

00721
105 A



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

La Dirección General de Estudios de la UNAM a difundir en formato electrónico el contenido de los trabajos de los alumnos.

NOMBRE: Glenda Bermúdez Hernández

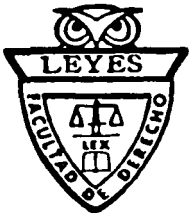
FECHA: 11/ Julio / 2003

FIRMA: [Firma]

**LA INEFICACIA DE LA CONFRONTACION EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO**

T E S I S

**PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
GLENDA BERMUDEZ HERNANDEZ**



ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

MEXICO, D. F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

B

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/145/SP/06//03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna BERMUDEZ HERNANDEZ GLENDA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "LA INEFICACIA DE LA CONFRONTACION EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "LA INEFICACIA DE LA CONFRONTACION EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna BERMUDEZ HERNANDEZ GLENDA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. L. 16 de junio de 2003.

LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DEDICATORIAS

A mi padre y madre Arturo y Lupita, a ella
en atención a su cariño y cuidados; a él
con infinito cariño. A los dos por su apoyo
incondicional en el logro de todas y cada
una de mis metas en la vida.

A la Universidad Nacional Autónoma de México
por la oportunidad que me fue dada,
guardo eterno agradecimiento

A todos y cada uno de mis maestros, los cuales contribuyeron en mi formación
les hago patente mi agradecimiento.

Al maestro Carlos Barragán Salvatierra
mi asesor de tesis por su paciencia y guía.

A mis amigos y amigas

A mis hermanos

Javier

Rubén

Lilia Isabel

Rosa Amelia

Arturo

Alejandra

a todos y cada uno de mis sobrinos

D

INDICE

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO PENAL

- 1. Conceptos de procedimiento penal1
 - A) Significado gramatical1
 - B) Conceptos doctrinales2
 - C) Concepto que se propone3
- 1.1 Diferencia entre procedimiento, proceso y juicio4
 - A) Concepto gramatical del proceso4
 - B) Posturas doctrinales4
 - C) Conclusiones10
- 2. Fases del procedimiento10
 - A) Posturas doctrinales10
 - B) Consideraciones Personales14
- 2.1 Averiguación previa15
 - A) Significación gramatical15
 - B) Posturas doctrinales17
 - C) Consideraciones personales30
- 2.2 Preinstrucción o preproceso31
 - A) Posturas doctrinales31
 - B) Consideraciones personales37
- 2.3 Instrucción37
 - A) Significado gramatical37
 - B) Conceptos doctrinales38
 - C) Consideraciones personales41
- 2.4 Juicio41
 - A) Significado gramatical41
 - B) Conceptos doctrinales42
 - C) Consideraciones personales44
- 2.5 Sentencia44
 - A) Significado gramatical44
 - B) Conceptos doctrinales45
 - C) Consideraciones personales51

CAPITULO II

PRUEBA

- 1. Concepto de prueba52
 - A) Significado gramatical52
 - B) Conceptos doctrinales53

E

- C) Consideraciones personales57
- 2. Desarrollo histórico57
 - A) Consideraciones doctrinales57
 - B) Consideraciones personales62
- 3. Sistemas probatorios62
 - A) Significado gramatical62
 - B) Conceptos doctrinales62
 - C) Consideraciones personales69
- 4. Diversas clases de pruebas69
 - A) Significado gramatical69
 - B) Conceptos doctrinales69
 - C) Consideraciones personales73
- 5. Medio de prueba73
 - A) Significado gramatical73
 - B) Conceptos doctrinales74
 - C) Consideraciones personales77
- 5.1 Objeto de la prueba77
 - A) Significado gramatical77
 - B) Conceptos doctrinales79
 - C) Consideraciones personales81
- 5.2 Organó de la prueba81
 - A) Significado gramatical81
 - B) Conceptos doctrinales81
 - C) Consideraciones personales83
- 5.3 Carga de la prueba83
 - A) Significado gramatical83
 - B) Conceptos doctrinales84
 - C) Consideraciones personales87
- 6. Valoración de las pruebas88
 - A) Significado gramatical88
 - B) Conceptos doctrinales88
 - C) Consideraciones personales91

**CAPITULO III
LA PRUEBA EN EL DERECHO MEXICANO**

- 1. Medio de prueba92
- 2. Sistema de pruebas en México93
 - 2.1 Medios de prueba en la Legislación Mexicana94

**CAPITULO IV
LA CONFRONTACION**

- 1. Conceptos de confrontación109
 - A) Significado gramatical109
 - B) Conceptos doctrinales109
- 2. Dinámica111

f

3. La confrontación en el procedimiento penal	113
3.1 En Averiguación Previa	115
3.2 En instrucción	116
A) Consideración personales	117
4. Jurisprudencia	118
5. Derecho comparado	122
6. Propuestas	131
CONCLUSIONES	133
BIBLIOGRAFIA	135

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO PENAL

1. CONCEPTO

a) Significación gramatical.

Gramaticalmente, dicho sustantivo singular cuya raíz latina es *procedo*, *processi*, significa *proceder*, *adelantarse*, *avanzar*.

Dicha noción resulta ser, la manera de hacer una cosa o de realizar un acto. Procedimiento corresponde a *procédure* en francés, a *procedure* en inglés, *procedura* en italiano y *verfahren* en alemán.¹

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual señala que, "...es el modo de tramitar las actuaciones judiciales o administrativas, o sea, el conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, desenvolvimiento, fallo y ejecución en un expediente o proceso".²

Por lo que respecta al Diccionario de Derecho, el mismo hace alusión al procedimiento como el conjunto de formalidades o tramites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos. La palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de la

¹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 1ª. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, P. 3056.

² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 20ª. Edición, Guillermo Cabanellas, Tomo VI, Editorial Heliasta, Argentina, 1986, P. 433.

de enjuiciamiento como la de proceso lo es de la de juicio. El procedimiento constituye una garantía de la buena administración de la justicia.³

b) Conceptos doctrinales.

Para el autor Juan José González Bustamante, el procedimiento penal, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal. Comprende una sucesión de actos vinculados entre sí que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos.⁴

Para el autor Colín Sánchez, el procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto.⁵

Menciona el autor Julio Acero que, para producir un efecto cualquiera, es necesario una fuerza, una potencia; y para poner en juego esa fuerza, esa potencia, un procedimiento. El efecto que hay que producir en Derecho Penal, una vez dado el precepto o la determinación de la penalidad, es el de la aplicación de esa penalidad; la fuerza destinada a producir ese efecto son las jurisdicciones penales con el conjunto de las diversas autoridades o de las personas que concurren al efecto apetecido, y el procedimiento destinado a poner en juego esa fuerza es el Procedimiento Penal.⁶

³ DE PINA Rafael, y DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho, 26ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, P. 420.

⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 1991, P. 122

⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998, P. 52

⁶ ACERO, Julio, El Procedimiento Penal Mexicano, 4ª Edición, Editorial Temis, Colombia, 1982, P. 15

Para el autor Chichimo Lima, el procedimiento es el conjunto de actos, diligencias, actuaciones, formalidades internas y externas, que avanzan en una sucesión de un paso a otro, observando el orden y forma determinada por la ley para conocer la verdad histórica, e imponer una sanción penal al responsable de la comisión de un delito.⁷

Para el autor Hernández Pliego, el procedimiento se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo.⁸

El autor Tomás Jofre, citado por el maestro Barragán Salvatierra, define al procedimiento penal como una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, al observar formas establecidas por la ley, conoce del delito y sus autores con el objeto de que la pena se aplique a los culpables.⁹

Para Máximo Castro, citado por el autor Barragán Salvatierra, el procedimiento penal es el que se ocupa de los medios y formas de investigación de los hechos que caen bajo la sanción del Código Penal.¹⁰

C) conceptos que se propone.

Conjunto de actos de naturaleza formal ordenados y encaminados hacia un objetivo, cuyo contenido es variable, multiforme.

⁷ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, *Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano*, primera edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000, P. 32

⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, P. 7

⁹ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, primera edición, Editorial Mc Graw-hill, México, 1999, P. 21

¹⁰ Idem

1.1 diferencia entre procedimiento, proceso y juicio.

a) concepto gramatical del proceso.

El Diccionario de Derecho señala que proceso es, el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.

La palabra proceso es sinónima de la de juicio.¹¹

b) Posturas doctrinales.

Coincidimos con el autor Barragán Salvatierra en cuanto considerar necesario establecer una diferencia entre lo que es el procedimiento, el proceso y el juicio, ya que tanto la Constitución como las leyes adjetivas, en forma indiscriminada, retoman definiciones y conceptos de grandes autores extranjeros, los utilizan como sinónimos cuando especialmente en el derecho procesal penal son claramente identificables.¹²

Conviene a nuestro juicio, por cuestión de método y a efecto de lograr el objetivo anterior, analizar dichas nociones desde el punto de vista de la Teoría General del Proceso, pero dentro del contexto del Derecho procesal penal.

Con cierta frecuencia, las expresiones juicio, procedimiento y proceso se utilizan como sinónimos. Sin embargo, estas expresiones han correspondido a etapas diversas de la evolución del derecho y de la doctrina procesal y, aunque

¹¹ Diccionario de Derecho, Op. Cit. P. 420.

¹² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. P. 16.

con ellas aparentemente se designa el mismo fenómeno, se debe advertir que tienen un significado histórico, cultural y doctrinal diferente.¹³

Para el autor Ovalle Favela, la palabra juicio proviene del latín *iudicium*, que originalmente significaba, en el derecho romano, la segunda etapa del proceso, que se desarrollaba ante el *iudex* (juez) designado por el magistrado. Posteriormente, y de manera particular en el derecho común europeo, el *iudicium* fue no solo una etapa, sino todo el proceso.¹⁴

A decir del mencionado autor, a partir del siglo XVI, los países de la Europa central, bajo la influencia de la doctrina del derecho canónico, empezaron a sustituir la palabra *iudicium* por la de *processus*, *processus iudicii* y *processus iudicialis*, también de origen latino. España, sin embargo, conservó la expresión juicio y la difundió en los países hispanoamericanos, que también continúan utilizándola hasta nuestros días.¹⁵

Una de las razones por las que *iudicium* fue sustituida por *processus* consistió en que la primera llegó a adquirir muchos significados, por lo que devino multívoca. Todavía actualmente, en los países de tradición hispánica la palabra juicio tiene, cuando menos, tres significados: a) como secuencia de actos (o procedimiento) a través de los cuales se tramita o se lleva a cabo la sustanciación de todo un proceso; b) como etapa final del proceso penal, que comprende las conclusiones de las partes y la sentencia del juzgador, y c) como la sentencia propiamente dicha.¹⁶

Ovalle Favela, citando a Picardi, señala que el *iudicium* implica una concepción dialéctica y argumentativa en el estudio del proceso, mientras que *processus* es una expresión de la lógica del siglo XVI y asume una valoración

¹³ OVALLE FAVELA, José, Teoría General de Proceso. Quinta edición, Editorial Oxford, México, 2001. p.174

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem

¹⁶ Idem

científica en el análisis de los mecanismos procesales. En tanto que el *iudicium* corresponde a un modo de pensar problemático, el *processus* representa el momento de transición entre ese modo de pensar y un modo de pensar sistemático, modelado sobre el saber científico.¹⁷

En cuanto a las notas distintivas que los términos proceso y procedimiento involucran, el autor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo apunta que, "...el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre si por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. Así, pues, mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica, la de procedimiento es de índole formal".¹⁸

Señala dicho autor en líneas subsecuentes, que ambos conceptos coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología de *procedere*, *avanzar*; pero el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos –constituyan o no relación jurídica- que entre sus sujetos (es decir, las partes y el juez) se establecen durante la substanciación del juicio.¹⁹

Añade el autor antes mencionado respecto a las ideas por él expuestas que, si bien el vocablo procedimiento resulta tan netamente español como francés lo es "procedure", ya que ambos derivan del verbo latino *procedere*, con el significado de avanzar, lo cierto es que no adquiere relieve procesal entre nosotros sino hasta el siglo XIX, por evidente influjo de la codificación napoleónica, aunque con la particularidad de no haber repercutido en España de manera primordial en la esfera legislativa, donde los textos capitales se denominan, con una privativa

¹⁷ Ibidem PP. 176-177

¹⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Tercera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, P. 116

¹⁹ Idem

palabra castellana, de enjuiciamiento, y si en los planes de enseñanza y en la literatura concerniente.²⁰

El proceso, según Cipriano Gómez Lara es el conjunto de procedimientos, entendidos éstos, como un conjunto de formas o maneras de actuar. Por lo anterior, la palabra procedimiento en el campo jurídico, no debe ni puede ser utilizada como sinónimo de proceso. El procedimiento se refiere a la forma de actuar y, en este sentido, hay muchos y variados procedimientos jurídicos.²¹

Concluye el autor en mención la idea antes expuesta al apuntar que, un procedimiento es procesal, cuando está eslabonado con otros, todos ellos ocurridos dentro del conjunto de actos configurativos del proceso, y que son actos provenientes de las partes, del órgano jurisdiccional y de los terceros ajenos a la relación sustancial, y los cuales se enfocan, o proyectan, hacia un acto final de aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo o resolverlo.²²

Para González Bustamante, no puede haber proceso sin juez ya que es imprescindible su intervención para que tengamos proceso. Quiere decir, que el procedimiento contempla una idea más extensa; que puede existir procedimiento sin que haya proceso; en cambio, y especialmente en el Derecho Procesal Penal Mexicano, no puede haber proceso sin que el procedimiento lo anteceda.²³

Alcalá-Zamora, citado por Chichimo Lima, manifiesta la diferencia del proceso con el juicio, precisando: el proceso tiende evidentemente a obtener un juicio

²⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Cuestiones de terminología procesal, primera edición. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972, PP. 137-138

²¹ GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, Novena edición, Editorial Oxford, Colección textos Jurídicos Universitarios, México, 1996. P. 218

²² Ídem

²³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. cit. P. 123

(judicial) sobre el litigio, pero el juicio se circunscribe a ese solo decisivo momento o actividad.²⁴

Para el autor Hernández Pliego, procedimiento y proceso se diferencian esencialmente en cuanto a su finalidad. El primero, se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo. En este sentido, se alude al procedimiento idóneo para alcanzar alguna finalidad, o al procedimiento idóneo para la elaboración de un objeto. El fin perseguido en el procedimiento no necesariamente habrá de ser, como en el proceso, la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses sometido al conocimiento de la autoridad judicial.²⁵

Agrega dicho autor que, el titular del procedimiento en cambio, puede serlo un órgano del ejecutivo o del poder legislativo, como ocurre, verbigracia, con el Ministerio Público que dependiendo del ejecutivo, es el que preside el procedimiento penal de averiguación previa, o en el caso del legislativo que preside el procedimiento para la declaratoria de procedencia en el juicio político relacionado con un diputado federal, por ejemplo.

Por demás, entre proceso y procedimiento existe una relación del todo con una de sus partes.²⁶

El mismo Hernández Pliego hace especial énfasis en que el juicio, es la convicción a la que arriba el juez luego de examinar los hechos sometidos a su conocimiento, enlazando a ese análisis las pruebas allegadas al proceso. Es en ese momento intelectual, cuando afirma que el juez se queda solo, con su reflexión y su conciencia.²⁷

²⁴ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio. Op. cit., P. 56

²⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 7

²⁶ Idem

²⁷ Idem

El autor Colín Sánchez, luego de definir al procedimiento como la forma, el método de cuya aplicación al objeto, dependerá la mutación de un estado a otro (proceso), agrega que el proceso penal es un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno, será, el que dé lugar a su vez, al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley sustantiva.²⁸

Para el maestro Barragán Salvatierra, el procedimiento es la forma, es el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo, por tanto el primero es un concepto general que envuelve dentro de su seno al concepto de proceso y éste a su vez al juicio.²⁹

Para el autor antes referido, el proceso se inicia hasta el momento en que el órgano jurisdiccional dicta auto de formal prisión o sujeción a proceso en contra del presunto responsable de un delito, al cual se le denomina procesado, y el juicio se inicia en el momento en que el Ministerio Público rinde dentro del proceso sus conclusiones acusatorias; de esta manera, el procedimiento es el todo y dentro de éste se dan el proceso y el juicio. De lo anterior se desprende que se puede dar el procedimiento sin que ello implique el nacimiento del proceso, aunque este último no tendrá vida sin aquél.³⁰

Así para el autor Goldschmidt, el proceso es el procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor

²⁸ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. PP. 48, 49 y 52

²⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. P. 22

³⁰ Ibidem, P. 23

valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada.³¹

Reitera lo antes expuesto, el autor Leone para quien proceso, en la tradición jurídica, es una caracterización de la noción de procedimiento queriéndose indicar de este modo el procedimiento jurisdiccional; y por eso, proceso penal es el conjunto de actos orientados a obtener la providencia jurisdiccional definitiva: el tender y el converger hacia la cosa juzgada, es lo que caracteriza al proceso penal.³²

c) conclusiones

Antes que nada, conviene señalar que la utilización de los términos juicio, proceso y procedimiento obedecen a razones de carácter histórico y cultural y que concretamente en la actualidad el procedimiento difiere del proceso en orden a su finalidad que es meramente formal, mientras que en el caso del proceso es esencialmente teleológica. Así el procedimiento envuelve al concepto de proceso y este a su vez al de juicio.

