no se extiende a los médicos y en general, a los profesionistas sanitarios sobre quienes gravita el deber de denunciar, o cuando menos, revelar los delitos que han conocido con motivo del tratamiento de sus pacientes.

Por otra parte, están exentos de la obligación de comparecer, pero no de protestar y declarar, los altos funcionarios de la Federación,

debiéndose entender por tales a: los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del poder Judicial del Distrito federal, a los funcionarios y empleados , y en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal. así como a los servidores del Instituto Federal Electoral; EL Presidente de la República , los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, etc.; a quienes se les tomará su declaración en su domicilio u oficinas, por el personal del juzgado correspondiente, o si lo estima conveniente, solicitara que la rindan por medio de oficio, sin perjuicio de que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente.

Están exentos de la obligación de comparecer, protestar y declarar, los agentes diplomáticos extranjeros y demás personas que de acuerdo a los tratados y los usos internacionales y el derecho de reciprocidad, gocen de inmunidad de jurisdicción. "La inmunidad de los Agentes diplomáticos, adoptada por la sexta Conferencia Internacional Americana, firmada en la habana el 20 de febrero de 1928 (artículo 21) y por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticos de 18 de abril de 1961 (artículo 31, inciso 2). Esta inmunidad se inicia cuando el agente cruza la frontera, introduciéndose al territorio nacional y dura en tanto no se extinga su misión. El agente puede renunciar a la inmunidad con

autorización de su Gobierno.”¹⁰²

Anotado lo anterior podemos concluir que el legislador a equivocado su pensamiento al manifestar que toda persona puede ser testigo y que todos tienen el deber de atestiguar, siendo falsa dicha aseveración, puesto que la propia legislación hace algunas excepciones para hacerlo.

3.1.1. ANALISIS DEL ARTICULO 191 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el presente apartado analizaremos el precepto legal que regula lo referente al testigo y que a continuación lo transcribiremos en forma textual a fin de desmembrar el pensamiento que plasma el legislador:

Artículo 191 “Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación de delito y el Ministerio Público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a juicio o por objeción fundada de parte sean inconsecuentes, y además podrá

¹⁰² Idem

interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

De acuerdo a lo anotado, en primer término encontramos una obligación y deber que impone el legislador a todos los ciudadanos mexicanos, así como extranjeros, de declarar en cuanto saben sobre hechos que son investigados, sin importar su edad, sexo, condición social o antecedentes. El legislador obró correctamente al establecer este deber con cargo a los testigos, quienes en caso de no cumplir con tal obligación se hacen merecedores de las medidas de apremio establecidas en el propio Código y/o en delito en caso de desobediencia, excepto en las excepciones que la misma Ley señala y que tratamos con anterioridad. Por otra parte, el presupuesto del artículo en cuestión se refiere a la obligación que corre sólo a cargo de quienes realmente sean testigos, es decir, quien no lo sea no tiene esta obligación.

Posteriormente el referido artículo señala, que siempre que la información que del órgano del testimonio pueda aportar algún dato para la investigación del delito, de acuerdo con esto el legislador precisa claramente el objeto del testimonio que es el conocimiento de la existencia de un fenómeno que sucedió en el mundo físico y el desarrollo de los hechos que está a nuestro alcance presenciar, lo cual es obtenido por medio de las impresiones sensoriales como es

la vista, el oído el olfato o bien simplemente la información obtenida de otras personas que presenciaron los hechos los cuales sirven de guía a la autoridad para la formación de sus juicios.

Por último tenemos que el legislador delega facultad discrecional tanto al Ministerio público como al Juzgador para examinar o no al testigo, de acuerdo con esto creemos que la finalidad de esto es encontrar al verdadero testigo, a la persona que presenció el hecho y que a través del examen el funcionario que realice la diligencia, este apreciará si es no verdadero el testigo del hecho investigado.

Por otra parte el legislador trato de cuidar la autenticidad del testimonio al facultar a la autoridad ante quien se realice la diligencia, desechar las preguntas que a juicio o a petición de parte sean consideradas inconducentes en tal virtud las preguntas impertinentes, es decir las fuera de lugar por no tener relación con los hechos, las inconducentes, o sean aquellas que pudiendo tener relación con los hechos, pero que no conducen realmente a demostrar de manera directa hechos relevantes del proceso, sino que aluden a la causa que se investiga, deben ser desechadas por el juez y calificadas de legales las preguntas que tengan relación directa con el hecho que se trata de esclarecer.

3.2. VALOR JURIDICO DEL TESTIMONIO

“Conocer la verdad es la condición del juicio. Una aplicación justa de la ley Penal es imposible si la sentencia en donde dicha aplicación se verifica, no está basada en la realidad por lo tanto dejar determinada esta verdad es la tarea ineludible para el juzgador ¿Cómo conocer tan importante verdad?. Por un medio único: la prueba. Verdad y prueba son dos conceptos que caminan tomados de la mano “.....”la persecución de la verdad y comprobación de la misma, he aquí dos acicates para el hombre desde que inició su peregrinar a través de la historia.”¹⁰¹ La verdad tiene un papel muy importante en este inciso ya que, como lo dice el maestro Rivera Silva, el valor de la prueba“ es la cantidad que posee un medio probatorio.”¹⁰²

En materia penal la valoración del testimonio es una de las actividades importantes, básicas para tomar la decisión judicial. El proceso penal tiene por objeto probar hechos para fallar en derecho y la función del juez es valorar la prueba. Que comienza desde el momento de la recepción de la misma. El testimonio no debe ser sólo escuchado, sino por un hábil interrogatorio para poder acceder a las particularidades de los hechos que muchas veces aportan elementos valiosos para el esclarecimiento de la verdad. En esta

¹⁰¹ Franco Sodi Carlos, Op Cit p 229,230

¹⁰² Rivera Silva Manuel, Op Cit p 174

fase es donde la intuición del juez juega un papel primordial en el establecimiento de los hechos históricos. Probar es demostrar la verdad, la única existente sobre la ocurrencia del hecho objeto de la investigación, con la base en la capacidad demostrativa de las partes o de su actividad oficiosa, sobre hechos desvirtuados o afirmados dentro del proceso.