2. FASES DEL PROCEDIMIENTO

a) Posturas doctrinales

A decir de Oronoz, la ley subordina el que las autoridades relacionadas con el procedimiento se apeguen en su actuar, a lo estatuido previamente, permitiendo el

³¹ GOLDSCHMIDT, James, Teoría General del Proceso, primera edición, Editorial Labor, S.A., España, p.34

³² LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo. I. Primera edición Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina. 1963. P. 11

desarrollo de cada una de las fases mediante la concurrencia de estados intelectuales en relación con la verdad que se pretende alcanzar.³³

Así, para Ovalle Favela, citado por Chichimo Lima, las etapas procesales son las fases en que se agrupan los actos y hechos procesales, a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso, de acuerdo con su finalidad inmediata.³⁴

Los periodos del procedimiento penal nacen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aún cuando no se hallen expresamente determinados en aquella. Del artículo 21 constitucional que establece la función persecutoria de los delitos a cargo del Ministerio Público, surge la necesidad de un periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, al cual se ha denominado averiguación previa. Del artículo 19 constitucional, al apuntar un lapso no mayor de setenta y dos horas entre la detención y la formal prisión, brotan dos periodos: el de preparación del proceso desde la detención hasta la formal prisión, llamada también preproceso y, el del proceso que se inicia con esta resolución. El periodo del juicio se subdivide o no en otros, es el antecedente necesario de la sentencia, que pone fin a todo procedimiento en términos del artículo 14 constitucional.³⁵

En nuestro país, antes de iniciar el proceso penal es necesario llevar a cabo una etapa preliminar, a la que denomina averiguación previa, la cual compete realizar al Ministerio Público. Esta etapa comienza con la denuncia, que puede presentar cualquier persona, o la querrela, que sólo puede presentar el ofendido o su representante, según el tipo de delito de que se trate. La averiguación previa tiene como finalidad que el Ministerio Público recabe todas las pruebas e indicios que puedan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado.³⁶

³³ ORONNOZ, Carlos M, Las Pruebas en materia Penal, Primera Edición, Editorial PAC S.A. México, 1993, P.8

³⁴ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, Op. cit. P. 40

³⁵ Ibidem, P. 41

³⁶ OVALLE FAVELA, José, Op. cit. P. 189

En caso de lograr estos extremos, el Ministerio Público ejerce la acción penal contra el presunto responsable, a través del acto denominado de consignación.³⁷

Con la consignación se inicia la primera etapa del proceso penal propiamente dicho, la cual se denomina instrucción y que se subdivide, a su vez en dos periodos: el primer periodo de la instrucción que comprende desde el auto que dicta el juez admitiendo la consignación que se denomina de radicación o auto cabeza de proceso y hasta la resolución que el juzgador debe emitir, de acuerdo con el artículo 19 constitucional, en un plazo de 72 horas a partir de la consignación con detenido o de la aprehensión del imputado, y en la cual debe decidir si se debe procesar o no a la persona consignada y, en caso afirmativo, precisar los hechos delictuosos por los que se deberá seguir proceso (en el caso afirmativo, el auto se denomina de formal prisión si impone la prisión preventiva o de sujeción a proceso si no la impone; en caso negativo, el auto se denomina de libertad por falta de méritos o por falta de elementos para procesar; el segundo periodo de la instrucción comprende desde este auto que fija el objeto del proceso, hasta el auto que declara cerrada la instrucción. La etapa de instrucción tiene por objeto, sobre todo, suministrar al juzgador las pruebas necesarias para que pueda emitir la resolución de fondo.³⁸

La segunda etapa del proceso penal es la denominada de juicio y comprende, por un lado la formulación de las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa y por el otro, la emisión de la sentencia del juzgador. Con esta etapa termina la primera instancia del proceso penal y, de manera similar a lo que ocurre en los demás procesos, con la apelación se puede iniciar la segunda instancia.³⁹

³⁷ FIX-ZAMUDIO Héctor y OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal, Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, P. 48

³⁸ Idem

³⁹ Ibidem, P. 49

La ejecución penal se realiza en sede administrativa, por las autoridades administrativas competentes, por lo que ya no es considerada como una etapa del proceso penal.⁴⁰

De esta manera, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 1° señala que se comprenden en dicho dispositivo legal los siguientes procedimientos:

- I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;
- II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;
- III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;
- IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;
- V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;
- VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;
- VII. Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

⁴⁰ Idem

El código de procedimientos penales para el Distrito Federal no tiene artículo expreso como el federal, pero de su articulado se desprenden claramente las etapas y contenidos mencionados en el cuerpo jurídico antes citado.

b) Consideraciones personales

Las fases en el procedimiento están íntimamente vinculadas con el fin por ellas perseguido, así, en la primera fase del procedimiento denominada averiguación previa, el Ministerio Público debe realizar las diligencias para acreditar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad del indiciado para ejercitar la acción penal o procesal penal, o bien, de no reunir los elementos del cuerpo del delito resolver el no ejercicio de la acción penal.

La instrucción se inicia a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se refiere a la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas en el proceso penal, en el Código Federal de Procedimientos Penales, queda claro el inicio de la misma, no así en el Distrito Federal, donde puede desprenderse que comprende dos etapas, la primera de ellas, la de preinstrucción o preproceso y la segunda, a partir del auto de termino constitucional de formal prisión o de sujeción a proceso.

Esta etapa procedimental termina con el auto que declara cerrada la instrucción y da paso al juicio, que se inicia con la vista a las partes para que rindan sus conclusiones, e inicia siempre por las del Ministerio Público como parte acusadora.

La sentencia termina la instancia al resolver el punto principal controvertido. en el entendido de que el juez penal debe dictar sentencia por el delito o delitos por los que acuse el Ministerio Público en sus conclusiones.

2.1 Averiguación previa.

a) Significación Gramatical

El Diccionario Jurídico Mexicano alude a la voz averiguación como la acción y efecto de averiguar (del latín *ad, a* y *verificare*: de *verum*, verdadero y *facere*, hacer). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.⁴¹

Se añade en dicha obra además que, el vocablo es utilizado, en su forma más general y ordinaria, en referencia a la esfera procesal penal.

El artículo 1° del Código Federal de Procedimiento Penales, al establecer los distintos periodos del procedimiento penal, señala en su fracción I el de la averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden al ejercicio de la acción penal.

Esta etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa, por el Ministerio Público.

La fase de averiguación comprende la denuncia o querrela (que pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación, o en su caso el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de reserva, que solamente suspende la averiguación.

La averiguación tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del diligenciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

⁴¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Cuarta edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1991, P. 299

La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica.⁴²

En el Diccionario de Derecho Procesal Penal del autor Marco Antonio Díaz de León, se señala que por averiguación previa se entiende en nuestro derecho procesal penal, "... el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también, fase preprocesal, que tiene por objeto investigar los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal..."⁴³.

También se indica en dicha obra que para saber que es la averiguación previa, se debe acudir a desentrañar su naturaleza jurídica como ser ideal de la rama procesal penal. Para conocer cómo es su desarrollo y tramitación se le debe observar en sus partes, escindirlo en sus actos, con objeto de ver de cerca sus componentes como procedimiento, con esto advertimos que la averiguación previa, no obstante ser unidad conceptual del Derecho Procesal Penal, sirviendo a legitimar al representante social en la investigación del delito y en el legal ejercicio de la acción penal, en sí misma es una suma de actos y relaciones jurídicas constitutivas de un procedimiento especial, en el cual se sintetiza la facultad de procuración de justicia del Estado y la función investigatoria del delito a cargo del Ministerio Público.⁴⁴

⁴² Idem

⁴³ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2000, P. 255

⁴⁴ Ibidem. P. 256

b) Posturas Doctrinales

Con estas nociones coincide Chichimo Lima, para quien dentro del periodo de la averiguación previa se realizan diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver ejercitar la acción penal o no. Es el periodo de la preparación de la acción procesal (procedimental) penal, que abarca desde la denuncia o querrela hasta la consignación.⁴⁵

Para Osorio y Nieto el Artículo 21 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos.⁴⁶

El mismo autor respecto del concepto de averiguación previa menciona, como fase del procedimiento penal, que puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.⁴⁷

Además del apoyo de orden constitucional, disposiciones de ley secundaria, atribuyen la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público, el artículo 3º, fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público, en igual sentido los artículos 1 y 2E y 2 fracciones I y II de la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, confieren tal atribución al Ministerio Público.⁴⁸

En cambio, Hernández Pliego hace hincapié en que es importante destacar que el conocimiento, comprensión, manejo y explicación de este procedimiento

⁴⁵ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, Op. Cit. P. 41

⁴⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, sexta edición. Editorial Porrúa, México, 1992, P. 1

⁴⁷ Ibidem, P. 2

⁴⁸ Idem

penal y de las instituciones jurídicas con él vinculadas, que son múltiples, crean una serie de confusiones y ambigüedades en cuanto a su tratamiento legal, que derivan del hecho concerniente a que la averiguación previa no es creación de nuestra Constitución Política, sino de los códigos de procedimientos penales.⁴⁹

Agrega dicho autor que la Constitución no alude sino de paso, a la averiguación previa. Antes de ahora, se mencionaba en el artículo 19, pero actualmente (a partir de la reforma constitucional de 1993) sólo se menciona en el artículo 20, al señalar que las garantías establecidas para el propio inculpado en el proceso penal, en sus fracciones V, VII, y IX, también serán observadas en la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan y las de las fracciones I y II, no estarán sujetas a condición alguna.⁵⁰

Pero la Constitución no señala las bases para la regulación de la averiguación previa, para la determinación de su temporalidad, la determinación de la autoridad que habrá de presidirla, la forma en que debe concluirse y tantas otras cuestiones similares, que generan múltiples trastornos, al grado de dividir a la doctrina en posiciones irreductibles, respecto de algunos temas que son fundamentales en la materia, y crear un caos en cuanto a la interpretación jurisprudencial, que se mueve erráticamente.⁵¹

Además, dicho autor añade que, nuestra legislación adjetiva preconiza la existencia de diversos periodos o procedimientos penales, que permiten distinguir las dos grandes etapas en que se desenvuelve el procesamiento en general, a saber, el sumario o instructorio y el plenario o procedimiento principal.⁵²

En el primero, que identificamos en nuestro medio con la averiguación previa, la autoridad que la preside, prepara el ejercicio de la acción penal, y practicadas

⁴⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A, Op. cit. P. 85.

⁵⁰ Ibidem, P. 86

⁵¹ Idem

⁵² Idem

las diligencias correspondientes, concluye con la determinación acerca de si existen los requisitos mínimos para acudir al órgano jurisdiccional, solicitando su intervención con el fin de que en el caso concreto de que se trate, aplicando la ley determine sobre la existencia del delito y la responsabilidad de su autor y, en su caso, imponga las sanciones correspondientes.⁵³

Ya en el plenario, en cambio, se realizan los actos procesales característicos del llamado triángulo procesal (acusación, defensa y juzgamiento) iniciándose con el auto de radicación, para algunos con el auto de formal prisión y concluyendo con la sentencia definitiva.⁵⁴

Las leyes procesales no establecen una reglamentación acerca de los actos concretos que habrá de realizar el Ministerio Público en el manejo de la averiguación previa, tampoco hay una regulación en cuanto a la duración de este procedimiento penal, cuando no existe detenido, que representa el porcentaje mayoritario de los casos, por lo que creemos que deberá sujetarse a las reglas sobre la prescripción de la acción penal, y sólo hasta la reforma penal y procesal de 1993, al aclararse sin ambages los casos de flagrancia y caso urgente, queda establecido el deslinde siempre soslayado, del plazo de que dispone el Ministerio Público en la averiguación previa, cuando ésta se maneja sin detenido.

Sin embargo, la doctrina dominante establece que la averiguación previa se integra con los siguientes actos procedimentales: a) la denuncia; los requisitos de procedibilidad, entre los que se cuentan la querrela y algunos otros actos de significación procesal similar como la averiguación, la declaratoria de perjuicios y la declaración de procedencia, esta última, que, como veremos, podría quedar incluida en la autorización misma; c) la actividad investigatoria, y d) la resolución que dicte el Ministerio Público, que puede ser de consignación o ejercicio de la

⁵³ Idem

⁵⁴ Ibidem. P. 87.

acción Penal, no ejercicio de la acción penal o archivo; y reserva o archivo provisional, según sea el caso.⁵⁵

Por otra parte, la doctrina procesal penal no se pone de acuerdo acerca de si denuncia y acusación son términos sinónimos, o si una es la especie y la otra el género y hay además, quienes sostienen que la expresiones sinónimas son acusación y querrela, atribuyéndoles a ambas, igual connotación.⁵⁶

La denuncia, según el autor García Ramírez, constituye una participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente, sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio.⁵⁷

La denuncia, constituye la llamada noticia criminis, que es la forma mas usual por la que llega a conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación oficiosa, conoce y entonces se vuelve obligatoria.⁵⁸

La denuncia es definida por Colín Sánchez, citado éste por el maestro Barragán Salvatierra, como el medio informativo que es utilizado para hacer del conocimiento del Ministerio Publico lo que se sabe acerca del delito, ya que el propio portador de la noticia sea el afectado o bien que el ofendido o la víctima sea un tercero.⁵⁹

El maestro Barragán Salvatierra refiere que la denuncia es el acto donde una persona física pone en conocimiento del órgano investigador en forma oral o escrita, la realización de un probable hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido en su perjuicio o de un tercero, a fin de que esta autoridad tome

⁵⁵ Ibidem, P. 91

⁵⁶ Idem

⁵⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1989, P. 449

⁵⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A, Op. cit., P. 91

⁵⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 296

conocimiento de los hechos narrados a fin de que se inicie la averiguación previa y la preparación del ejercicio o de la acción penal o procesal penal.⁶⁰

Ahora bien, los requisitos de procesabilidad, son a decir de Hernández Pliego, aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse la averiguación previa o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar.⁶¹

Requisitos de procesabilidad son para el maestro Barragán Salvatierra, condiciones que legalmente deben satisfacerse para que se pueda proceder en contra de quien ha cometido un hecho delictuoso, y que sin que se dieran esta condiciones, el Ministerio Público al haber realizado la averiguación previa y haber ejercitado la acción penal, no sería factible el desarrollo normal del procedimiento.⁶²

Según el maestro Barragán Salvatierra, en el derecho mexicano los requisitos de procedibilidad son: la querrela, la excitativa y la autorización, además de la denuncia con sus características especiales.⁶³

Refiere dicho autor que la denuncia es un requisito de procedibilidad; ya que en términos del artículo 16 constitucional, para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal es necesario que exista denuncia, acusación o querrela, cualquier persona puede formular la denuncia, ya sea la víctima, el ofendido, o cualquier tercero como agentes de la policía judicial, de otra corporación o hasta el Ministerio Público, ya que para este último no existe impedimento para que la realice.⁶⁴

⁶⁰ Ibidem, P. 297

⁶¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 93

⁶² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. P. 304

⁶³ Idem

⁶⁴ Ibidem, P. 305

Respecto de la querrela, el autor Hernández Pliego pone de manifiesto que es también otra forma en que el Ministerio Público, se entera de la existencia de un posible delito, para proceder a su investigación.