Valorar la prueba testimonial constituye un serio problema en razón de que el hombre por infinidad de motivos, con gran facilidad, falta a la verdad. Tradicionalmente la doctrina y algunas legislaciones establecen reglas fijas para su valoración y otras conceden plena libertad al juzgado, considerando que su experiencia Psicológica pueda superar en mucho de los escollos que esta prueba presenta, por consecuencia algunos autores la prefieren solo a falta de otro medio de prueba, al respecto Guillermo Colín. Sánchez citando a Manzini, hace notar: "La deposición testifical no se considera como prueba absolutamente decisiva en ningún caso; antes bien se le debe valorar teniendo siempre presentes las posibilidades, de error, de exageración de falsedad, que le son propias. El soborno, la simpatía o el odio hacia el imputado o el ofendido por el delito, la necesidad, el temor, la subordinación, las relaciones de clase, de cuerpo, de partido o de religión, el interés, la innata perfidia, la escasez de inteligencia el desequilibrio psíquico etc." ¹⁰⁵

¹⁰⁵ Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. p. 471

La realidad demuestra su empleo, pues casi es imposible, y resultaría difícil encontrar un proceso en donde no se invocara, no obstante para contrarrestar las múltiples dificultades que implica su valoración jurídica, la doctrina y la legislación establecen diversos sistemas a fin de que el juzgador pueda realizar una valoración jurídica ecuánime.

Tradicionalmente se han señalado dos sistemas de apreciación de las pruebas; El sistema de prueba tasada y el de la libre convicción mismos que a continuación analizaremos a fin de demostrar y explicar que tipo de sistema adopta nuestra legislación penal en la materia que nos ocupa:

3.2.1. SISTEMA TASADO.

El sistema de la prueba tasada es aquel que la ley da reglas que obligan al juez a tener por cierto lo demostrado. Este sistema nos da una verdad formal, a la que el maestro Franco Sodí define como "aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es resultado de una prueba que la ley reputa infalible."¹⁰⁶ Esta forma fue creada y perfeccionada por el derecho canónico, mediante ordenamientos legales de los que el juzgador debería de tomar en cuenta, con el firme principio de evitar arbitrariedades.

¹⁰⁶ Franco Sodí Carlos, Op. Cit. p. 255.

previniendo con esto que el juez se orillara a lo que su conciencia le dictaba o a sus corazonadas particulares, de esta forma el juzgador tenía que ajustarse a las pautas que la ley le marcara, evitando con ellos que éste, a pesar de haber formado una convicción propia, resolviera en un sentido particular, pues como lo hemos precisado se determinó legalmente la apreciación del caso concreto.

En el sistema tasado, la ley procesal prefija al juzgador en forma general, ciertas condiciones para tener por verdad o falsedad las pruebas sometidas, apoyando su convencimiento en la ley, ya que es obligado por este sistema aunque en forma particular no lo este, así mismo le obliga a no convencerse de los hechos de que esté convencido, pues limita al juzgador a juzgar, toda vez que la ley es la que juzga sin ser juzgador. Con esto el creador de la ley obliga al Juez a apreciar las reglas preestablecidas por él, indicándole el primer y último paso que tiene que dar para llegar a una conclusión, este sistema se utilizó para evitar arbitrariedades por parte del juzgador, mismo que evolucionó al grado de que fue el único mecanismo legal para aplicar la ley durante mucho tiempo, este tipo de valoración es una especie de voz ya que no se aplican razonamientos propios, pues solo se limitan los juzgadores aplicar el razonamiento que la leyes les han dictado para expresarlas en representación del legislador no utilizando su propia sabiduría, la

lógica o la psicología denominada, para dar su juicio valorativo sino únicamente es transmisor de sentencias justas, como lo determina el estado por medio de la legislación, para que el pueblo sienta que la ley es justa y que ésta se aplica en su favor.

La valoración de la prueba en apoyo al sistema tasado, trae consigo ciertas ventajas que podríamos simplificar ya que las sentencias eran dictadas fuera de la arbitrariedad, carecen de este factor contrario a derecho que nos ayuda a evitar con ello la ignorancia del juzgador o bien la falta de experiencia que éste tenga con relación a su criterio personal, a la lógica que éste aplique, así como la psicología que se aplique, también limita al juzgador al momento de aceptar o rechazar las pruebas ofrecidas al proceso, en sí el juez evita que su forma particular de convencimiento sea aplicada a un caso en especial, pues debe de sujetarse al dictado legal establecido, con éste sistema el estado por medio de los legisladores pretenden ocultar la justicia, nos atrevemos a decir que es una en tal Sistema de valoración, pues para el Estado no existe tal figura jurídica, toda vez que ésta se encuentra tapada por la paz del pueblo, la pregunta es éste caso sería él porque tal sacrificio, pues bien éste deviene de que el Estado por conducto de sus legisladores desarrollan los estatuis legales en los que se determinan los tipos de prueba admisibles, el tiempo de hacerlos llegar al proceso, así como su desahogo y valoración, otorgando con ellos todo un lineamiento probatorio que

deberá de ser aplicado para evitar con ello la creación de acontecimientos contrarios a los intereses del Estado, en éste caso le proporcionan al pueblo todos los medios para que éste se encuentre ante una justicia rápida y eficaz, proyectando y visualizada desde sus primeros inicios hasta las últimas consecuencias.

Por otra parte la valoración de la prueba mediante el sistema tasado es limitativamente en el juzgador, pues restringe a éste a ser un mero autómatas que tiene como principal obligación el adoptar el criterio impuesto por el legislador, quien pre-justa los hechos, antepone hipótesis y resuelve cuestiones como parte de su trabajo, dejando al juez como un ente pasivo que visualiza, aplica y ejecuta lo dictado por el legislador, ¿porqué el motivo de ello?, pues bien en virtud de que el legislador establece reglas precisas y concretas para la valoración de las pruebas que impiden el razonamiento del juzgador, toda vez que descubre la verdad a través de lo plasmado en la ley, de ahí que el juzgador sea un ser carente de razonamiento, pues como algunos autores opinan:

El sistema a estudio convierte al juzgador en su mero autómatas y en él se sacrifica a la certeza, de tal forma que éste es la principal desventaja en el sistema a estudio por los razonamientos planteados con antelación, pero muy a contrario de tales pensamientos existen postulados a favor, pues a criterio del autor Fernando Arillas Bas, éste

sistema es primordialmente certero al prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del juez, es preciso recalcar que tal sistema no prevalece en nuestro ámbito jurídico, ya que nuestra legislación no lo estima, principalmente ante ello es obvio que tampoco lo olvida, pues éste tiene raíces en nuestra legislación.