Igual que la denuncia, la querrela constituye una narración de hechos probablemente constitutivos de delito, que se formula ante el Ministerio Público o, en su caso, ante la policía dependiente de él, de manera oral o escrita. La diferencia entre ambas estriba en que: 1) la querrela debe ser formulada precisamente por el ofendido por el delito o por su representante jurídico; 2) debe referirse a delitos perseguibles a instancia de parte; y, 3) debe contener la expresa manifestación de que se castigue al responsable del hecho delictivo.⁶⁵

Para Colín Sánchez es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido.⁶⁶

Según García Ramírez, la querrela es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquellos que sólo se pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad, formulada por el interesado ante la autoridad pertinente a efecto de que tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables.⁶⁷

Para el maestro Barragán Salvatierra, la excitativa, es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o contra sus agentes diplomáticos.⁶⁸

⁶⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A, Op. cit. P. 93

⁶⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 240

⁶⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Op. Cit. P. 453

⁶⁸ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 312

Señala el autor Colín Sánchez, que atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido para estos casos, que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga el delito.⁶⁹

El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no ésta previsto en el Código de Procedimiento penales en materia federal, pero en la práctica, el embajador o el agente del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal se avoque a la investigación y persecución de los hechos. También es factible que, a solicitud del interesado, sea la Secretaría de Relaciones Exteriores la que haga la excitativa ante la Procuraduría General de la República.⁷⁰

Respecto de la autorización, se admite como principio la igualdad de todos frente a la ley, que se estudia doctrinariamente, dentro del ámbito de validez personal de la ley procesal penal.⁷¹

Según el autor Hernández Pliego, las excepciones al principio enunciado, se analizan a través de la inviolabilidad y la inmunidad, ésta última llamada igualmente fuero.

Conforme a la primera, el favorecido con ella, queda sustraído a la aplicabilidad de la ley. Esto significa que inviolabilidad e impunidad, son términos equivalentes.⁷²

En lo que concierne a la inmunidad, implica un privilegio procesal para el favorecido con ella, porque impide temporalmente la aplicación de la ley, por el tiempo que subsista el impedimento, lo que significa, a diferencia de lo que sucede en la inviolabilidad en que se cancela de plano la aplicación de la ley, que su

⁶⁹ COLÍN SÁNCHEZ. Guillermo, Op. cit. P. 251

⁷⁰ Ibidem, P. 252

⁷¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 97

⁷² Ibidem, P. 98

beneficiario sólo estará eximido de la aplicación de ella, mientras dure el obstáculo relativo, que por su naturaleza es esencialmente transitorio.⁷³

Añade Hernández Pliego, que la autorización es precisamente el acto por el que se remueven legalmente las inmunidades.⁷⁴

Mientras que para Colín Sánchez, la autorización consiste en la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la prosecución de la acción penal.⁷⁵

A partir de la cualidad o situación especial del supuesto sujeto activo del delito, es necesario llenar este requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para proseguirla.⁷⁶

Ahora bien, respecto de los obstáculos procesales, como lo son la declaratoria de perjuicio y la declaración de procedencia, en concreto, respecto de la primera, se señalan como ejemplo los delitos derivados del Código Fiscal de la Federación, como es el contrabando, lavado de dinero, etc. Esta ley señala como requisito para ser perseguible, además de la querrela, la declaración que habrá de formular la autoridad hacendaria, en el sentido de que el fisco federal, con la conducta del infractor ha sufrido o bien ha podido sufrir un perjuicio, lo que de alguna forma no deja de ser un requisito de procedibilidad, o bien una condición objetiva de punibilidad, ya que por la falta de esta declaratoria el Ministerio Público debe suspender la averiguación previa o bien queda impedido hasta que se cumpla con este obstáculo procesal para poder ejercitar acción penal.⁷⁷

⁷³ Idem

⁷⁴ Ibidem, P. 102

⁷⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 252

⁷⁶ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 312

⁷⁷ Ibidem, P. 314

En opinión del maestro Barragán Salvatierra, la declaración de procedencia no deja de ser una especie dentro del requisito de procedibilidad de la autorización y consiste específicamente en el acto donde se le quitan los privilegios o inmunidades a los altos servidores públicos, a que alude el artículo 111 constitucional y, en su caso, si se pone al mismo a disposición de la autoridad correspondiente.⁷⁸

Esta declaratoria no tiene como objeto determinar si un servidor público es o no responsable de la comisión de un ilícito, sino exclusivamente si procede o no retirarle los privilegios o inmunidades a un funcionario. Esta autorización, que se encuentra dentro de el llamado fuero constitucional, queda en manos del Poder Legislativo, donde actúa la Cámara de Diputados como órgano de la acusación y el Senado como gran jurado.⁷⁹

Abunda en la idea antes expuesta, el autor Hernández Pliego, para quien el juicio de procedencia, solo tiene el efecto de determinar si se remueve o no la inmunidad o el privilegio procesal del favorecido, y si por ende, se le pone o no a disposición de la autoridad que proceda.⁸⁰

Por lo que hace a la autoridad investigatoria, una vez que el Ministerio Público recaba la denuncia correspondiente y, si fuere el caso, se encontraren cubiertos los requisitos de procedibilidad (queda claro que no todos los casos lo exigen) tendrá que realizar la investigación que procede, para determinar fundamentalmente, si en el caso están probados los elementos que integran el tipo penal del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del inculpado. Esto es lo que constituye la actividad investigatoria del Ministerio Público que, a no dudarlo, es la parte toral de la averiguación previa.

⁷⁸ Idem

⁷⁹ Idem

⁸⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO A, Op. cit. P. 103

En opinión del autor antes citado, la doctrina procesal mexicana, en términos generales, está de acuerdo en que la averiguación previa puede concluirse por el Ministerio Público en cualquiera de estas determinaciones: a) Consignación o ejercicio de la acción penal; b) No ejercicio de la acción penal o archivo; y c) Reserva o archivo provisional.⁸¹

Para el mismo Hernández Pliego, la consignación no termina con la averiguación previa, pues cuando esto ocurre se deja abierto el triplicado de la averiguación para seguir actuando en indagación del delito o de algunos otros probables responsables de él. Lo mismo sucede respecto de la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal o de archivo ya que por provenir de un órgano del ejecutivo, como lo es el Ministerio Público, no alcanza jamás el rango de cosa juzgada. Otro tanto sucede respecto de la determinación de reserva, dado que constituye solamente un archivo provisional del expediente en que se actúa, cuyo efecto es posponer el trámite de la misma, hasta que desaparezca el obstáculo que impide momentáneamente su prosecución.⁸²

Para el autor Colín Sánchez, la consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial.

Al llevarse a cabo el ejercicio de la acción penal, hasta antes en preparación, se inician los actos de persecución del delito; de este modo, los actos de acusación darán margen a los actos de defensa y a los de decisión.⁸³

En la consignación sin detenido, según Hernández Pliego, se debe establecer la diferencia entre orden de aprehensión y orden de comparecencia. El Ministerio Público puede ejercer la acción penal sin detenido, que constituye el tipo de

⁸¹ Ibidem. P. 106

⁸² Cfr. Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. P. 106

⁸³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 261

consignación más frecuente, porque, la consignación con detenido solamente procederá en dos casos: cuando el indiciado esté privado de la libertad por orden del Ministerio Público, por tratarse de un caso de flagrancia, o bien cuando se esté frente a un caso urgente.⁸⁴

Tratándose de una consignación sin detenido, legalmente el Ministerio Público una vez practicada la averiguación previa, deberá hacer una valoración del material probatorio que recabe en dicho procedimiento penal, a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, determinar si están satisfechos los requisitos, que doctrinariamente se conocen como los presupuestos generales de la acción penal, único caso en el que está legitimado para consignar ante el juez, en ejercicio de la acción penal.⁸⁵

Estos presupuestos cuya satisfacción procurará el Ministerio Público, son: 1) La existencia de una denuncia, acusación o querrela; 2) que dicha denuncia, acusación o querrela, se refiere a hechos que la ley señale como delitos; 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley cuando menos pena privativa de la libertad; 4) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y 5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.⁸⁶

A decir de Hernández Pliego, la consignación con detenido la realiza el Ministerio Público cuando satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se esté en presencia de flagrante delito (en los que se incluye los cometidos en cuasiflagrancia, al igual que a la que denominaremos flagrancia por equiparación) o bien tratándose de caso urgente.⁸⁷

Las detenciones en flagrancia y por caso urgente, constituyen excepciones al principio general, conforme al cual procede la privación de la libertad de los

⁸⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 110.

⁸⁵ Ibidem. P. 111

⁸⁶ Idem

⁸⁷ Ibidem. P. 112

gobernados, en virtud de orden escrita de la autoridad judicial, en la que se funde y motive la causa legal del procedimiento, según se consigna en el párrafo primero del artículo 16 Constitucional.⁸⁸

Según Hernández Pliego, la flagrancia no es definida, ni sería indicado que lo hiciera, dice el Doctor Sergio García Ramírez, porque la Constitución no es el lugar para dar connotaciones terminológicas. Nuestros Códigos de procedimientos penales (artículos 193 del Código Federal de Procedimiento Penales y 267 del Distrito Federal, estiman, en cambio, que existe delito flagrante en estos casos. En el orden Federal: I. Cuando el indiciado es detenido en el momento mismo de la comisión del delito (flagrancia propiamente dicha), y II, cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso (casos de cuasiflagrancia): 1) Aquel es perseguido materialmente, o 2) Alguien lo señala como responsable y en este caso, además: a) Se le encuentre en poder del objeto o instrumento del delito, o b) Se encuentren huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en el delito.⁸⁹

En el orden común se entiende que existe delito flagrante (flagrancia propiamente dicha): Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o II) Cuando el inculcado es perseguido materialmente después de haber ejecutado el delito.⁹⁰

Una reciente reforma al artículo 267 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, establece la llamada flagrancia por equiparación que existirá:

I) Cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con ella en la comisión del delito, o II) Cuando se encuentre en su poder el objeto, instrumento o

⁸⁸ Ibidem, P. 115

⁸⁹ Ibidem, P. 116

⁹⁰ Idem

producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde la comisión de los hechos delictivos, se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.⁹²

En estos casos, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o alternativa.⁹³

Habrá caso urgente (artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código del Distrito Federal) y el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención, bajo su responsabilidad, fundando y expresando los indicios que acrediten, que el indiciado haya intervenido en la comisión de un delito catalogado como grave, que exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, y que por la hora, lugar o cualquiera otra circunstancia, no pueda ocurrir el Ministerio Público a la autoridad judicial, para solicitar la orden de aprehensión.⁹⁴

De esta suerte, la averiguación previa con detenido, ahora durará como máximo cuarenta y ocho horas salvo el caso de que se trate de delincuencia organizada, así establecida por la ley, pues en tal supuesto podrá prolongarse la detención y por ende la investigación, por otras cuarenta y ocho horas más.⁹⁵

⁹² Idem

⁹³ Ibidem, P. 117

⁹⁴ Cfr. Hernández Pliego, Julio A. Op. cit. PP. 117-119

⁹⁵ Ibidem, P. 120

Acorde con lo asentado por el autor Barragán Salvatierra, el Ministerio Público desarrolla dos tipos de actividades, por una parte despliega una labor investigadora y por la otra ejercita la acción penal ante el juez de la causa remitiéndole el original de esa averiguación previa; en la labor investigadora el Ministerio Público actúa como verdadera autoridad, de naturaleza administrativa, debido a que todas las actuaciones que se realizan son bajo sus órdenes y él mismo es quien debe realizarlas como son la declaración del indiciado, la rendición de testimonios, periciales, inspecciones, etc., en el entendido de que las diligencias deben estar ajustadas a los siguientes principios:

Obligatoriedad: el Ministerio Público, cuando tiene conocimiento de un probable hecho delictuoso, por medio de la denuncia o querrela denominados requisitos de procedibilidad, está obligado a intervenir en la investigación de los hechos.

Oficiosidad: el Ministerio Público para realizar su labor investigadora no necesita esperar a que se lo soliciten, querellante, ofendido o inculpado.

Legalidad: el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece este principio al señalar que las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial tendrán valor probatorio pleno siempre que se ajusten a las normas privativas de este Código.⁹⁶

c) Consideraciones personales.

Dicha fase procedimental preliminar, constituye la primera etapa procedimental, la cual es tramitada en sede administrativa por el Ministerio Público una vez conocida la noticia criminis por medio de denuncia o querrela de la parte ofendida. Conforme a la ley la querrela de parte sólo se requiere para la persecución de ciertos delitos pero la regla es la incoación de oficio.

⁹⁶ BARRAGÁN SALVATIERRA. Op. cit. P. 286

Luego que dicho representante social estima se encuentran acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, ejercita la acción penal correspondiente, una vez cubiertos los requisitos de procedibilidad o salvados los obstáculos, de ser el caso, consignando los hechos ante el juez.

2.2 Preinstrucción o preproceso.

a) Posturas doctrinales.

En la preinstrucción se llevan a cabo algunas actuaciones, según refiere Chichimo Lima, para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable, y a la probable responsabilidad del inculpado, o bien, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

Es donde se realiza la averiguación judicial. Se trata de un periodo de preparación del proceso que va del auto de radicación, al auto de formal prisión, o en su caso al de sujeción a proceso, o al de libertad por falta de elementos para procesar.⁹⁷

Para diversos tratadistas, el proceso penal se inicia desde el momento en que el Ministerio Público ocurre ante el juez ejercitando la acción penal y el juez responde a esta, avocándose al conocimiento del caso, al pronunciar el auto de radicación y concluye con la sentencia que termina la instancia. El proceso, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se inicia a partir del auto de formal prisión; es decir, con posteridad al ejercicio de la acción penal.

Dicha interpretación se funda en los dispuestos por el artículo 19 Constitucional, "todo proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos en el auto de formal prisión señalados"; de suerte que las diligencias practicadas

⁹⁷ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio. Op. cit. P. 41

desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión, forman parte del procedimiento, pero no del proceso.

En el fuero federal se establece en el artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Penales, que los procedimientos constitutivos de el proceso penal federal son los siguientes: El de preinstrucción, instrucción, primera instancia; segunda instancia ante el tribunal de apelación; y en el fuero común el proceso se inicia con el auto de formal prisión; y en el fuero común el proceso se inicia con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso en su caso.

Según el autor Hernández Pliego, los principales, aunque no los únicos actos procesales que integran este procedimiento penal, son el auto de radicación; la declaración preparatoria; una dilación probatoria y la llamada resolución de término constitucional, que puede ser cualquiera de estas: el auto de formal prisión, el de sujeción a proceso o bien el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Los problemas empiezan para dicho autor, cuando parte de la doctrina sostiene que el proceso penal no se inicia con la preinstrucción, sino al concluir ésta, con el dictado del auto de forma prisión o de sujeción a proceso, ya que antes, las actividades que se realizan no están encaminadas directamente como si lo están las del proceso a proveer sobre las consecuencias que la ley fija (sanciones o no sanciones), para la preservación del orden social.⁹⁸

Auto de radicación, para el autor Barragán Salvatierra, es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción y con ésta se manifiesta claramente el inicio de la relación procesal, tanto el Ministerio Público como el acusado quedan sujetos a partir de ese momento a la jurisdicción de tribunal determinado. A este

⁹⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. Cit. P. 140

auto también se le denomina auto de inicio o auto de incoación (apertura o iniciación de un procedimiento judicial).⁹⁹

Esta resolución debe contener los siguientes requisitos: fecha y hora en que se recibió la consignación, la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes tanto al superior como al Ministerio Público adscrito a fin de que intervenga conforme a sus atribuciones y la orden para practicar las diligencias señaladas por la Constitución y códigos de procedimientos penales si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar el juez que se hagan constar sólo los datos primeramente citados para que, previo estudio, determine dar la orden de aprehensión o negarla.¹⁰⁰

Para el autor Hernández Pliego, los efectos de dicho auto son el de iniciar el procedimiento penal de instrucción, fijar la jurisdicción del juez, vincular a las partes con el juez y a partir de ese auto el Ministerio Público perderá su carácter de autoridad, para convertirse sólo en una parte procesal.¹⁰¹

Para Colín Sánchez, los efectos jurídicos del auto mencionado dependerán de la forma en que se haya dado la consignación (sin detenido o con él).¹⁰²

En la primera hipótesis, al dictar el auto de radicación, el juez tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal, o si por el contrario, se sancionan con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional, procederá la orden de aprehensión; en el segundo, el libramiento de la cita, comparecencia u orden de presentación, para lograr la presencia del sujeto ante el juez.¹⁰³

⁹⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. Cit. P. 317

¹⁰⁰ Idem

¹⁰¹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 142

¹⁰² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. P. 266

¹⁰³ Idem

En la segunda hipótesis, se tomaraá en cuenta lo preceptuado en el artículo 19 Constitucional, que a la letra dice: "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: El delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."¹⁰⁴

En tratándose del supuesto de consignación sin detenido, el pedimento que realice el Ministerio Público investigador en el pliego respectivo, serán en el sentido, de con el cúmulo de constancias que integran la averiguación previa, se libre la orden de aprehensión o de comparecencia, según sea el caso.

Desde un enfoque dogmático, señala el maestro Barragán Salvatierra, la orden de aprehensión es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso.

Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad que lo requiera, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.¹⁰⁵

Para que el juez pueda librar orden de aprehensión, se requiere a) que el Ministerio Público la haya solicitado; b) que se reúnan los requisitos del artículo 16 Constitucional.¹⁰⁶

En los casos que no proceda la aprehensión, ya sea porque el consignado se encuentre en goce de su libertad provisional concedida por el Ministerio Público o

¹⁰⁴ Idem

¹⁰⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. P. 319

¹⁰⁶ Idem

bien el delito por el cual se consigna no lo amerite, a petición del Ministerio Público, el juez librará orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que estén acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.¹⁰⁷

Dentro de las 48 horas contadas a partir de que el indiciado ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción se procederá a tomarle su declaración preparatoria; la misma se rendirá en forma oral o escrita, por el inculpado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera. El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere el juzgador que practique la diligencia las redactará con la mayor exactitud posible.¹⁰⁸

Desde el punto de vista de Colín Sánchez, si la declaración preparatoria es una garantía, para que tenga plena vigencia, deberá tomarse, tan pronto como principie a transcurrir el término, no al estar por vencerse, basándose para ello en el significado de la palabra "durante", pues de ser así, se colocaría al procesado en estado de indefensión.¹⁰⁹

Para el maestro Barragán Salvatierra, en términos del artículo 19 constitucional, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de resolver la situación jurídica del indiciado dentro del término de 72 horas a partir del momento en que fue puesto a disposición del primero, ya sea por haberse ejercitado la acción penal con detenido o que el juez haya librado orden de aprehensión en contra del indiciado y, una vez cumplimentada ésta, se haga la puesta a disposición.

De conformidad con las últimas reformas del precepto citado, el término de 72 horas puede ampliarse por otro término igual a exclusiva petición del inculpado y

¹⁰⁷ Idem

¹⁰⁸ Ibidem, p. 323

¹⁰⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 272

su defensor, con el fin de que éste pueda ofrecer pruebas para lograr su libertad, en términos de las leyes adjetivas.¹¹⁰

La resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional dentro del término constitucional debe ser de formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos para procesar; en los dos primeros se debe establecer el delito o delitos por los cuales se va a seguir el proceso al ahora ya procesado y el tipo de proceso, esto es, sumario u ordinario.¹¹¹

Por último, es importante señalar que el juez tiene facultades al dictar el auto de término constitucional de reclasificar el delito por el que ejerció la acción penal o consignó al Ministerio Público, siendo la única oportunidad que tiene para ello.¹¹²

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión, es precisamente, según afirma el maestro Barragán Salvatierra, de que el sujeto al quedar sometido a la jurisdicción del juez, justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto, precisa el delito por el que se le debe seguir el proceso, pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la segunda fase de la misma.¹¹³

En opinión del maestro Barragán Salvatierra, auto de formal prisión con sujeción a proceso, es la resolución dictada por el juez, en la cual se trate de delitos sancionados con pena no privativa de libertad, alternativa o disyuntiva, previa comprobación de los elementos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del indiciado, fijándose la base del proceso que debe seguirse.¹¹⁴

¹¹⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. PP. 347 y 348

¹¹¹ Idem

¹¹² Idem

¹¹³ Ibidem, P. 350

¹¹⁴ Ibidem, P. 352

Auto de libertad por falta de elementos para procesar, también llamado libertad por falta de méritos, es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de 72 horas y en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista el segundo.¹¹⁵

a) Consideraciones personales.

A nuestro parecer, la preinstrucción constituye la fase procedimental propiamente judicial, que permite al titular de dicho órgano en preparación de lo que será ya el proceso, realizar diversas actuaciones tendientes a determinar los hechos materia del proceso y la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable.

2.3 Instrucción

a) Significación gramatical.

En derecho penal, es el conjunto de actos y medidas reglamentados por la ley, tendientes a la búsqueda y reunión de pruebas relativas a la existencia de las infracciones y culpabilidad de sus autores.

Esta etapa acentúa su diferenciación en aquellos regímenes que dividen el proceso penal de primera instancia entre juez de instrucción y juez de sentencia (periodo instructorio y periodo plenario).

En los regímenes de juicio penal oral (con jurados o tribunales colegiados), se designa instrucción previa el procedimiento que tiene por objeto investigar si

¹¹⁵ Idem

existen cargos suficientes contra uno o varios individuos para fundar su procesamiento.¹¹⁶

El nuevo Diccionario Jurídico Mexicano señala que por instrucción se entiende, parte del procedimiento penal que tiene por objeto ordenar los debates, sin cuya preparación resultará estéril y confuso un proceso. Realización del fin específico del proceso que lleva al conocimiento de la verdad legal y sirve de apoyo a la sentencia.¹¹⁷

b) Conceptos doctrinales

Para Chichimo Lima, ésta abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales, cuyo fin es averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal del inculcado. Incluye el periodo de proceso que consta de las siguientes etapas: a) Instrucción: Que va del auto de formal prisión o sujeción a proceso, al auto que declara agotada la instrucción; b) Periodo preparatorio del juicio: Que contempla desde el auto que declara agotada la instrucción hasta el auto de cierre de instrucción; c) Preparación del juicio, que nace con la presentación de conclusiones del Ministerio Público y de la defensa del procesado; d) Debate, discusión o audiencia que implica el auto que cita para audiencia de vista, el periodo de presentación de conclusiones del Ministerio Público y de la defensa del procesado; e) La decisión, fallo, juicio o sentencia: Que comprende desde que se declara visto el proceso hasta la sentencia.¹¹⁸

Según Hernández Pliego, instruir, en el sentido en que se emplea procesalmente, quiere decir ilustrar al juez, enseñarle con sujeción a las reglas

¹¹⁶ GARRONE, José Alberto, Diccionario jurídico, Tomo II, Primera edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1986, P. 324

¹¹⁷ Nuevo Diccionario Jurídico, Op. cit. P. 1760

¹¹⁸ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, Op. cit. P. 42

procesales, las pruebas con base en las que habrá de realizarse el juzgamiento del inculgado.¹¹⁹

Agrega el autor en mención que, precisamente en la instrucción, se ofrecerán las pruebas, se admitirán por el órgano jurisdiccional y se procederá a su desahogo en el proceso, pudiendo realizarse esa actividad en un tiempo breve o en un mayor, según se tramite el juicio de manera sumaria u ordinaria.

Con el auto que declara el cierre de instrucción, propiamente se inicia el siguiente procedimiento penal que es el de primera instancia.

En este procedimiento penal, el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el juez, quien valora las pruebas y pronuncia el fallo definitivo.

Consecuentemente, los actos procesales que integran el procedimiento penal de primera instancia, serán: a) El auto que ordena cerrar la instrucción; b) La conclusiones; c) La audiencia de vista; y d) La sentencia.¹²⁰

A decir de Julio Acero, las resoluciones o las medidas que se tomen durante la instrucción, son por su naturaleza, provisionales, transitorias, revocables y aunque algunas revistan apariencia secundariamente decisoria no tienen en general fuerza definitiva y sólo sirven para producir de momento los efectos precautorios para que fueron dictados, motivo por el cual concluye Julio Acero, el considerar que la instrucción tiene carácter informativo general. En relación al tema que nos ocupa, el mismo autor considera que esta fase debe terminar antes de un plazo más o menos corto (Artículo 20 de la Constitución).¹²¹

¹¹⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., Op. cit, P. 165

¹²⁰ Idem

¹²¹ ACERO, Julio, Op. cit, PP. 85-86

Para Barragán Salvatierra, la instrucción se inicia a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se refiere a la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas en el proceso penal, en el Código Federal de Procedimientos Penales queda claro el inicio de la misma, no así en el Distrito Federal donde puede desprenderse que comprende dos etapas, la primera de ellas, la de preinstrucción o preproceso y la segunda, a partir del auto de término constitucional de formal prisión o de sujeción a proceso.

Esta etapa procedimental termina con el auto que declara cerrada la instrucción y da paso al juicio, que se inicia con la vista a las partes para que rindan sus conclusiones, e inicia siempre por las del Ministerio Público como parte acusadora.¹²²

Según Londoño, el juez debe reflexionar concienzudamente con respecto a la privación de la libertad de un sindicado, es en el momento de resolverle la situación jurídica. Es aquí cuando se debiera tener la mayor cautela sobre la decisión que se debe tomar, por cuanto ese breve tiempo de detención transcurrido hasta ese instante, quizás no ha alcanzado a tener serias y graves repercusiones en la vida del acusado, como serán los traumatismo económico, la pérdida de su empleo, el perjuicio en sus negocios, su desprestigio ante la sociedad, el impacto moral en toda la familia. Hasta ese momento probablemente la unidad familiar todavía estaba intacta; aún no ha transcurrido el tiempo laboral que le haría perder el oficio que tiene en la empresa privada o pública; las economías familiares todavía alcanzan para proveer a los gastos más urgentes, y el ritmo normal de sus negocios no ha sufrido aún ninguna alteración sensible, por todo lo cual esa breve detención podría no significar un serio impacto al reingresar en estado de libertad al seno familiar, a la sociedad y a sus actividades de todo orden. Además Londoño apunta, que por haber sido tan corta aquella privación de la libertad, es posible que socialmente fuese inadvertida, en cuyo caso podría librarse del entredicho y las sospechas que generalmente la opinión pública sigue

¹²² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. PP. 314-315

adjudicándole al excarcelado. Es un estigma que muchas veces dura y atormenta el resto de su existencia.¹²³

c) Consideraciones personales.

Desde nuestro punto de vista el periodo denominado instrucción, corresponde desde el auto de término constitucional que fija el objeto del proceso, hasta el auto que declara cerrada la instrucción. La etapa de la instrucción tiene por objeto, sobre todo, suministrar al juzgador las pruebas necesarias para que pueda emitir la resolución de fondo.

2.4 Juicio.

a) Significado gramatical.

El Diccionario Jurídico Mexicano, menciona respecto del concepto juicio que proviene del latín *iudicium*, acto de decir o mostrar el derecho.

En términos generales, la expresión juicio tiene dos grandes significados en el derecho procesal. En sentido amplio, se le utiliza como sinónimo de proceso y, más específicamente como sinónimo de procedimiento o secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso. En general –afirma Alcalá Zamora-, en el derecho procesal hispánico, juicio es sinónimo de procedimiento para sustanciar una determinada categoría de litigios. Entonces, juicio significa lo mismo que proceso jurisdiccional.

En este sentido se habla de juicios ordinarios y especiales, juicios sumarios, juicios universales, juicios mercantiles, etc.

¹²³ LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. Derecho Procesal Penal, Editorial Temis S.C.A., Colombia, 1982, P.41

En un sentido más restringido, también se emplea la palabra juicio para designar solo una etapa del proceso –la llamada precisamente de juicio- y a un solo un acto: la sentencia. De acuerdo con la división por etapas procesales establecida por el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales para el proceso penal mexicano, la llamada etapa de juicio comprende, por un lado, la formulación de conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, y, por otro, la emisión de la sentencia del juzgador.¹²⁴

a) Conceptos doctrinales.

Menciona en su obra el maestro Barragán Salvatierra que, una vez que el órgano jurisdiccional dicta el auto de término constitucional en el sentido de formal prisión o sujeción a proceso, de inmediato se inicia la instrucción, que es el ofrecimiento y desahogo de pruebas, teniendo en su caso varios periodos para ello, en especial en los procesos ordinarios. Una vez que el juez dicta el auto que declara cerrada la instrucción, se inicia el periodo de juicio y como consecuencia pone a la vista de las partes el proceso para que rindan sus conclusiones empezando siempre con las del Ministerio Público, puesto que si no existiera acusación, el proceso se sobreseería. Posteriormente se dará vista a la defensa por el término señalado en las leyes de la materia, culminando con la audiencia de vista de sentencia.¹²⁵

Añade el autor referido, que el Ministerio Público, al rendir sus conclusiones acusatorias, no obstante la polémica que existe al respecto, puede reclasificar la conducta por la que se siguió el proceso, por un tipo diverso, aclarándose que debe ser siempre la misma conducta por la que se procesó y que la Ley de Amparo considera que en este caso no hay violación procedimental y por tanto es improcedente la interposición de un amparo.¹²⁶

¹²⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Segunda edición, UNAM- Porrúa, México, 1988. P. 1848

¹²⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. P. 447

¹²⁶ Idem

Sostiene Mittermaier, que la inteligencia humana, para llegar al a posesión de la verdad, o sea al conocimiento exacto de las cosas, realiza un multiplicidad de operaciones, mediante las cuales el hombre presenta a su conciencia el postulado que la razón le ofrece como cierto. La resultancia de esta labor intelectual, en la que por medio necesario concurre la comparación entre diversos términos, es el juicio, función la más elevada de la inteligencia humana, y que revela de modo elocuente algo así como los destellos de la divinidad sobre el ser finito y limitado.

La duda, la probabilidad y la certeza: he aquí los diversos estados en que se nos presenta ese trabajo misterioso del espíritu; y no es poco frecuente ver surgir el error con sus fatales consecuencias, desviando por ello a la inteligencia de su último fin, que es la posesión de la verdad, aspiración suprema del entendimiento humano.¹²⁷

Conforme a la opinión de Colín Sánchez, juicio (*iudicio*) se refiere a la capacidad o al hecho de discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal, que es la tarea realizada por el juez en la sentencia. Agrega dicho autor, que desde el punto de vista de la lógica, es un proceso racional, a través del cual, por medio de un enlace de conceptos se llega a una conclusión.¹²⁸

En relación al tema que nos ocupa, Hernández Pliego refiere que concluido el procedimiento penal de instrucción, en el que se ofrecen y desahogan todas las pruebas de las partes y las ordenadas por el juez, en relación con el delito, sus circunstancias de comisión y las características del inculpado así como su responsabilidad o irresponsabilidad penal, se inicia lo que la doctrina denomina el periodo de juicio y el Código Federal de Procedimientos Penales llama procedimiento penal de primera instancia. En el juicio ordinario, el procedimiento penal de primera instancia, se integra, por estos actos procesales: a) El auto que

¹²⁷ MITTERMAIER, C. J. A., Tratado de la prueba en material criminal. Quinta edición, Editorial Hijos de Reus editores, España. P. 453

¹²⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. P. 416

ordena cerrar la instrucción; b) Las conclusiones del Ministerio Público y las de la defensa; c) La vista o audiencia final del juicio, y d) la sentencia.¹²⁹

Para el autor Sergio García Ramírez, el juicio constituye la última fase del proceso en primera instancia, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que éste prosiga su curso al través de la segunda instancia, abierta por medio de la impugnación.¹³⁰

Para el autor González Bustamante, el juicio comprende actos de acusación, actos de defensa y actos de decisión. Aquellos corresponden al Ministerio Público como titular que es de la acción penal. A la defensa incumbe impugnar los términos de la inculpación, llevando al ánimo del tribunal la improcedencia en aceptarlos. En cuanto al juez le compete exclusivamente la misión de juzgar.¹³¹

c) Consideraciones personales.

Esta etapa del proceso se inicia a partir del momento en que el juez dicta el auto que declara cerrada la instrucción y comprende el momento en que los autos son puestos a la vista de las partes, Ministerio Público y defensa en forma sucesiva y, concluye con la audiencia de vista de sentencia.