Al manifestar que el juzgador es un mero autómatas y que ello es la principal desventaja en la prueba tasada es debido a que tal método no aplica a la justicia como uno de los primordiales fines del derecho, pues no sería concebido un derecho en el cual la justicia estuviera en segundo plano.

3.2.2. SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCIÓN.

El método que utilizan algunos juzgadores para valorar y otorgar veracidad a las pruebas ofrecidas, es el de la libre convicción, donde el juez no tiene limitada su conciencia a formas preestablecidas, sino que tiene libertad para formar su propia valoración este sistema comprende un principio general, en el sentido de otorgar la libertad de apreciación de la prueba para lograr el convencimiento de tal o cual circunstancia por parte del juzgador, tal generalidad está entrelazada de forma estrecha con el razonamiento que apoya la visualización de las probanzas, la libre convicción es la unión de la apreciación y el razonamiento apoyado en las aptitudes de la lógica, la psicología y la

experiencia común.

Cabe preguntarse en éste sentido lo que es en esencia la convicción, pues bien la cognición del ser humano se encuentra limitada a pocos espacios, los cuales le impiden en un determinado momento tener el conocimiento absoluto de que algún hecho haya ocurrido o no, en virtud de poder hallarse circunstancias que orillen a imaginar que los hechos hayan podido suceder de una forma diferente, ahora bien debido al grado de error que puede haber en el conocimiento humano, la convicción pudiera ser definida como una verosimilitud que se puede obtener utilizando los medios del conocimiento disponibles en una forma que atienda a la conciencia, así como a la comprobación exhaustiva, pudiendo darse la convicción al momento de tener una verosimilitud del hecho, la cual equivaldría a estar convencido de la verdad.

Debemos hacer notar que dicha verdad deberá de estar fundamentada en la sentencia del juez, esto es debido a que si no existiera tal fundamentación, no podría asegurarse de la inexistencia de error en la apreciación del Juzgador, la convicción del mismo deberá de carecer de dudas que crean en él un grado de certidumbre que sea suficiente para fundamentar una condena, ahora bien cuando el juzgador tenga abrigadas dudas acerca de su valoración, le estará faltando la convicción necesaria para un proceder jurídico sustentable, entre éstas

dudas aparecen las de tipo abstracto y las de carácter positivo, las primeras de ellas son las que originan debido al resultado del acto ilícito, mismo que no puede apreciarse de forma certera, toda vez que el conocimiento humano impide su total desernimiento, pero éste tipo de dudas no pueden afectarse al juzgador cuando esté convencido de imponer y sustentar su razonamiento, aún a pesar de las dudas abstractas a las que puede otorgarse una calidad de provisionales, siendo comunes al momento de dictar autos de término en forma presuntiva, las dudas de tipo real o positivas son aquellas que impiden que un Juez esté convencido de la veracidad de un acto punitivo, siendo éstas dudas concretas, que son superables y que en caso de sentenciar sobre éstas se tendría una sentencia viciada que carece de verosimilitud, por lo tanto es obvio que no se han comprobado hechos punibles. Cabe suponer que tal sistema es contradictorio, pues por una parte le otorga amplia libertad de apreciación y convencimiento al juzgador y por otra le limita a fundamentar su punto de vista, pero es lógica tal situación en virtud de que no por el hecho de ser libre tal cuestión deba de alejarse del ámbito legal que le dio nacimiento, aunado a ello el hecho de limitar tal apreciación fundamentando su criterio.

El juzgador no deberá de hacer simplemente una enunciación de los datos en los que basa su criterio, pues está obligado a realizar una descripción detallada de los hechos probatorios que satisfagan y

funden su sentencia, esto es debido a que tal y como lo hemos citado que se limita el criterio del juez por parte de la ley que lo enuncia, pues el órgano revisor de su dictamen debe de tener conocimiento del método utilizado para decidir los hechos y llegar a la conclusión dada, teniendo el deber de aplicar las reglas mencionadas al principio de éste tema, pues si el juzgador no enuncia, describe el dato probatorio no será posible su revisión.

Si bien es cierto que en éste método de valoración de pruebas, el juzgador no se encuentra inmerso en probanzas legales, lo está en cuanto a pruebas de tipo lógico, psicológico y experimental, de tal forma que deberán de proporcionarse convicción plena para fundar su fallo, es notable aclarar que la convicción que se rige, aún fundamentándola, no podrá sustituir a la prueba en su concepto hipotético, pues aún cuando no haya reglamentación de las mismas, las conjeturas y opiniones no pueden ser mas valederas que la prueba misma.

Una vez que analizamos los sistemas de valoración que adopta la doctrina penal así como la legislación a continuación estudiaremos los criterios que utilizan los jueces para la valoración de la prueba testimonial en el Derecho penal para el Distrito Federal.

Conforme a las reformas sufridas al Código de Procedimientos Penales

de 10 de Enero de 1994 la valoración de la prueba testimonial pasa de ser tasado a libre convicción, al ser derogados los artículos 256 a 260 donde se establecía que la declaración de dos testigos hacían prueba plena, así hoy en día solo se señala al juzgador lo que habrá de tomar en cuenta para apreciar la prueba testimonial.

Atento a lo anterior y toda vez que en materia penal no se puede oponerse tacha de testigos y por el contrario solo podrá constar en el expediente las circunstancias que influyen en el valor probatorio de los testigos, es más que evidente el hecho de que el juzgador goza de una libre determinación.

CAPITULO IV

LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN LOS DELITOS DE VIOLACION EQUIPARADA Y ABUSO SEXUAL.

4. JURISPRUEDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RESPECTO A LA TESTIMONIAL DEL MENOR.

Las tesis jurisprudenciales son criterios obligatorios respecto de la interpretación o lagunas de la ley que emite nuestro más alto tribunal, con el objeto de que se imparta una verdadera justicia. El maestro Ignacio Burgoa Orihuela al definir a la jurisprudencia lo hace en los siguientes términos:

“La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designa para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la

ley.”¹⁰⁷

La jurisprudencia en términos de la Ley de Amparo constituye una obligación en su aplicación y así lo establece el artículo 192 del referido ordenamiento legal que dispone:

“Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgadores de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y, que hayan sido interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.

¹⁰⁷ Burgoa Orihuela Ignacio “El Juicio de Amparo”, Editorial Porrúa, 32ª Edición, México 1995

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contribuciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.”

Ahora bien la jurisprudencia que ha emitido la Suprema Corte de Justicia respecto de la testimonial de un menor, nos indica a grandes rasgos que ésta será válida siempre y cuando sea acorde con los hechos que se pretenda acreditar, y desde luego que no exista una animadversión de parte del menor hacia el procesado, y al respecto encontramos las siguientes:

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXX

Página: 110

TESTIGOS, CIRCUNSTANCIAS PARA CALIFICAR A LOS. El testimonio de un menor no se invalida por el hecho de carecer de hogar y haber sido corrido de la casa de su tío, pues en materia penal lo importante para calificar la idoneidad de un testigo no es el origen humilde, situación de dependencia familiar, carencia de hogar o tener el carácter de arrimado, sino las

circunstancias objetivas y subjetivas que pueden concurrir y que señala la ley y que sólo sirven al juzgador para apreciar su dicho, como animadversión de su parte en contra del acusado, o de haber sido obligado por fuerza o miedo engaño, error o soborno, etc.

Amparo directo 2550/45. 6 de octubre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.”

“Quinta Epoca.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 5A

Tomo: CXII

Página: 736.

TESTIGOS EN MATERIA PENAL. Si bien es cierto que el testimonio de un menor debe ser tomado con grandes reservas, en atención a que la propia minoría impide al testigo retener pormenorizadamente los detalles de una acción compleja, su minoría no le impide reconocer y repetir un hecho de tan grave trascendencia para él, como es la privación de la vida de un familiar suyo.

Amparo, penal directo 7532/50. Salgado Velázquez Onésimo. 3 de mayo de 1952. Unanimidad de cuatro votos.”

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXIII

Página: 2472

MENORES COMO TESTIGOS, EN MATERIA PENAL.

Aunque el juzgador debe exigir al testigo de cargo, cuando es menor de edad, a producirse con verdad, la falta de cumplimiento de esta formalidad previa, no conduce a concluir que el testimonio del menor carezca de valor probatorio, el cual debe determinarse en todo caso, de conformidad con lo previsto por el artículo 255 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: por lo que si no existe móvil calumnioso alguno, sobre la substancia del hecho investigado y sus circunstancias esenciales, debe estimarse que la misma constituye una vehemente presunción en contra del acusado, si además no existe en autos indicio alguno que haga suponer que el testigo se produjo con falsedad.

TOMO LXXIII. Pág. 2472 - Morales Miranda Juan.- 29

de julio de 1942.”

“Quinta Epoca.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 5A

Tomo: XXXIII

Página: 2626

TESTIGOS EN EL PROCESO. La menor edad del testigo y su parentesco con la víctima del delito, no invalida su testimonio, hasta el grado de no poderlo considerar como fuente de datos que apoyen la presunta responsabilidad del acusado. En materia penal, no puede oponerse tacha a los testigos; pero el juez, de oficio o a petición de parte, hará constar en el proceso, todas las circunstancias que influyan en el valor probatorio de las declaraciones respectivas.

TOMO XXXIII. Pág. 2626.- Amparo en Revisión
2070/30, Sec.

3°. Vicencio Suárez Alfonso. 26 de Noviembre de 1931.

Unanimidad de cuatro votos”

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXII

Página: 4262

NIÑOS, PRUEBA TESTIMONIAL RENDIDA POR LOS. La gran sugestionabilidad de los niños y su falta de capacidad para apreciar en todas sus consecuencias, el valor moral pleno de los actos humanos, hace que el testimonio de aquellos, en materia criminal, sea un elemento probatorio de escaso valor; que, por lo mismo, es necesario valorar con toda cautela, especialmente ante la posibilidad de que alguien, maliciosamente interesado, en la demostración de ciertos hechos, haga que los niños declaren mentiras, persistiendo en su relato de una manera estereotipada, sin experimentar la menor emoción, puesto que no se dan cuenta de la gravedad de sus palabras.

Quintana Barrera Juan. Pág 4262.

Tomo LXXXII. 30 De Noviembre De 1944 4 Votos.

Véase: Jurisprudencia 283/85. 2da Parte.”

4.1. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL DESAHOGO DEL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD.

Atento al hecho de que el menor de edad puede rendir testimonio, por las condiciones de ser un incapaz legalmente, debiera desahogarse en forma especial, de tal forma que éste pueda ser interrogado en presencia de una persona de su confianza, para que no se sienta cohibido y pueda deponer libremente los hechos que presenció.

En la audiencia en la que se tome la testimonial del menor de edad, debiera de estar presente un psicólogo a efecto de que vigile en todo momento el comportamiento del menor y pueda establecer si existe animadversión en contra del procesado, o bien, si éste es acorde y congruente en su manera de conducirse, con lo cual se podrá dar una mejor valoración al testimonio.

En la audiencia podrá intervenir el acusado en todo momento, debiéndose de comportar de una manera adecuada, es decir, sin realizar ningún tipo de mueca o ademán que intimide al menor, y desde luego con la obligación de realizar la pregunta acorde a la edad del menor, esto es que esta sea en el lenguaje propio de este, de tal forma que la pueda comprender y dar contestación a ella.

El juez y el secretario que estén presentes serán los únicos que puedan dirigirse al menor a efecto de realizarle la pregunta, evitando así cualquier intimidación por parte del procesado.