2.5 Sentencia.

a) Significación gramatical

En el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, se plasma el siguiente significado de la voz sentencia: Del latín, *sententia*, máxima, pensamiento corto, decisión. Es

¹²⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 238

¹³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Op. cit. P. 555

¹³¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. cit. P. 215

la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.¹³²

Por otra parte, en el Diccionario de Derecho Procesal Penal, se pone de manifiesto que, el instrumento jurídico en que se plasma el poder soberano y en el que se resume la decisión jurisdiccional, en la solución de un litigio o conflicto de intereses, es la sentencia.¹³³

b) Posturas doctrinales

El autor Cipriano Gómez Lara, en cuanto al asunto que nos ocupa, menciona que la sentencia además de poner fin al proceso, entra al fondo del asunto y resuelve la controversia mediante la aplicación de la ley general al caso concreto, entonces se habrá producido una sentencia en sentido Material.

Según dicho autor los requisitos sustanciales de toda sentencia, los cuales toda sentencia deben poseer, son: Congruencia, motivación y exhaustividad.

La congruencia debe entenderse como una correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal.

La motivación de la sentencia consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución.

La exhaustividad, según Cipriano Gómez Lara, no es sino una consecuencia de las anteriores ya citadas. Así, una sentencia es exhaustiva en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna.¹³⁴

¹³² Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit, P. 3448.

¹³³ Diccionario de Derecho Procesal Penal, Marco Antonio Día de León, Op. cit, P. 2502.

¹³⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit, PP. 295-296.

Mientras, para Chichimo Lima, el significado de la noción sentencia lo constituye la resolución judicial que pone fin a un proceso o juicio en una instancia o en un recurso extraordinario.¹³⁵

Para el autor Colín Sánchez, sentencia, del latín *sententia*, significa dictamen o parecer; por eso generalmente se dice, la sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa. También se afirma que viene del vocablo *sentiendo*, porque el juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

Dicho autor abunda en el tema, cuando expresa que la sentencia penal es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia.¹³⁶

La calificamos como resolución judicial, porque el juez a través de ésta, resuelve por mandato legal el fondo del proceso sometido a su conocimiento. No es como las demás determinaciones emitidas durante la secuela procesal; en ella la jurisdicción alcanza su máxima expresión; se vuelca plenamente en cuanto al objeto y fines para los cuales fue concebida. Es el acto procesal más trascendente; en él se individualiza el derecho, estableciendo si la conducta o hecho se adecua a uno o más preceptos legales determinados, para así, mediante el concurso de la verdad histórica y el estudio de la personalidad del delincuente, declara: La culpabilidad del acusado, la procedencia de la sanción, de la medida de seguridad, o, por el contrario, la inexistencia del delito o, que, habiéndose cometido, no se demostró la culpabilidad del acusado: Situaciones que definen la pretensión punitiva estatal y producen como consecuencia la terminación de la instancia.¹³⁷

¹³⁵ CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, Op. cit, P. 452.

¹³⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 436.

¹³⁷ Idem

A decir del citado autor, todo se concentra en un silogismo, por medio del cual, de dos premisas anteriores se llega a una conclusión; es decir, la premisa mayor está constituida por la hipótesis prevista en forma abstracta por la ley, la premisa menor, por los hechos materia del proceso y la conclusión, es la parte resolutive.¹³⁸

Acerca de la naturaleza jurídica de la sentencia, el autor Hernández Pliego, señala que formalmente es un documento.

Sin embargo, no puede negarse que la sentencia es también un acto procesal a cargo del juez, que podríamos válidamente calificar como el acto procesal por excelencia, que pone fin a la instancia, dirimiendo a través de la aplicación de la ley, el conflicto de intereses sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional, para así preservar el orden social.

La sentencia puede entenderse propiamente como un documento en el que se plasma la resolución judicial que finaliza la instancia, decidiendo el fondo de las cuestiones planteadas en el litigio.¹³⁹

De acuerdo a nuestra legislación adjetiva, las sentencias pueden clasificarse en condenatorias, declarativas y absolutorias.

Hay sentencia condenatoria, cuando se comprueban los elementos del tipo penal y la responsabilidad del sentenciado imponiéndole, como consecuencia, una pena o medida de seguridad, sin perder de vista que conforme el artículo 21 Constitucional, la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

¹³⁸ *Ibidem*, P. 437.

¹³⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 254

Las sentencias declarativas, no imponen pena alguna al reo, limitándose tan sólo a declarar la culpabilidad para que el juez sea quien señale la sanción aplicable.

Las absolutorias proceden en cualquiera de estos casos: a) Cuando exista insuficiencia de prueba respecto de los elementos integrantes del tipo; b) Si está indemostrada la responsabilidad penal plena del acusado; c) Cuando se haya acreditado colmadamente alguna causa que excluya el delito; d) Ante la probada existencia de alguna circunstancia extintiva de la acción penal, y e) Finalmente, en caso de duda. Esta se presenta, frente a la existencia de igual número y calidad de pruebas de cargo y de descargo.¹⁴⁰

Respecto a este último aspecto, Londoño manifiesta que, para condenar, el Juez necesita tener la plena certeza, mientras que para absolver le basta estar en estado de duda sobre si es culpable o inocente. Este principio se aplica a diversas situaciones de hecho, pero no en cuanto a la interpretación en derecho, porque el juez ha de aplicar la norma jurídica que corresponda. Se lo ha considerado respecto a la existencia del hecho probablemente delictuoso y de la intervención del imputado, como asimismo referido a la concurrencia de causales de inimputabilidad o de justificación y a otros aspectos fácticos.¹⁴¹

La consecuencia más importante a la que conduce la absolución, según refiere Hernández Pliego es la absoluta e inmediata libertad del procesado.

También pueden clasificarse las sentencias en definitivas y firmes. Definitivas son las que resuelven, definen el asunto principal controvertido, y los accesorios, condenando o absolviendo al acusado y finalizando así la instancia.

¹⁴⁰ Idem

¹⁴¹ LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, Op. cit. P. 67.

En cambio, las sentencias firmes, ejecutorias, poseen autoridad de cosa juzgada, res iudicata, es decir, son aquéllas que fueron consentidas por las partes, o bien contra las que no concede la ley ningún recurso ordinario o, por último, las sentencias dictadas en segunda instancia.¹⁴²

Cipriano Gómez Lara, citado por Hernández Pliego, indica los requisitos formales del fallo: a) El preámbulo; b) Los resultandos; c) Los considerandos y d) Los puntos resolutivos.

En el preámbulo, se fijarán, entre otros, los datos que identifiquen el asunto, lugar y fecha en que se dicte la resolución, número del expediente, quien la emite, nombres y apellidos del inculpado, sobrenombre si lo tuviere, lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, residencia o domicilio entre otros, que junto con la ficha señalética, los estudios médicos y psicológicos que se le practiquen y las circunstancias de ejecución del delito, permitirán conocer la personalidad del sentenciado, como dato significativo, aunque no único, para individualizar la pena correspondiente.

Los resultados del fallo serán un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos, evitando la reproducción innecesaria de constancias.

La parte total de la resolución, está constituida sin duda, por los considerandos en los que la autoridad jurisdiccional partiendo de la litis que plantearon las partes, formula las argumentaciones adecuadas con base en el material probatorio recabado, para dilucidar la controversia a la luz de las disposiciones legales aplicables, en acatamiento al artículo 16 Constitucional, puesto que debe fundarse y motivarse la causa legal del procedimiento, en relación con todo acto de autoridad que implique una molestia para el gobernado.

¹⁴² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit, P. 256.

Los puntos resolutive de la sentencia, constituyen la parte con la que concluye y en ellos, de manera breve y clara, se establecen las conclusiones a las que llegó el juzgador y con las que dirimió el conflicto de intereses sometido a su conocimiento.¹⁴³

Una de las funciones más trascendentes del órgano jurisdiccional es, sin duda, la de individualizar la pena aplicable al condenado, es decir, hacer vigente en una persona física, la consecuencia más importante del delito. Para ello cuenta el juez con lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como el arbitrio judicial, que es la potestad del juez para señalar, dentro del mínimo y el máximo la pena establecida por la norma, las que corresponde individualmente al sentenciado.

Antes de las reformas de 1993, introducidas a nuestros códigos de procedimientos penales, la individualización judicial de la pena, tenía como inspiración fundamental las ideas positivistas acerca de la peligrosidad del delincuente.¹⁴⁴

En efecto, se apuntaba que la determinación del cuántum de la sanción, estaba en relación directa del grado de peligrosidad advertido por el juez en el infractor, de manera que mientras mayor fuera ésta, la pena a imponer se movería hacia el máximo señalado en la ley.

El complemento de las ideas anteriores, era que la peligrosidad se traducía en la mayor o menor proclividad del sentenciado a delinquir.

La actual reforma procesal, se inclina antes que por el derecho penal de autor, por el derecho penal de acto en donde ha de castigarse al delincuente no tanto por lo que es, por la actividad a la que se dedique, por el pasado que posea

¹⁴³ Idem

¹⁴⁴ Idem

o por sus inclinaciones, sino por los actos que constituyen su conducta y que permiten conocer su grado de culpabilidad en la comisión del delito.¹⁴⁵

c) Consideraciones personales

Sentencia resulta ser, la resolución judicial plasmada en un documento mediante el cual se resuelve el fondo del asunto, poniendo con ello fin al proceso.

¹⁴⁵ Ibidem, P. 257.

CAPITULO II

PRUEBA

1. CONCEPTO

a) Significación Gramatical.

El Diccionario de la Lengua Española, señala que la voz prueba resulta ser, la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.¹⁴⁵

Por otro lado, en la Enciclopedia Jurídica Básica, se asienta que la prueba en el proceso penal es la actividad de los sujetos procesales (Juez o Tribunal y parte) encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la veracidad o falsedad de los hechos aportados.¹⁴⁶

Respecto del significado de la noción prueba, el Nuevo Diccionario Jurídico menciona que etimológicamente, prueba deriva del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

En sentido estricto, prueba, "...es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulta necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En sentido amplio la

¹⁴⁵ Diccionario de Lengua Española. Real Academia Española, Tomo II, 20ª. Edición, Editorial Espasa-Calpe, S. A., España, 1984, P. 1116

¹⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Básica, 1ª. Edición, Tomo IV, Editorial Civitas, España, 1995, P. 5366

prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes".¹⁴⁷

b) Posturas Doctrinales

A decir de Colín Sánchez, etimológicamente dicha voz, proviene de *probandum*, cuya traducción es patentizar, hacer fe; criterio derivado del viejo Derecho español.¹⁴⁸

Según Dellepiane, la primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial, nace de la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el Derecho procesal. Úsasele, según dicho autor, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso o bien como la acción de probar.¹⁴⁹

Para Hernández Pliego, "...la prueba, es una constatación de hechos. Jurídicamente, sin embargo, la prueba admite distintas acepciones. Igual se hace referencia a ella como el instrumento que proporciona la convicción como a la propia convicción o al conducto o procedimiento para obtenerla".¹⁵⁰

Respecto al tema que nos ocupa, Mittermaier, expresa que cuando un individuo aparece como autor de un hecho a que la ley señale consecuencias afflictivas, y siempre que se trate de hacerle aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del juez, dándose el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen la certeza.¹⁵¹

¹⁴⁷ Nuevo Diccionario Jurídico, Op. cit. P. 2632.

¹⁴⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 303.

¹⁴⁹ DELLEPIANE, Antonio, Nueva teoría de la prueba, Novena edición, Editorial Temis, Colombia, 1989, P.7.

¹⁵⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 178.

¹⁵¹ MITTERMAIER, C.J.A. Op. cit. P. 50.

Para Florián su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y, en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva.¹⁵²

Para dicho autor, probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho.

Trasladados esos criterios al proceso penal, ellos tienen valor en orden al conocimiento del delito y del delincuente y de todos los elementos que a ellos se refieren o que con ellos están vinculados; en este caso y en lo concerniente a la noción de prueba, no hay para que distinguir si ésta fue suministrada por el juez o por las partes.¹⁵³

Para el autor en mención, esencialmente la prueba consiste en el acopio de elementos para la comprobación y la determinación de las relaciones jurídicas de derecho material, objeto del proceso, y también para la especificación de las eventuales aplicaciones jurídicas. Por esto, la destinación de la prueba culmina en la sentencia, puesto que todo el desarrollo de la prueba desemboca y se refleja en la decisión del juez.¹⁵⁴

Agrega el mismo autor que las pruebas son, el alma del proceso, y constituyen un poderoso instrumento para alcanzar los fines altamente públicos que el proceso persigue.¹⁵⁵

¹⁵² Florián, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo II, 3ª. Edición, Editorial Temis, Colombia, 1990, P. 3.

¹⁵³ Ibidem, P. 4.

¹⁵⁴ Ibidem, PP. 19-20.

¹⁵⁵ Ibidem, P. 24.

Tal como lo sostiene el autor Edgar Hernández, "...prueba es un vocablo que significa lo que demuestra y testimonia inequívocamente la existencia de algo".¹⁵⁶

Según Román Lugo, por 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.

Conforme con el mismo autor, sin necesidad de un profundo análisis de cada una de las definiciones apuntadas, y bastando la observación superficial de todas ellas, podemos advertir con facilidad que la prueba, en el proceso penal, tiene como fin la aprehensión de la verdad, el conocimiento de la verdad histórica y esa caracterización especial, la diferencia de la verdad obtenida algunas veces por la prueba en el proceso civil, porque en éste suele conducir al logro de una verdad convencional deformada en ocasiones.¹⁵⁷

Para Emiliano Sandoval, la expresión prueba, en el lenguaje procesal, considerada en su sentido amplio, tiene cuatro significados fundamentales, "...por lo tanto la prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado convencional de su valoración".¹⁵⁸

En cambio, para Irigorri Diez, el concepto de prueba puede entenderse como proposición, o sea como el derecho que tiene una persona para pedir al juez la práctica de pruebas referidas a los hechos que se trata de demostrar dentro del proceso; como el resultado que se obtiene cuando se demuestra un hecho dentro

¹⁵⁶ Hernández M, Edgar, *El Juzgado de Instrucción, Manual de Procedimiento*, primera edición, Editora de colores, República Dominicana, 1993, P. 43.

¹⁵⁷ LUGO ROMÁN, Fernando, *Op. cit.*, P. 22.

¹⁵⁸ SANDOVAL SALGADO, Emiliano, *Medios de Prueba en el Procedimiento Penal*, 1ª. Edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997, P. 3.

del proceso; o bien, puede entenderse como actividad (carga) que corresponde a una persona para demostrar los hechos.

A decir de Irigorri, la prueba debe de ser orientada a todos los hechos objeto de la discusión, que constituyen el *thema probandi*. Ella debe suministrar los elementos deseables para pronunciar las decisiones judiciales.¹⁵⁹

Para Colín Sánchez prueba es, todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y de la personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.¹⁶⁰

Desde el punto de vista del autor González Bustamante, la prueba en el procedimiento judicial es susceptible de tomarse en dos acepciones:

A veces se entiende que consiste en los medios empleados por las partes para llevar al animo del Juez la convicción de la existencia de un hecho; otras comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a su decisión. En el primer caso, lo que llamamos prueba no es otra cosa que el objetivo que persiguen las partes para obtener el convencimiento del Juez en un negocio determinado; su fundamento es la persuasión; descansa en el conocimiento de la verdad y son la Lógica y la Psicología sus mas eficaces auxiliares, por cuanto a que para obtener la convicción es necesario dominar las leyes del raciocinio. En el segundo caso, el análisis de la prueba, para quien goza de la facultad de declarar el derecho, es limite de acción y de conducta.¹⁶¹

¹⁵⁹ IRAGORRI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, Editorial Temis, primera edición, Colombia, 1983, PP. 9-10.

¹⁶⁰ ¹⁶¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 303.

¹⁶¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. cit. P. 332

Y referente al tema de la importancia de las pruebas el autor Barragán Salvatierra, puntualiza, que todo el procedimiento penal gravita alrededor de las pruebas.¹⁶²

c) Consideraciones personales

Prueba constituye todo medio susceptible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y de la personalidad del delincuente, para de ese modo estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.

2. DESARROLLO HISTÓRICO.

a) consideraciones doctrinales

La prueba penal, a decir del autor Barragán Salvatierra, ha sufrido transformaciones en la evolución histórica, especialmente cuando se separó el procedimiento penal del civil.

El mismo autor refiere que en Roma, durante la República, en las causas criminales, el pueblo dictaba sentencias influenciadas por el cargo o actividad del sujeto, o por los servicios públicos prestados.

En ese tiempo se atendía a medios de prueba como los testimonios emitidos por los laudatores (quienes, entre otros aspectos, deponían acerca del buen nombre del acusado), la confesión y el exámen de documentos. Debido a la ausencia de reglas precisas en materia de pruebas, propiamente no se hacía un examen jurídico de las mismas.