A efecto de comprobar la veracidad de los hechos cuando existiere duda respecto de ello, el juzgador puede ordenar que se reciba la prueba en el lugar en donde se cometieron los hechos para que a manera de reconstrucción de los mismos, pueda llevar a cabo el testimonio el menor de edad.

En la audiencia del desahogo de la testimonial deberá permitirse al psicólogo lleve a cabo una revisión del menor a efecto de que determine el estado que éste guarda y, desde luego, si éste ha sido preparado o aleccionado por alguna persona.

Durante el desahogo de la prueba testimonial rendida por el menor víctima del delito, el psicólogo podrá intervenir a efecto de solicitar que la misma sea suspendida cuando se perturbe la estabilidad psicológica del menor, buscando en todo momento salvaguardar la salud del menor afectado.

El desahogo de la prueba testimonial del menor, deberá llevarse a cabo en audiencia a puerta cerrada, restringiéndose el acceso al personal indispensable del juzgado y a las partes, con el objeto de

causar las menores incomodidades, y trastornos psicológicos al menor.

Concluida la audiencia, el psicólogo que estuvo presente al momento de desahogarse la prueba confesional, deberá rendir un informe en el que haga del conocimiento del juzgador todas las circunstancias de que se hubiere percatado respecto de la declaración del menor, y en especial, si éste sea ha conducido en forma espontánea y natural, o bien, si se percató que hubiese sido aleccionado.

Por último, no queremos pasar inadvertidos sobre otra circunstancia que tiene relación directa con el testigo, como lo es el careo que de acuerdo con el artículo 20 fracción IV, el procesado tendrá en todo momento el derecho de solicitar el careo con los testigos:

“Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra:”

El careo tiene como objeto que el juzgador se percate de las manifestaciones del procesado y del testigo para formarse una

convicción, al momento de resolver, sin embargo y tratándose de la declaración testimonial del menor de edad, a nuestro parecer también debiera de llevarse a cabo en una forma especial, de tal forma que fueran aplicables las propuestas referidas en este apartado, es decir que no se permitiera el interrogatorio directo del procesado al testigo, pues este como hemos referido puede intimidarlo. Así al permitirse el careo no se violaría lo dispuesto por nuestra Constitución, pero si se tendría que dar, en un procedimiento especial, como en el que hemos hecho referencia

4.2. LA PSICOLOGIA Y LA SOCIOLOGIA COMO CIENCIAS DE APOYO PARA UNA EXACTA APLICACION Y VALORACION JURIDICA DEL TESTIMONIO RENDIDO POR LOS MENORES DE EDAD EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL Y VIOLACION EQUIPARADA.

La psicología como la ciencia de la medicina que estudia los sentimientos y la conducta humana, tiene una gran importancia en el testimonio que rinde un menor de edad, pues mediante ésta podrá darse una mejor valoración a la referida prueba, así es indispensable establecer en principio que es la psicología. al respecto el Diccionario de la Lengua Española nos señala:

“Psicología: f. Ciencia que estudia la conducta humana. Manera de sentir de una persona o de un grupo. Capacidad para captar los sentimientos de los demás y saber tratarlos ” ¹⁰⁸

La psicología aplicada a él desahogo y valoración del testimonio rendido por un menor de edad, tratándose de los delitos de abuso sexual y violación equiparada, tendrá un doble aspecto, el primero de ellos vigilar que el menor se conduzca con verdad y el proteger y en su caso tratar al menor respecto de las secuelas psicológicas que

¹⁰⁸ “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Espase Calpe, S A , 2ª Edicion Madrid 1991, p 482

pueda tener el ofendido de los delitos referidos.

En el primer aspecto referido, es decir en la vigilancia de la verdad respecto de los hechos que declara el menor, al ser el psicólogo un perito cuyo objeto consiste en captar los sentimientos de las personas y tratarlos, este podrá establecer si existe una manipulación del menor, o bien si este se maneja al amparo de alguna influencia, situaciones que hará del conocimiento del juzgador.

El órgano jurisdiccional al hacerse sabedor de las observaciones del perito psicólogo, podrá dar en forma más eficiente una valoración al testimonio, la cual desde luego redundará en tomar una mejor decisión al momento de resolver, sobre la culpabilidad con la inocencia del procesado, puesto que sabrá si el menor de edad declarante lo hace apegado a la verdad o bien si éste ha sido aleccionado u obligado.

Por lo que respecta al segundo aspecto de la psicología como apoyo en la valoración del testimonio de menores de edad en el delito de abuso sexual y violación equiparada, también reviste una enorme importancia, de tal suerte que el psicólogo velara en todo momento del desahogo de la prueba por el estado mental del menor, evitando se le hagan imputaciones o cuestionamientos que puedan afectar su estado psicológico, así mismo y al percatarse de las circunstancias

particulares de la conducta que en perjuicio del menor fue cometida, podrá tener una idea real y saber como llevar a cabo un tratamiento apropiado para él.

Así la psicología cumple con una labor de suma importancia en la aplicación, valoración y tratamiento del menor que ha sido víctima de un delito de abuso sexual y de violación equiparada.

Por lo que respecta a la sociología, esta de acuerdo con el maestro Leandro Pérez Azuara es:

“Una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos.” ¹⁰⁹

Por su parte el Diccionario de la Lengua Española al definir ala Sociología lo hace en los siguientes términos:

“Sociología. f. Ciencia que trata de las condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas.” ¹¹⁰

La sociología como en estudio de cuestiones sociales, no particulariza respecto de las conductas humanas sino atiende a los

¹⁰⁹ Azuara Perez Leandro, “Sociología”, Editorial Porrúa, S.A., 8ª. Edición, Mexico 1985, p. 17

¹¹⁰ Diccionario de la Lengua Española Op. Cit. p. 538

fenómenos colectivos, y su importancia radica en el estudio de la normatividad jurídica sobre la sociedad, estableciendo su conformidad y disconformidad y analizando desde luego todos los factores endógenos y exógenos que determina la tendencia del ser humano al delinquir. así es oportuno señalar que dentro de la sociología encontramos diversas ramas y una de ellas la constituye la denominada sociología de delito o criminología social.

La sociología del delito, busca establecer la disconformidad existente entre las normas jurídicas y el actuar de ciertos grupos sociales, de tal forma que pueda señalarse los factores que inducen a estos a delinquir y en la medida de lo posible establecer las alternativas para que estos se den con menor frecuencia.

La sociología como ciencia que estudia los factores de disconformidad y los de influencia en la comisión de los ilícitos y propiamente de los delitos objeto del presente trabajo, busca establecer el porque del actuar de los delincuentes para tratar de dar solución al problema, así mediante la sociología del delito y la psicología que estudia los sentimientos y el tratamiento de estos en lo personal y no como fenómeno social el juzgador podrá dar una exacta valoración al testimonio de un menor de edad y a la víctima de los delitos de abuso sexual o violación equiparada, cumpliéndose así en forma más eficiente con el principio constitucional de una impartición de justicia

4.3. LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN EL DELITO DE VIOLACION EQUIPARADA.

Es evidente que para poder hablar de la trascendencia que reviste la prueba testimonial del menor de edad en el delito de violación equiparada, debemos referirnos primeramente a lo que se entiende por violación equiparada y esta nos es definida por Francisco González de la Vega en los siguientes términos:

“Consistente, en general, en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica o corporalmente al acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corte edad o a análogas condiciones de indefensión.”¹¹¹

Por lo que respecta a nuestro Código Penal Para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, este dispone que el delito de violación equiparada consistirá:

“Art. 266. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad:

¹¹¹ González De La Vega Francisco, “Derecho Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., 23ª Edición, México 1990 P. 404

II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y

III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.”

Ahora bien en atención al hecho de que la violación equiparada se da sin violencia en contra del sujeto pasivo, es decir lo que hace presuponer su consentimiento, difícilmente se lleva a cabo en presencia de testigos y es precisamente por ello que el juzgador no cuenta con mayores elementos que la acusación que pudiera llevar a cabo el representante legal del menor, ante ello es común que no exista una exacta aplicación de la Ley, más aún si a transcurrido tiempo desde el momento en que se consuma la conducta y el que se hace la denuncia, puesto que se pierden diversos elementos de

prueba como son; los que se pueden recabar con los exámenes químicos de semen etc

Al no existir elementos de prueba que relacionen al sujeto activo del delito con la conducta realizada el juzgador necesariamente lo absolverá y es precisamente por ello que consideramos que debe de tomarse en cuenta el testimonio del menor de edad puesto que es el único testigo, máxime s de la declaración de éste se puede establecer que es veraz y no reticente deberá brindárselo pleno valor jurídico aún cuando provenga del menor, atento a las siguientes jurisprudencias emitidas por nuestro más alto Tribunal.

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: CXI

Página: 1786

TESTIGOS EN MATERIA PENAL. El testigo, es un instrumento, que de acuerdo con la teoría general del proceso, se ha dicho, es el más importante de los sujetos procesales; pero al mismo tiempo es el más peligroso, si no es veraz o es reticente, pues sólo cuando el relato de los sujetos de la prueba testimonial, cuando la versión de una experiencia percibida por los mismos.

corresponde a la realidad del hecho o circunstancia percibidas, se puede decir que el testimonio tiene valor probatorio. De ahí que la capacidad testifical, sea consecuencia de que el relato llene estas exigencias procesales.

Amparo penal directo 4508/51. Martínez Figueiras Angela. 13 de marzo de 1952. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.”

“Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente. Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LVII, Segunda Parte

Página: 56

PRUEBA TESTIMONIAL, CALIFICACION DE LA. Es cierto que como una lógica consecuencia de que el Derecho Procesal Penal, en materia probatoria, acogió el principio universal de la obligación derecho de testificar en materia penal, por ello abrió ampliamente las puertas a todos los que puedan dar luz, para describir la verdad, sin perjuicio alguno, en atención a las calidades idiosincrasias de tales órganos de prueba, en

función a parentesco, interés, parcialidad, estado mental, sexo, nacionalidad, etc., pero también sin perjuicio de que, en cada caso concreto, al llegar la oportunidad, se califique jurídicamente el valor que merece el testimonio de que se trata, apreciado en función del resto del material probatorio.

Amparo directo 8994/61. Angela Muñoz Barbosa de Pozo. 29 de marzo de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Alberto R. Vela.”

Atento a lo preceptuado por las jurisprudencias preinsertas, puede fácilmente permitirse al menor de edad rinda su testimonio, pues no debe de atenderse a las calidades de interés o parcialidad que pudieran existir sino al hecho de ser veraz y no reticente de tal forma que con ello sede un elemento más de prueba al juzgador para que éste realice una verdadera impartición de justicia.

4.4. LA TESTIMONIAL DEL MENOR DE EDAD COMO PRUEBA PLENA EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

El delito de abuso sexual lo podemos concebir como la realización de un acto sexual sin llegar a la cópula, bien sea con el consentimiento o sin el consentimiento de un menor, y al respecto nuestro Código Penal dispone:

“Art. 260. Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Si hiciere uso de violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.”

Art. 261. Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en

una mitad.”

Atento a los tipos penales preinsertos, el abuso sexual sedá sin el consentimiento del menor de edad y aún con el consentimiento de éste siempre y cuando sea menor de doce años, y desde luego que se realice un acto sexual que no llegue a la cópula.

Partiendo del análisis anterior, podemos establecer que el delito de abuso sexual es difícil y resulta casi imposible de probarse, pues en muchos de los casos no queda vestigio alguno del acto sexual del que fue objeto y, más aún, por el hecho de que este delito se da en la clandestinidad, por lo que las personas que comenten esta conducta ilícita se ven protegidos al no existir los elementos de prueba suficientes para ejercer acción penal en su contra o bien para que el juez determine su culpabilidad y le imponga una sanción.