¹⁶² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. P. 355.

Durante el imperio, cayeron en desuso los tribunales populares, los jueces apreciaban los medios de prueba establecidos por las constituciones imperiales, por lo que acataban algunas reglas concernientes a su aceptación, rechazo y trámite.¹⁶³

La *Constitutio Generalis Carolina* (1532) implantó un sistema singular por una predominante tendencia a la obtención de la verdad material, reguló legalmente los medios de prueba en cuanto a su valor, y a los principios por los cuales debían gobernarse.

En el antiguo derecho español, en la época del fuero juzgo, fuero real, prestaron especial atención a las pruebas, aunque no establecieron propiamente un sistema.¹⁶⁴

El derecho mexicano, en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1894, previó un sistema limitativo de los medios de prueba (artículo 206), fijó reglas para la valoración de la mayor parte de estas, excepcionalmente, concedió libertad al juzgador para apreciar los dictámenes de peritos y la presunción.

El mismo criterio adoptó el código de 1929, sustituido por el de 1931.¹⁶⁵

Según Florian, la evolución de las pruebas penales, se da sembrado de espinas, empapado de sangre y regado de lágrimas, se nos presenta el largo camino que las pruebas tuvieron que recorrer con los diversos pueblos, siempre, como es bien sabido, en medio del constante vaivén de las condiciones sociales, políticas y sobre todo psicológicas de las naciones. Considerada en su más íntimo significado, la evolución externa de los hechos sigue y refleja la evolución interna

¹⁶³ *Ibidem*, P. 358

¹⁶⁴ *Ibidem*

¹⁶⁵ *Ibidem*, P. 359.

de los sentimientos y las concepciones ideológicas que sucesivamente van prevaleciendo.¹⁶⁶

Agrega el mismo autor, que reuniendo idealmente los momentos generales sintomáticos que nos pueden suministrar los testimonios históricos, las formas arcaicas de las pruebas se nos presentan impregnadas de la superstición mística o religiosa.

En los juicios de Dios es la divinidad misma la que directamente comparece y decide, y por esto puede decirse que simbolizan decisiones sobrenaturales. Dios, según la creencia candorosa de esos pueblos primitivos, al participar de esa lucha terrena de las pruebas, ayudaba al inocente; era como un vínculo secreto que unía al individuo con la divinidad. Los juicios de Dios se desarrollaban las más veces con intervención de las partes o de sus representantes, pero en ocasiones se realizaban también sin la actividad personal del presunto culpable; esto ocurría, por ejemplo, en el llamado juicio del ataúd, en el cual se trataba de hacer manar sangre al cadáver acercando el supuesto matador al cadáver de la presunta víctima.

También el juramento fomenta la creencia de que la divinidad, aunque en forma indirecta, favorece con su portentoso auxilio al inocente, por cuanto se supone que el acusado no intentará jurar en falso por temor de que luego le sobrevenga el castigo de Dios.¹⁶⁷

Las creencias en la magia, en la quiromancia, en el sometimiento de la propia personalidad a los oscuros poderes del demonio, del diablo y de otras potencias infernales, se insinuaron más o menos en todos los tiempos, pero en esas épocas tuvieron una actuación más terrible en el sombrío escenario de brujas y hechiceros, magos y adivinadores, conciliábulo y aquelarres. El origen siempre

¹⁶⁶ Florian, Eugenio. Op. cit. 41.

¹⁶⁷ Ibidem, P. 42

fue uno mismo: la ignorancia y la incapacidad para buscar y descubrir las causas de los fenómenos particulares, naturales o humanos. La superstición y la tortura hicieron estragos en los innumerables y trágicos procesos contra brujas y hechiceras; al grito de la execración de las conciencias morales y honradas y a las protestas de las mentes esclarecidas, se les oponía la insuperable muralla del fanatismo de poblaciones embrutecidas, así como la insolente ignorancia y muy a menudo la malevolencia, por no decir el torvo cinismo, de jueces crueles e implacables.

Estas execrables prácticas tuvieron su origen y se alimentaron en ese tenebroso clima de la edad media.¹⁶⁸

Sin embargo, a medida que el Estado afirma su propia actuación tanto en amplitud como en profundidad dentro del conglomerado social, las pruebas se alejan del individuo y en esa forma del sentimiento de superstición individual, para aproximarse al sentimiento social del Estado, cuya intervención se hace cada vez más eficiente. El motivo psicológico, aunque desemboque en aplicaciones humanas, es siempre uno mismo: La dificultad de la prueba, la insuficiencia intelectual del hombre para llegar a ella. Para remediar las deficiencias no se invoca ya el auxilio de la divinidad, sino que se apela al Estado, y ya no tiene valor en este caso el sentimiento individual de la superstición, sino el sentimiento social de la colectividad organizada. Y entonces surge la ley y establece cuales deben ser las pruebas, tanto para cada uno de los delitos en particular como para los juicios, y determina la calidad y el grado de prueba que ha de requerirse. El juez en los casos particulares no es el juez en concreto, sino la ley en general y para todos los casos. Así tenemos la fase de la prueba legal, que en cierto momento se hace imperativa y severa, casi en todos los pueblos. Esta fase se presenta muy a menudo en un clima político de despotismo y de tiranía, hasta el punto de que la tortura fue asidua y triste compañera de las pruebas legales, debido a la falaz

¹⁶⁸ Idem

esperanza de arrancar, por medio de tormentos, al acusado y a los testigos, la confesión y también el testimonio, que se suponían verdaderos.

En esta fase al juez le falta la libertad judicial, como le falta al pueblo y al ciudadano la libertad política.¹⁶⁹

Naturalmente, sólo son posibles entonces las pruebas que por su índole admiten reglamentación previa. De esta suerte, en la realidad histórica, dentro del régimen de las pruebas legales, las pruebas fundamentalmente empleadas, acaso las únicas, fueron la confesión y el testimonio, que entonces llegaron a su apogeo, porque su estructura se prestaba más a la previa reglamentación legal.¹⁷⁰

La tercera fase se funda en el libre convencimiento, símbolo y cifra de la reivindicación integral de la potestad individual en el campo de las pruebas. Es la aplicación del principio de libertad lo que humaniza la prueba y la hace útil y adecuada a la alta función social del juicio penal. Este sistema corresponde políticamente a los regímenes democráticos, y psicológicamente a los pueblos avanzados y acostumbrados a razonar.

Por último, una cuarta fase se bosqueja en el horizonte; según ella, las pruebas deben sustraerse al fácil empirismo de la investigación común y deben ser orientadas, por los métodos que las renovadas ciencias criminológicas han indicado o van descubriendo, en lo que respecta al hombre (acusado o testigos) y a los acontecimientos y objetos materiales.¹⁷⁰

En esta forma, la prueba no sólo se presenta impregnada del espíritu social, sino también basada sobre principios científico técnicos. Es la fase que Ferri denominó científica, y que quizás con mejor acuerdo debería llamarse técnica.¹⁷²

¹⁶⁹ Ibidem, P. 43

¹⁷⁰ Idem

¹⁷⁰ Ibidem, P. 44

¹⁷² Idem

b) Consideraciones personales

Así que, en resumen, puede decirse que teniendo en cuenta el origen psicológico, las varias fases de las pruebas las guían y las inspiran respectivamente los sentimientos de la superstición religiosa, el sentimiento social del Estado Omnipotente, el sentimiento de la libertad y la necesidad de la investigación científica.

Estos diversos momentos representan, por así decirlo, la evolución de las pruebas penales en una expresión general e ideológica.

3. SISTEMAS PROBATORIOS.

a) Significación gramatical

Conforme el Diccionario de la Lengua Española, la voz sistema del latín *systema*, es el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre si contribuyen a determinado objeto.¹⁷³

Por otro lado. Respecto del término probatorio, en la obra antes señalada, se menciona que éste deriva del latín *probatorius*, que sirve para probar o averiguar la verdad de una cosa.¹⁷⁴

b) Posturas doctrinales

Según el maestro Barragán Salvatierra, "...para iniciar el estudio de la prueba en general, es necesario el análisis de los sistemas probatorios para el

¹⁷³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Tomo II. Op. cit. P. 1250

¹⁷⁴ Ibidem, P. 1106

ofrecimiento y valoración de la prueba y las que establecen las leyes procesales en forma enunciativa, ya que se concede la facultad en México de ofrecer cualquiera que se ajuste a Derecho, aunque no sea de las establecidas expresamente".¹⁷⁵

Para el mismo autor, de conformidad con las características de la prueba, existen diversos sistemas probatorios que tienen su propia clasificación, misma que a continuación se describe: Libre: Tiene su fundamento en el principio de la realidad material, se traduce en la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso, además valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos: Libertad de medios de prueba y libertad de valoración. Tasado: Este sistema (históricamente llamado "de las pruebas legales") se sustenta en la verdad formal, dispone sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración el juez está sujeto a reglas prefijadas legalmente. Mixto: Es una combinación de las anteriores; las pruebas las señala la ley, sin embargo el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba, si a su juicio puede constituirla constatando su autenticidad por el camino legal pertinente. En cuanto a su justipreciación, se extiende para ciertos medios de prueba a reglas fijadas; en cambio, para otros existe libertad.¹⁷⁶

Los sistemas manifestados convergen en el objeto (medios de prueba y valoración), pero difieren entre sí en cuanto a la dosis de libertad.

De acuerdo con la naturaleza y fines del procedimiento penal, lo indicado es el predominio de la prueba libre y la libertad de convicción.

¹⁷⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 355.

¹⁷⁶ Ibidem, PP. 363 y 364

En México, el sistema probatorio es mixto con tendencias al sistema libre en cada reforma a las leyes adjetivas. Sana crítica: Es cuando el órgano jurisdiccional puede razonadamente negar valor a una prueba que la ley procesal a su vez le concede un valor probatorio, previos requisitos señalados en la misma.¹⁷⁷

La doctrina europea distingue con frecuencia: Las pruebas legales son las que la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio. Prevalece el criterio de la ley sobre el del juez.

Pruebas de libre convicción: Consiste en que la ley no impone los medios de prueba para acreditar los hechos delictivos, como los relativos al cuerpo del delito, ni determinan abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Prevalece el criterio del juez ante que el de la ley.

Las leyes no establecen expresamente que el juez debe evaluar las pruebas conforme a las reglas del razonamiento lógico, pero esta prescripción resulta implícitamente del deber de motivar o expresar el fundamento de las resoluciones. Motivación significa explicar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada; es el ligamento psicológico que une al juez con la ley; no persigue convencer a las partes, sino fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, para impedir resoluciones inspiradas en su capricho.

Pruebas de criterio de conciencia: Es el sistema que tiende a predominar en la época contemporánea. La aplicación de la prueba con criterio de conciencia es una fórmula que se usa con frecuencia en los textos legales modernos. El régimen de criterio de conciencia es propio del jurado popular, cuya ignorancia técnica hace imposible que se le exija la motivación de sus resoluciones.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Idem

¹⁷⁸ Idem

La libre convicción tiene bastante semejanza con el criterio de conciencia, pero la libre convicción exige siempre razonamiento lógico que, aun cuando tengan una libertad nunca llegarán a la forma casi intuitiva como se impone la conciencia.¹⁷⁹

El autor Colín Sánchez, se refiere al órgano jurisdiccional, teniendo presente que, no es sólo un receptor de la prueba, por lo que no debe permanecer en forma contemplativa. Si decidirá sobre la situación jurídica planteada, lo indicado es que no tenga dudas, que llegue a la certeza. Por ello, debe investigar por sí mismo; de no ser así, tendría que conformarse con los actos de prueba desarrollados por las partes, con detrimento de la verdad invocada.¹⁸⁰

Respecto de los sistemas probatorios, el autor Irigorri, menciona que el denominado de la *tarifa legal*, señala o establece los elementos que han de tenerse en cuenta para fundar la certeza o convicción del juzgador. Puede decirse que los medios probatorios tienen un valor constante, inalterable. Así ocurre con el mérito probatorio del acta de inspección judicial y los documentos públicos o auténticos.

Por lo que hace a la *convicción íntima*, refiere dicho autor, el juez, atendiendo a su personal criterio, define sobre el mérito de las pruebas que obran en el proceso. Este sistema rige solamente para los jueces de conciencia.

Por lo que se refiere al *sistema mixto*, menciona el autor aludido, que el mismo atempera el régimen tarifario con el de la libre apreciación del Juzgador. Es el que rige en este momento.

Respecto del sistema de la *sana crítica*, el mismo obra cuando se trata del testimonio, la confesión, los indicios y la peritación.

¹⁷⁹ Ibidem, P. 365

¹⁸⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit, P. 312.

Al juez le corresponde valorar las pruebas para fundar sus decisiones. Su análisis es cualitativa y no cuantitativa.

El sistema de la crítica judicial o apreciación razonable, requiere la existencia de juzgadores capacitados y honestos, aptos para hacer un correcto y acertado juicio de valor sobre todas las pruebas.

El juez necesita integrar un estado mental de certeza sobre los hechos del proceso, para que sus decisiones sean tenidas en cuenta como síntesis de verdad.¹⁸¹

Según Emiliano Sandoval, cuatro son los sistemas de valoración de la prueba que se conocen: El libre, el tasado, el mixto y el de la libre o sana crítica.¹⁸²

Agrega dicho autor, el resultar importante destacar, que son tres los principales sistemas de la prueba, en la legislación y en la doctrina: a) Prueba libre. En el sistema de la prueba libre, el juez es libre de convencerse, no necesita aplicar regla alguna para la apreciación de la prueba según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa de acuerdo con su propio criterio. Este sistema, tiene una ventaja sobre el de la prueba tasada, pues no ata la convicción del juzgador a formalidades de reglas o normas previamente establecidas. b) Prueba tasada. En el sistema de la prueba tasada, el juez al valorar las pruebas, debe aplicar reglas o normas establecidas por el legislador. c) Prueba mixta. Este sistema de la prueba mixta, es una combinación de ambos sistemas que anteriormente hemos visto, por una parte la ley procesal prefija, de modo general, las reglas que el juez debe aplicar al valorar las pruebas, pero por otro lado, le deja la libertad para hacer esta valoración, según su criterio. d) Prueba libre o sana crítica. El sistema de libre o sana crítica, establece la más plena libertad de convencimiento de los juzgadores, respetando los principios de

¹⁸¹ Cfr., Iragorri Díez, Benjamin, Op. cit. PP. 13-14.

¹⁸² SANDOVAL SALGADO, Emiliano, Op. cit. PP. 9-10.

la razón, es decir, las normas de la lógica y de la experiencia, pero exige, la necesidad de motivar las resoluciones, o sea el juez expondrá las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre afirmaciones y negaciones a que arriba y los elementos de prueba que utiliza.¹⁸³

Hernández Pliego, apunta respecto al valor que se asigna a las pruebas, es decir, a su fuerza demostrativa, que la misma dependerá siempre del sistema probatorio que rija el enjuiciamiento respectivo: En un sistema tasado, el valor queda preestablecido en la propia ley; en un sistema de prueba libre o de sana crítica, el valor dependerá del mayor o menor grado de credibilidad que produzcan en el ánimo del juez.

Un sistema probatorio es el conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el enjuiciamiento y su forma de evaluarlas, es decir, a través de cada sistema probatorio, podremos saber cuáles pruebas pueden llevarse al proceso y qué valor demostrativo representan.¹⁸⁴

Se alude principalmente a los sistemas probatorios tasado, libre, mixto y de la sana crítica.

En el primero, llamado también de la prueba legal, el legislador es quien determina los medios de prueba válidos en el proceso y les preestablece un valor demostrativo. Este sistema es utilizado preferentemente en Estados con un régimen de gobierno dictatorial, y pone de relieve la desconfianza que inspira el arbitrio de la autoridad judicial.

El sistema libre se caracteriza, al contrario del anterior por la irrestricta potestad otorgada a las partes para aportar probanzas, las cuales en su momento, habrán de ser valoradas por la autoridad, sin sujeción a ninguna regla limitante

¹⁸³ Ibidem, P. 10

¹⁸⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO. Julio A. Op. cit, P. 180.

del arbitrio y sin existir obligación de explicar las razones por las que se obtiene la certeza sobre los hechos justiciables. Es utilizado normalmente por el jurado popular.

En el sistema mixto, algunos medios probatorios y su valor, aparecen señalados por la ley, al paso que otros se dejan a la libertad de las partes y son evaluados libremente por la autoridad.

Finalmente, el sistema de la sana crítica participa de las características del libre, pero la autoridad tendrá obligadamente que expresar en sus resoluciones, los razonamientos por los cuales atribuyó o negó valor a las pruebas.¹⁸⁵

Florián pone de manifiesto, que lo esencial está en que el proceso aplique un sistema o régimen de prueba en virtud del cual no sólo pueda triunfar ciertamente la verdad material, sino que también se eviten arbitrariedades, se tutelen los derechos de los sujetos procesales y tenga eficaz protección la probidad del juicio.¹⁸⁶

Para Román Lugo, fundamentalmente, dos son los métodos adoptados por las legislaciones: a) El sistema de la prueba legal y b) El sistema del libre convencimiento.

El sistema de la prueba legal, o de la prueba tasada, es aquél en que el criterio de apreciación está fijado en la ley, es decir, la valoración de la prueba se hace en abstracto, por la ley, no permitiendo que la convicción del Juez se forme espontáneamente, sino que la eficacia de la prueba depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integra el sistema probatorio.

¹⁸⁵ Ibidem, P. 181

¹⁸⁶ FLORIAN, Eugenio, Op. cit. P. 8.

El sistema del libre convencimiento o de la libre apreciación de la prueba, es el que permite al juez valorar la prueba en concreto para cada caso que deba juzgar; esto es, la convicción del Juez no se forma en virtud del acatamiento a una disposición legal, sino por el personal análisis que realiza de todas las circunstancias que concurren en cada uno de los órganos y medios de prueba.¹⁸⁷

c) consideraciones personales

sistema probatorio es el conjunto de normas conforme a las cuales se regulan las pruebas en el proceso y su forma de evaluarlas.

4. DIVERSAS CLASES DE PRUEBAS

a) Significación gramatical.

Acorde con el Diccionario de la Lengua Española, Clase, Deriva del latín *classis*, y resulta ser, "...el orden en que, con arreglo a determinadas condiciones o calidades, se consideran comprendidas diferentes personas o cosas".¹⁸⁸

b) Posturas Doctrinales

Acorde con el criterio del autor Colín Sánchez, doctrinariamente es problemático encontrar una clasificación inobjetable, debido a los diversos puntos de vista esgrimidos por los autores al apoyar sus respectivas elaboraciones. Se habla de prueba de cargo, de descargo, directa, indirecta, genérica, específica, natural, artificial, real, material, personal, etc.

¹⁸⁷ LUGO ROMÁN, Fernando, Op. cit. P. 28.

¹⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Tomo I, Op. cit. P. 323

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y el Federal no hacen ninguna clasificación de la prueba; no obstante, tomando como base, al sujeto o sujetos a quienes va dirigido, quien la proporciona y el resultado de la misma, clasificaremos los medios de prueba en fundamentales o básicos, complementarios o accesorios, y mixtos.¹⁸⁹

Fundamentales o básicos. Son aquellos a través de los que puede lograrse el conocimiento de la verdad histórica; son informaciones de quienes en alguna forma, adquieren experiencia sobre los hechos, o simplemente, hacen saber algo relacionado con el procedimiento, lo cual se traduce en atestados referidos al pasado, cuyo conocimiento adquirieron fuera del proceso, y que pueden recaer sobre conductas o hechos, personas, objetos y lugares.

Complementarios o accesorios. La vida y operancia de estos elementos, dentro del procedimiento, depende de las pruebas fundamentales o básicas; tienen por objeto, robustecer, clasificar, desentrañar dudas o contradicciones, cuestiones técnico-científicas de alguna rama del conocimiento, u otros aspectos a que aquéllas han dado lugar, para así llenar su objetivo.

Mixtos. Están caracterizados por contener elementos de los fundamentales o básicos, y de los complementarios o accesorios, como los documentos.¹⁹⁰

Según el maestro Barragán Salvatierra, cada autor hace su propia clasificación a partir de sus características. En este sentido, Hernández Acero señala que los medios de prueba caben en dos sistemas: El legal y el lógico. El sistema legal es donde la ley procedimental es la que en forma previa y nominada indica cuáles son las pruebas que se aceptan. El sistema Lógico es donde se van a admitir como medio de prueba todo aquello que aun cuando no tenga nombre en la ley,

¹⁸⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 326.

¹⁹⁰ Idem

sirva para demostrar algo relacionado con el delito y la responsabilidad penal en sentido lógico.¹⁹¹

Para Irigorri, mirando al origen, a la forma y al contenido de los distintos medios probatorios, la doctrina ha intentado muchas clasificaciones de la prueba que no siempre contribuyen a la claridad sobre la materia y que poca importancia práctica ofrecen al funcionario investigador. Algunas de estas clasificaciones distinguen las pruebas así: I. Reales. Para referirse a los medios probatorios constituidos por cosas u objetos, tales como las huellas materiales del crimen, los documentos o escritos públicos y privados, el cadáver de la víctima, los billetes y monedas falsificados o provenientes de ésta, etc., especies de prueba que por lo general, se obtienen mediante la inspección judicial que se realiza en el escenario de los hechos materia de la investigación. II. Personales. Las que tienen en la persona humana la fuente o elemento esencial de la prueba, como ocurre con el testimonio, la confesión o declaración de parte y el dictamen del perito. III. Históricas. Las que sirven para comprobar el hecho con inmediata posterioridad a su ocurrencia. IV. Indirectas. Las que no forman convicción por sí mismas, sino que necesitan de la comprobación de otro hecho que se interpone entre lo que se conoce y lo que se pretende conocer. Así ocurre con la más clásica de las pruebas indirectas el indicio, porque en su estimación deben probarse plenamente el hecho indicador y el hecho indicado, haciéndose necesario el discernimiento del intérprete para establecer la relación causal entre uno y otro, esto es, para encontrar la fuerza vinculante del indicio. V. Absolutorias y condenatorias. Según se orienten a demostrar la inocencia del procesado o su culpabilidad. VI. Simples. Se denominan así las que por sí solas se entienden suficientes para demostrar un hecho: La inspección ocular en delitos que la reclaman, como el robo o el daño en propiedad ajena. VII. Compuestas. Puede calificarse así cuando concurren varias pruebas. VIII. Prueba libre. Es la que depende de la elección del juez para acreditar el delito. IX. Pruebas perfectas. Así se llaman cuando reúnen todos los

¹⁹¹ BARRAGÁN SALVATIERRA. Carlos, Op. cit. P. 368.

requisitos legales para que puedan considerarse como pruebas. X. Imperfectas. Cuando adolecen de vicios o irregularidades que impiden su valoración.¹⁹²

Para Mittermaier, no tiene objeto la división de prueba en perfecta e imperfecta.

En líneas siguientes dicho autor, alude a la división entre pruebas naturales y artificiales o circunstanciada. La primera a la que también la llama inmediata, lleva directamente a la convicción, y transmite inmediatamente al espíritu los motivos de certeza relativos al objeto, cuya realidad se trata de demostrar, mientras que la segunda, al contrario se apoya en motivos que sólo pueden ser concluyentes por medio de inducciones, a que dan lugar.¹⁹³

La prueba natural comprende; según las ideas comúnmente admitidas, todos los medios fundados en la evidencia material y en oposición con los indicios, que constituyen la prueba artificial o circunstanciada. Aún aquellos mismos que no quieren ver jamás en los indicios la prueba completa, no podrán negar la evidencia de la prueba artificial, desde el momento en que se hacen sinónimas las palabras prueba y certeza.

No obstante lo antes afirmado, el mismo Mittermaier, hace ver que también los indicios hacen prueba plena completa, siendo igual su mecanismo al de todos los demás medios, por lo que dicho autor concluye que la división entre prueba natural y artificial no tiene ningún sentido práctico.¹⁹⁴

¹⁹² IRAGORRI DIEZ, Benjamín, Op. cit. PP. 26-27.

¹⁹³ MITTERMAIER, C.J.A. Op.cit. P. 128.

¹⁹⁴ Idem

c) Consideraciones personales

Doctrinariamente, frente al problema de la clasificación de las pruebas se encuentra el obstáculo de la diversidad de criterios sostenidos para su elaboración, razón por la cual no existe uniformidad en su clasificación.

5. MEDIO DE PRUEBA

a) Significación gramatical

Según el Diccionario de la Lengua Española, medio, deriva del latín *medius*, y por el mismo se entiende, diligencia o acción conveniente para conseguir una cosa.¹⁹⁵

Por otro lado, en la Enciclopedia Jurídica Básica, se consigna, que los medios de prueba son, "...las vías a través de las cuales el órgano judicial recibe la representación de los hechos litigiosos alegados por las partes en el proceso. El juez no puede conocer en el proceso mas que la representación de los hechos acaecidos, de los que en el proceso se predica cierta relevancia jurídica para apoyar la pretensión o la oposición formuladas respectivamente por el demandante o el demandado".¹⁹⁶

Se agrega en dicha obra, que de esos hechos o actos queda el recuerdo y eventualmente señales o signos que los representan. Para quien tiene el recuerdo y lo puede usar le basta esto para mostrar el relato de los hechos (el juez), o lo ha perdido por el paso del tiempo, o lo niega (la parte contraria), no cabe otra cosa que tratar de traer ante su presencia las señales que dejaron aquellos hechos. Estas señales son los medios de prueba y a la actividad desarrollada con ellos, se

¹⁹⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Tomo II. Op. cit. P. 892

¹⁹⁶ Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III, Op. cit. P. 4253

denomina genéricamente prueba. Los medios de prueba sirven para representar ante el Juez los hechos alegados y discutidos por las partes.¹⁹⁷

De conformidad con lo expresado en el Diccionario de Derecho Procesal Penal, medios de prueba, son los instrumentos, formas, experimentos, fórmulas, actos o tests que se utilizan en el proceso para tratar de hallar o verificar la verdad de los hechos que se investigan o que se hubieran aducido por las partes.¹⁹⁸

b) Posturas doctrinales

Para Irigorri, medio de prueba es el acto en el cual una persona aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba, declaraciones de testigos; peritaciones.¹⁹⁹

Para Florián, ordinariamente se considera medio de prueba todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez; en suma el medio de prueba es un medio de conocimiento.

De conformidad con el este último autor, la locución medios de prueba no puede entenderse en un significado genérico y por lo mismo equivoco, que induce a incluir en ella tanto el objeto como las cosas y las personas, ya que todo esto sirve a la prueba.²⁰⁰

Por lo mismo, aún sin abandonar la locución tradicional, conviene proceder al análisis del modo como el objeto de prueba aparece y se presenta en el proceso, para llegar a saber si el concepto de medios de prueba puede utilizarse y en qué sentido, y en el caso de que lo sea, cómo puede integrarse.

¹⁹⁷ Idem

¹⁹⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo II, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986. P. 1126.

¹⁹⁹ IRAGORRI DIEZ, Benjamin, Op. cit, P. 10.

²⁰⁰ FLORIAN, Eugenio, Op. cit, P. 123

Es claro que aquí no se trata de una cuestión de palabras, pero sí debe tenerse en cuenta que las diversas palabras son importantes, porque eventualmente pueden expresar diversos momentos, modos o aspectos del delicado engranaje probatorio.

En resumen, conviene estudiar el modo como el juez y los demás sujetos procesales entran en conocimiento del objeto de prueba y el modo como éste puede ser llevado al conocimiento de ellos. En otras palabras, es menester averiguar cómo y por medio de quién se realiza la aproximación y el contacto entre el objeto de prueba, por una parte, y el juez y eventualmente los demás sujetos procesales, por otra. En realidad, a esto se reduce la prueba en su exterioridad.²⁰¹

Al analizar la transmisión del conocimiento del objeto de prueba en el proceso, se nos presentan dos modos fundamentales, cada uno de los cuales debe considerarse, ora en cuanto a los sujetos, ora en cuanto a los actos que estos sujetos llevan a cabo para realizarla.

El juez puede procurarse por sí mismo el objeto de prueba y en esa forma entrar en contacto con él; es decir, puede aprehenderlo directamente con sus propios sentidos y mediante sus percepciones personales. Los demás sujetos procesales pueden aprehender el objeto de prueba en la misma forma, junto con el juez, con concomitancia inmediata, o también más tarde, basándose en informes suministrados por aquél. Pero el factor esencial y decisivo sigue siendo siempre el juez, por medio del cual se realiza la percepción del objeto, ya que es el juez a quien corresponde certificar acerca del modo cómo se efectuó la percepción y de los resultados de ésta. Sin embargo, la aspiración de ésta es que el conocimiento se realice conjuntamente y en un mismo momento tanto por el juez como por las partes.²⁰²

²⁰¹ Idem

²⁰² Idem

También puede el juez aprehender el objeto de prueba a través de intermediarios, mediante informes de otras personas (no importa que sean verbales o escritos), que en realidad ponen el objeto de prueba en contacto con el juez y eventualmente en contacto con los demás sujetos procesales, logrando así que éstos adquieran conocimiento de ese objeto por intermedio de ellas. En esta segunda forma, el contacto entre el juez y el objeto de prueba se efectúa mediante la interposición de otros.

Ahora bien, la persona intermediaria que se interpone entre el objeto de prueba y el juez y que le suministra a éste el conocimiento del objeto de prueba, adquiere una importancia especial, asume una actitud propia, una función característica, y por ello nos parece que esta persona puede considerarse y definirse como órgano de prueba.²⁰³

Para Florián los medios de prueba que emanan de los Órganos de prueba tienen en común que son todas manifestaciones orales o escritas de personas físicas, y éstas son todas, para emplear una locución muchas veces repetida, personas que declaran.

Sin embargo, si se mira más a fondo, los medios de prueba se distinguen fundamentalmente por la diversa posición que en el proceso asumen las personas físicas en que están representados esos órganos.

En el primer grupo se encuentran el acusado, que indudablemente es sujeto procesal y parte, la parte lesionada y el denunciado con interés personal en el hecho, interés que debe entenderse, como es sabido, de modo muy amplio, ya que puede reducirse, según la opinión predominante, hasta un simple interés moral.

²⁰³ Idem

En el segundo grupo se reúnen los terceros, que no tienen interés en el juicio.²⁰⁴

Acorde con lo manifestado por Mittermaier, se ha suscitado recientemente, una viva controversia y disputa acerca del número de los medios de prueba y sobre las distinciones que deben establecerse entre estas palabras y las de motivos de pruebas. La ciencia no puede reportar ninguna utilidad de semejantes discusiones, que no sin razón han sido calificadas de puras sutilezas.²⁰⁵

Refiere el mismo Mittermaier, que en el sentido legal, los medios de prueba, o, en una palabra, las pruebas, son las fuentes de donde toma el juez los motivos de convicción que la ley declara bastantes, para que aplicados a los hechos que resulten de la causa, emane naturalmente la sentencia.²⁰⁶

c) Consideraciones personales

A nuestro juicio, son las señales que dejan los hechos puestos a consideración del titular del órgano jurisdiccional, precisamente en la fase procedimental llamada proceso. Estas señales son los medios de prueba, que constituyen la prueba en sí y, la actividad desarrollada con ellos se le denomina genéricamente, prueba.

5.1 Objeto de la prueba

a) Significación gramatical

Del latín *obiectus*, todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo.²⁰⁷

²⁰⁴ Ibidem, P. 145.

²⁰⁵ MITTERMAIER, C.J.A. Op.cit. P. 124.

²⁰⁶ Ibidem, P. 125.

²⁰⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Tomo II, Op. cit. P. 966

En la enciclopedia Jurídica Omeba se señala, que por objeto se entiende todo aquello que se percibe por medio de los sentidos, o acerca de lo cual se ejercen; lo que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales.²⁰⁸

Por otra parte, en la Enciclopedia Jurídica Básica, se apunta que, "...el objeto de la prueba o *Thema probandi* lo constituye los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificación provisional (de acusación y defensa en el proceso penal abreviado). No se excluyen, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, de la necesidad de prueba, los hechos admitidos por las partes, pues, en el proceso penal, el juez o tribunal esta interesado en descubrir la verdad material o histórica, que puede no coincidir con la verdad formal ofrecida por las partes".²⁰⁹

Conforme a lo asentado en el Diccionario de Derecho Procesal Penal, "...objeto de la prueba en el proceso penal, es toda aquella objetividad considerada como hecho susceptible de prueba; desde luego, la expresión hecho debe ser considerada con la amplitud necesaria para comprender no sólo los sucesos del hombre, su propia persona, o las cosas del mundo, sino, en general todo aquello que pueda formar, de manera principal o accesoría, parte de la relación jurídico criminal que se debata en el proceso, siempre y cuando no esté prohibido por la ley".²¹⁰

Se aúna a lo anteriormente expuesto, lo considerado al respecto en el Diccionario de Derecho cuando se menciona que, el objeto normal de la prueba son los hechos. No obstante, las personas pueden serlo, como vemos en aquellas legislaciones que autorizan directa o indirectamente la inspección o reconocimiento corporal.