Como señalamos en el inciso anterior respecto de la testimonial del menor de edad como prueba en el delito de violación equiparada, es indiscutible que si sus declaraciones son veraces y no reticentes deben permitirse su testimonio a un cuando ésta pudiera ser con algún interés o parcialidad, siendo aplicables la tésis ya referida de la calificación de la prueba testimonial y de los testigos en materia penal, más aún si las declaraciones de los menores tienen enlace y relación y son acordes a los hechos que se le imputan al procesado, sirve de apoyo a lo anterior las siguientes tésis jurisprudenciales:

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: L

Página: 566

PRUEBA TESTIMONIAL, APRECIACION DE LA. Las declaraciones de los testigos carecen de valor probatorio, si no tienen ningún enlace ni relación, ni se refieren a los mismos hechos que en concreto citan los testigos.

TOMO C. Pág. 566.- Larraga Manuel C.- 23 de octubre de 1936.”

“Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXVI

Página: 830

TESTIGOS, EN MATERIA PENAL, APRECIACION DE SUS DECLARACIONES. No es jurídico que una autoridad que sentencia aprecie el valor probatorio de la prueba testimonial, con criterio de “posibilidades” o con “supuestos”, sino que tal apreciación debe efectuarse

bajo los principios más elementales de toda inducción y deducción lógicas.

Amparo Penal Directo 6646/51. 22 de octubre de 1952.

Mayoría de tres votos. Ponente: De la Mora.”

Es evidente que tratándose del delito de abuso sexual sino se permite al menor desahogar su testimonial, se estará poniendo en peligro a toda la sociedad, al permitir que un delincuente salga impune de un delito tan delicado como lo es, el abuso sexual principalmente por las alteraciones psicológicas que ocasionan al menor, quien es el ser más desvalido de la humanidad.

Es indiscutible que una persona menor de edad resulta una víctima idónea y de fácil consentimiento para satisfacer los instintos sexuales de un depravado quien mediante engaños y argucias y a un con la fuerza puede obtener sus lascivos fines.

Atento a lo anterior debe permitirse que tratándose del delito de abuso sexual e incluso de todos los delitos sexuales el menor pueda desahogar la prueba testimonial a efecto de brindar de mayores elementos al juzgador para que éste en atención a la potestad con que esta investido pueda llevar a cabo una verdadera impartición de justicia y no deje andar libre a esta clase de delincuentes que tanto perjudican a nuestra niñez.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Después de analizar la evolución histórica de la prueba testimonial, podemos afirmar que ésta se ha utilizado desde los orígenes, en los procedimientos en los que se dirime en una controversia sin excepción de algún pueblo.

SEGUNDA.- En México la prueba testimonial ha sido admitida desde los pueblos prehispánicos, pasando por la colonia y hasta nuestros días, toda vez que en materia penal es un medio y, a veces, el único de acreditar los diversos ilícitos en los procedimientos del orden penal.

TERCERA.- Los testigos de acuerdo con sus características se pueden dividir en directos, indirectos, de cargo o de descargo. los directos son aquellos que se percatan de los hechos, por hallarse presentes al momento de ocurrir estos, y mediante sus sentidos, los indirectos son aquellos que se percatan de un hecho por información de un tercero o de otro medio, como pudiera ser por medio de un video, el testigo de cargo será aquel cuya declaración va en contra de los intereses del procesado o acusado, o sea aquellos que son presentados por el Ministerio Público y consecuentemente los de descargos serán aquellos cuyo testimonio es a favor del acusado, quien es generalmente quién los presenta.

CUARTA.- En materia penal la prueba testimonial es uno de los medios de mayor importancia, pues debido a la inmensa variedad de conductas, difícilmente puede ser superada por algún otro medio de prueba.

QUINTA.- De acuerdo con nuestro sistema jurídico procesal penal la valoración de la prueba testimonial por el juzgador atiende a un sistema de libre convicción, toda vez que conforme a las reformas de diez de enero de 1994 impuestas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, solo se señala al juzgador los lineamientos que habrá de seguir para apreciar la prueba testimonial, dejándola a su libre albedío.

SEXTA.- En términos de la jurisprudencia emitida por nuestro más alto Tribunal de Justicia, se permite que los menores de edad puedan testificar sin requisito alguno, pero será tarea del juzgador el valorar su testimonio en atención a las circunstancias particulares del menor y si éste ha sido aleccionado para declarar hechos falsos.

SEPTIMA.- Tratándose de los delitos de abuso sexual y violación equiparada, el juzgador no cuenta con los elementos de prueba necesarios para poder llevar a cabo cabalmente su labor tan loable, situación que origina que se dejen impunes estas conductas, por lo que debe de reformarse nuestro Código Procesal Penal, a efecto de

OCTAVA.- La sociología y la psicología como ciencias que tienen relación con el derecho, deben de apoyar al Derecho Penal para que este pueda llegar a una exacta impartición de justicia y en el ámbito del abuso sexual y la violación equiparada, sin lugar a dudas que tienen gran influencia, pues la primera de ellas mediante la valoración y estudios de los factores endógenos y exógenos que influyen en la comisión de estos ilícitos pueda dar una alternativa de solución y mediante la segunda se pueda establecer no sólo el perfil psicológico del delincuente si no dar a poyo a la víctima he incluso el auxiliar al juzgador respecto del testimonio que rinda un menor de edad para saber si este a sido aleccionada, obligado o intimidado para ello.

NOVENA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia a establecido que tratándose de la prueba testimonial lo que verdaderamente resulta importante es que el testimonio sea veraz, aún sin importar que exista parentesco, interés y parcialidad pues será precisamente el juzgador quién habrá de valorar la prueba bajo los principios más elementales de toda inducción y deducción.

DECIMA.- por ser el delito de abuso sexual y de violación equiparada de los que se cometen al amparo de la clandestinidad ,debe brindarse la oportunidad con las formalidades expuestas en el texto de la tesis al menor de edad de testificar para que el juzgador se pueda allegar elementos para brindar una justa impartición de

justicia, desde luego tomando en consideración que el testimonio se ha acorde a los hechos y no sea reticente, con lo cual se podrá comprobar la veracidad del testimonio al ubicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

DECIMA PRIMERA.- A efecto de no dejar impunes las conductas del delito de abuso sexual y de violación equiparada, debe de reformarse el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, permitiendo se desahogue la testimonial del menor de edad, bajo un procedimiento de desahogo especial en el que se encuentre presente un psicólogo y en el que el juzgador se pueda percatar de las circunstancias particulares del caso para poder valorar bajo conforme a derecho la testimonial.

FALTA PAGINA

No.

174

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AZUARA PEREZ, LEANDRO, "SOCIOLOGIA", EDITORIAL PORRUA, S.A., 8ª. EDICION, MEXICO 1985.
- 2.- ARILLA BAS, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", EDITORIAL KROTOS, S.A., DE C.V., 14ª. EDICION, MEXICO 1992.
- 3.- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, "DERECHO PROCESAL TOMO I", EDITORIAL CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MEXICO 1969.
- 4.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "EL JUICIO DE AMPARO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 32ª. EDICION, MEXICO 1995.
- 5.- DE PAULA PEREZ, ALONSO, "LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL PROCESO ESPAÑOL", EDITORIAL REUS, S.A., ESPAÑA 1968.
- 6.- DE PINA, RAFAEL, "DICCIONARIO DE DERECHO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 8ª. EDICION, MEXICO 1979.
- 7.- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO, "TRATADO DE LAS PRUEBAS PENALES", EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1988.
- 8.- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, "TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL TOMO I", VICTOR A. ZAVALA EDITOR Y DISTRIBUIDOR, 5ª. EDICION, BUENOS AIRES ARGENTINA 1985.
- 9 - COLIN SANCHEZ. GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", EDITORIAL PORRUA. S A., 15ª. EDICION, MEXICO 1995.

10.- CAUTURE, EDUARDO J, "FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL", ROQUE PALMA EDITOR, 3ª. EDICIÓN, MEXICO 1976.

11.- CABANELLAS, GUILLERMO, "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL TOMO VIII", EDITORIAL HILIASTA, S.R.L., 21ª. EDICION, BUENOS AIRES- ARGENTINA 1989.

12.- ESQUIVEL OBREGON T., "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO TOMO I", EDITORIAL PORRUA S.A., 2ª EDICIÓN, MÉXICO 1984.

13.- ESQUIVEL OBREGON T., "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO TOMO II", EDITORIAL POLIS, MÉXICO 1938.

14.-FRANCO SODI, CARLOS, "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 3ª. EDICION, MEXICO 1957.

15.- FLORIAN, EUGENIO, "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", EDITORIAL BUSCH-CASA EDITORIAL, BARCELONA ESPAÑA 1869.

16.- FLORIAN, EUGENIO, "DE LAS PRUEBAS PENALES EN GENERAL TOMO I", EDITORIAL TEMIS. BOGOTA COLOMBIA 1990.

17.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO", EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1974.

- 18.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 1ª. EDICION, MEXICO 1975.
- 19.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", EDITORIAL PORRUA, S.A., 5ª. EDICION, MEXICO 1989.
- 20.- GOMEZ LARA, CIPRIANO, "LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO", EDITORIAL HARLA, 8ª. EDICION, MEXICO 1990.
- 21.- GORPHE FRANCOIS, "LA APRECIACION JUDICIAL DE LAS PRUEBAS", EDITORIAL LA LEY, BUENOS AIRES ARGENTINA 1967.
- 22.- GLORIA OLMEDO, JORGE A., "DERECHO PROCESAL TOMO I", CONCEPTOS FUNDAMENTOS, EDICIONES PALMA, BUENOS AIRES ARGENTINA 1989.
- 23.- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE, "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 10ª. EDICION, MEXICO 1991.
- 24.- MOMMSEN, TEODORO, "DERECHO PENAL ROMANO", EDITORIAL TEMIS, BOGOTA COLOMBIA 1991.
- 25.- MITTERMAIER C.J.A., "TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL", EDITORIAL REUS, S.A., MADRID 1929.
- 26.- RODRIGUEZ ORLANDO, ALFONSO, "EL TESTIMONIO PENAL Y SUS ERRORES", EDITORIAL TEMIS, S.A., BOGOTA COLOMBIA 1985.

27.- RIVERA SILVA, MÁNUEL, "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", EDITORIAL PORRUA, S.A., 3ª. EDICION, MEXICO 1994.

28.- RODRIGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO, "CURSO DE DERECHO PROBATORIO", EDITORIAL LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, BOGOTA 1985.

29.- ROCCO, HUGO, "DERECHO PROCESAL CIVIL", TRADUCCION DE FELIPE DE J. TENA, EDITORIAL PORRUA, S.A , MEXICO 1939.

30.- PEREZ PALMA, RAFAEL, "GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL", EDITOR Y DISTRIBUIDOR CARDENAS, MEXICO 1991.

31.- PARRA QUIJANO, JAIRO, "TRATADO DE LA PRUEBA JUDICIAL" EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL

32.- ZAMORA Y CASTILLO ALCALA, "DERECHO PROCESAL PENAL TOMO III", EDITORIAL GUILLERMO Y FRAFT LIDA, BUENOS AIRES ARGENTINA.

33.- ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, "EL PROCESO PENAL TOMO III", EDITORIAL EDINO, 4ª. EDICION, COLOMBIA 1989.

LEGISLACION

1.- "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1998.

2.- "LEY DE AMPARO ", EDITORIAL SISTA S.A DE C.V., MEXICO 1998

3.- "LEY FEDERAL DEL TRABAJO", EDITORIAL PORRUA S.A , MEXICO, 1997

4.- "CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL", EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1997.

5.- "CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL". EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1998.

6.- "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL". EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO 1998.

7.- "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE SONORA", EDITORIAL CAJICA, S.A., PUEBLA MEXICO 1977.

8.- "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ". EDITORIAL CAJICA, S.A., PUEBLA MEXICO, 1977.

OTRAS FUENTES

- 1.-"DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", EDITORIAL ESPASE CALPE, S.A. 2ª. EDICION. MADRID 1991.
- 2.-"DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION", CAPITULO VII DE SEPTIEMBRE DE 1880.
- 3.-"PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO". DICCIONARIO RAMON GARCIA P. Y CROS BASADO EN EL NUEVO PAQUETE LAROUSSE 17.