El objeto de la prueba es el *thema probandum*, la cuestión que dio origen a la relación jurídico-material de Derecho Penal. Esto es lo que debe probarse; es

²⁰⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, Editorial Driskill S. A. Argentina, 1986, PP. 599-600

²⁰⁹ Enciclopedia Jurídica Básica, Too IV, Op. cit. P. 5368

²¹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Op. cit. P. 1175.

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; como ocurrieron los hechos, en dónde, cuándo, por quién, para qué, etc.²¹¹

b) Posturas doctrinales

Según el autor Colín Sánchez, son objeto de prueba: La conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (probable autor del delito, ofendido, testigos), las cosas (en tanto que en éstas recae el daño, o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito) y, por último, los lugares, porque de su inspección, tal vez se colija algún aspecto o alguna modalidad del delito.

El objeto de prueba es, fundamentalmente: La demostración del delito con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad), la personalidad 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 orden negativo, sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.²¹²

Para Emiliano Sandoval, objeto de prueba, como regla general, es todo lo que puede probarse para fines procesales.²¹³

Objeto de la prueba (thema probandum) es la cuestión a demostrar. Esta cuestión puede ser cualquier hecho que trate de evidenciarse, pues sólo los hechos están sujetos a prueba, dado que el derecho, con referencia al nacional, la ley supone que es del conocimiento del Juez. De esta forma, objeto de la prueba podrá ser la existencia de los elementos del tipo penal, la inocencia del inculpado,

²¹¹ DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, décimo tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1985, P. 385.

²¹² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit, P. 307.

²¹³ SANDOVAL, SALGADO, Emiliano, Op. cit, P. 3.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

la existencia de alguna modificativa del delito, la conducta precedente del reo, etc.²¹⁴

Para Florian, el hecho de que es inmanente al proceso penal la necesidad de la más amplia indagación acerca de la verdad histórica y jurídica, hace que sea objeto de prueba todo lo que puede allegarse al proceso y todo lo que pueda presentar al conocimiento del juez y de las partes para la comprobación judicial relacionada con dicha indagación.²¹⁵

Dicho autor abunda en la idea, cuando menciona que la posibilidad abstracta de la comprobación en juicio es lo que determina en sus varias modalidades, reducidas a un mínimo común denominador, la calidad de objeto de prueba, aunque eventualmente, en concreto, no se haga necesario proceder a una comprobación especial, por lo que es necesario para un desarrollo completo en primer término, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de la aptitud procesal de prueba, a lo cual se le denominará objeto de prueba en abstracto, mientras que el objeto de prueba en concreto lo constituirá el determinar en especial los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular, para seguidamente estudiarse el objeto de prueba en cuanto una prueba aparezca necesaria para los fines de la investigación procesal, además resulta necesario se señale la posición del objeto de prueba dentro del sistema del proceso, lo que permite determinar la actitud que respecto a él tienen los sujetos procesales y especialmente las partes y, finalmente, sobresale el principio de la libertad del objeto de prueba.²¹⁶

Para Román Lugo, objeto de prueba, es lo que en el proceso hay que determinar, es el tema a probar (*thema probandum*), y consiste en la cosa, la

²¹⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 179.

²¹⁵ FLORIAN, Eugenio, Op. cit. PP. 51-52.

²¹⁶ Cfr. Florian, Eugenio, Op. cit. PP. 52-53.

circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso.²¹⁷

c) Consideraciones personales

Objeto de prueba, es lo que se pretende probar. Resulta ser todo hecho considerado en tanto parte de la relación jurídico procesal que se debate, y que, en la medida en que no esta prohibido por la ley, puede ser justipreciado.

5.2 Órgano de la prueba.

a) Significación Gramatical

Según el Diccionario de la Lengua Española, dicha voz proviene del latín *organum* y, significa, la persona o cosa que sirve par la ejecución de un acto o designio.²¹⁸

b) Posturas doctrinales

Para el maestro Barragán Salvatierra, órgano de prueba, es la persona que proporciona conocimiento por cualquier medio factible.

De los sujetos de la relación procesal, son órganos de prueba: El probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos. Tanto el juez como el Ministerio Público no son Órganos de prueba.²¹⁹

Comparte la idea anterior el autor Colín Sánchez, para quien el carácter de órgano de prueba no es posible atribuirlo a los Órganos jurisdiccionales, al Ministerio Público, a los peritos, pues, el juez conoce los hechos mediatamente, el

²¹⁷ LUGO ROMÁN, Fernando, Op. cit. PP. 23-24.

²¹⁸ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, tomo II, Op. cit. P. 984

²¹⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. PP. 361-362.

órgano de prueba lo conoce inmediatamente (por supuesto del hecho del cual es órgano) y, en cuanto al juez, no es órgano y en cuanto órgano no es juez. El Ministerio Público, por su misma naturaleza y atribuciones, tampoco puede ejercer una doble función, por lo tanto, nunca puede ser órgano de prueba.

Por último, los peritos, debido dada la naturaleza de la peritación, tampoco son Órganos de prueba.²²⁰

Para Irigorri, órgano de prueba, es toda persona física encargada de suministrar el conocimiento de los hechos: Testigos presenciales; ofendidos; ofensores; peritos.²²¹

Según Emiliano Sandoval, órgano de prueba, es el sujeto que aporta un elemento de prueba y lo transmite al proceso; esta persona es el elemento intermediario el objeto de prueba y el juez.²²²

Mientras que Para Hernández Pliego por órgano de prueba se entiende, a la persona (inculcado, ofendido, defensor, testigo) que aporta los datos de que se vale el juez para formar su convicción, por eso ni el Ministerio Público en la averiguación previa, ni el propio juez pueden figurar como órganos de prueba, aún en los casos en que por sí se proporcionen el conocimiento del objeto de la prueba, por ser receptorio siempre de ella.²²³

Para Florián, órgano de prueba es la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales.²²⁴

²²⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit, PP. 309-310.

²²¹ IRAGORRI DIEZ, Benjamín, Op. cit, P. 10.

²²² SANDOVAL SALGADO, Emiliano, Op cit, P.4.

²²³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A, Op. cit, P. 179.

²²⁴ FLORIAN, Eugenio, Op. cit, P. 128.

Para el mismo autor, la calidad de órgano de prueba no pueden tenerla sino personas distintas del juez (partes, testigos, peritos), puesto que cuando el juez percibe y aprehende directamente el objeto de prueba, no es órgano de prueba, sino que antes bien desarrolla una actividad dirigida a aprehender o adquirir ese objeto.

Los Órganos de prueba, pueden transmitir el conocimiento del objeto directa o indirectamente, y en esta forma las personas que representan dichos órganos pueden aún no estar presentes en el proceso.²²⁵

Por último, para Roman Lugo, órgano de prueba es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.²²⁶

c) Consideraciones personales

Órgano de prueba, es la persona que proporciona conocimiento por cualquier medio factible. Pueden constituirlo, el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos. Por su naturaleza se encuentran impedidos para hacerlo, Juez, Ministerio Público y peritos.

5.3 Carga de la prueba

a) Significación gramatical

Según el Diccionario de la Lengua Española, carga, es el servicio a que están obligadas las personas, Asumir cuidado o trabajo de alguna cosa.²²⁷

²²⁵ Idem.

²²⁶ LUGO ROMAN, Fernando, Op. cit. P. 24.

²²⁷ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Tomo I, Op. cit., PP. 274-275

Necesidad que las partes tienen de probar (necitas probandi), en el proceso los hechos o actos en que fundan sus derechos para eludir el riesgo de una sentencia desfavorable, en el caso de que no lo hagan.²²⁸

En el Diccionario Jurídico de Alberto Garrone, se pone de manifiesto que la teoría de la carga de la prueba es la de las consecuencias de la falta de prueba y tendrá aplicación práctica cuando haya permanecido incierta una afirmación sobre los hechos.²²⁹

Por otro lado, entiéndase por carga de la prueba, el gravamen que recae sobre las partes de aportar los medios probatorios al órgano jurisdiccional para buscar su persuasión sobre la verdad de los hechos manifestados por las mismas. Otra razón se deriva de que cada uno de los litigantes tiene interés de vencer en el juicio.²³⁰

b) Posturas doctrinales

Para Gian Antonio Michelli en la tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado.²³¹

Para el mismo autor la noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la

²²⁸ DE PINA, Rafael, Op. cit, P. 144.

²²⁹ GARRONE, José Alberto, Diccionario Jurídico, Tomo I, primera edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1986, P. 310.

²³⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Op. cit, P. 384.

²³¹ MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, primera edición, Editorial Temis, Colombia, 1989, P. 53.

norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante.²³²

El mismo Gian Antonio Micheli, describe el fenómeno de la carga, diciendo que la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto. Se habla en tales supuestos de la integración de la hipótesis jurídica mediante las actividades del sujeto, al cual el orden jurídico atribuye tal poder, cuyo ejercicio representa precisamente el único medio para alcanzar el fin jurídico previsto. Esto último, sin embargo, puede verificarse en la esfera jurídica del sujeto agente o en la esfera jurídica ajena, aún sin la cooperación de aquel en cuyo perjuicio se realizan los efectos jurídicos, provocados por el ejercicio unilateral del poder. Siguiendo esta directriz se ha desarrollado, precisamente, la obra de diferenciación entre aquellos poderes, que postulan la sujeción de un sujeto contrapuesto al titular de los primeros (los denominados derechos potestativos), y las denominadas facultades adquisitivas, cuyo ejercicio no determina ningún sacrificio ajeno.²³³

Para el maestro Barragán Salvatierra, la llamada por los civilistas carga de la prueba, se traduce en la obligación de probar (*actori incumbit probatio*). Siendo el proceso penal una relación jurídica entre varios intervinientes, conviene a decir de dicho autor, determinar si esta obligación opera en esta disciplina y de ser así sobre quien recaerá.

La carga de la prueba no opera en el procedimiento penal, éste es de interés público ante la inactividad del Ministerio Público, del procesado o su defensor, el tribunal puede tomar las medidas necesarias para que se realicen los fines específicos del proceso.

²³² Ibidem, P. 54.

²³³ Ibidem, P. 76.

En el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en su artículo 248 indica: El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa en un hecho.²³⁴

Concluye el autor Barragán Salvatierra, al manifestar que en el procedimiento penal, no existe carga de la prueba, sino una obligación de probar.²³⁵

Para Hernández Pliego, el problema de la carga de la prueba envuelve la interrogante acerca de quién está obligado a probar. Una parte de la doctrina procesal penal, estima que puede hacerse un transplante de esta institución, al proceso penal, habida consideración de que en el enjuiciamiento civil, la carga de la prueba (*onus probandi*) la reporta quien realiza una afirmación, pero también quien niega un hecho, si esa negativa es contraria a una presunción legal o envuelve una afirmación.

Tal consideración se desentiende de que los intereses ventilados en el proceso penal, por su carácter predominantemente público, determinan la imposibilidad de abandonar su satisfacción al eventual cumplimiento de la obligación de probar, mayormente si se atiende a la presunción de inocencia que recoge como principio universal nuestra legislación, por la cual el inculpado está relevado de la obligación de probar su inocencia.²³⁶

Para Florian, no hay ni puede aceptarse una carga formal para introducir objetos de prueba; por otra parte, el objeto de prueba que se ha allegado al proceso pertenece a todos los sujetos procesales.

Así, pues, en el proceso penal no puede tener cabida la repartición formal de la carga de la prueba, pues no hay una carga de la prueba, como sí existe en civil,

²³⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. PP. 367-368.

²³⁵ Idem.

²³⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 182.

en el sentido de obligación de las partes, ni el carga no de acusación ni el reo tienen el deber jurídico de presentar y allegar respectivamente la prueba de la acusación y la de la defensa.²³⁷

Sólo que, como el proceso penal se manifiesta y se desarrolla totalmente siguiendo un esfuerzo para la comprobación de algunos hechos y las pruebas se hacen por ello necesarias, existe sin duda una carga de la prueba, pero no impuesta por la ley, como es una carga de prueba que surge de la naturaleza misma de las cosas, de la experiencia de los hechos humanos y de los mandatos de la psicología judicial.

Aquí se trata de la carga de la prueba llamada natural o material, que la impulsa y le da contenido el interés que lleva cada una de las partes a establecer ciertos hechos que considera favorables y que le dan fundamento para solicitar ciertas aplicaciones jurídicas; de ahí que la carga de la prueba se convierte en el interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le da base para invocar la aplicación de un principio jurídico, al cual aquélla le sirve de apoyo.²³⁸

c) Consideraciones personales

Al revestir el proceso un carácter público, tendiente a la búsqueda de la verdad material, resulta inaplicable el principio recogido del Derecho Civil que importa la carga de la prueba impuesta por la ley, por lo que nuestra materia no existe carga de la prueba, sino una obligación de probar que surge de la naturaleza de las cosas.

²³⁷ FLORIAN, Eugenio, Op. cit. PP. 99-100.

²³⁸ Idem

6. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

a) Significación gramatical

Acción y efecto de valorar y conforme el mismo diccionario de la Lengua Española, valorar resulta ser el reconocer, estimar, o apreciar el valor o merito de una persona o cosa.²³⁹

Así mismo conforme al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, valoración es la determinación del valor de las cosas. Justiprecio. Aumento de valor experimentado por un bien. Estimación o fijación de la importancia o trascendencia, sea material o abstracta, de las cosas y de los hechos.²⁴⁰

b) Posturas doctrinales

La valoración de las pruebas, a decir del autor Marco Antonio Díaz de León, "...no es otra cosa que la operación mental que realiza el juzgador con objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieran llevado al proceso. Tal valoración tiende a verificar la concordancia entre el resultado del probar, y la hipótesis o hechos sometidos a demostración en la instancia. De acuerdo con esta actividad el órgano jurisdiccional, según se lo autorice la ley, otorga a lo probado las consecuencias y efectos que su entender y conciencia le dicten en relación con los hechos, condicionados por la prueba, para su aceptación en el fallo definitivo".²⁴¹

La valoración de las pruebas, es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación (relacionando unas con

²³⁹ Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, Op. cit. P. 1365

²⁴⁰ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, Op. cit. P. 311

²⁴¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas penales, primera edición, Editorial Porrúa, México, 1982, P. 16.

otras, para así, obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda) y a la personalidad del delincuente (certeza).²⁴²

Para llegar a cabo ese juicio valorativo, según el mismo Colín Sánchez, el juez empleará: I. Su preparación intelectual: Conocimientos jurídicos, psicológicos, experiencia en general; II. Las llamadas máximas de la experiencia: Enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, día a día, según cita de Leone, debemos entender como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos y además de los cuales deben valer para nuevos casos. III. El conocimiento de los hechos notorios (que por su propia naturaleza no estén necesariamente sujetos a prueba, acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza, que, por su fuerte impacto, quedaron grabados en la conciencia general).²⁴³

Para el mismo Colín Sánchez, en el Derecho mexicano, en términos generales, la valoración incumbe a los órganos jurisdiccionales (en primera y segunda instancia), y la realizan en diversos momentos del proceso (al decidir la solicitud de orden de aprehensión, al resolver la situación jurídica del procesado, al fenecer el término constitucional de 72 horas o algún incidente, etc.); y básicamente, de manera integral, al dictar sentencia.²⁴⁴

Respecto de los resultados de la valoración, el mismo autor considera que la valoración de los medios de prueba conduce a los siguientes resultados: Certeza o duda.

²⁴² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit., P. 317.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

La certeza permite al juez definir la pretensión punitiva estatal y hacer factibles los aspectos positivos del delito o bien, los negativos, de tal manera que, frente a los primeros se aplica la pena, y en lo segundo, la absolución correspondiente.

Cuando el tribunal procede a la valoración de la prueba, frente a la problemática de la duda se aplica el principio exegético in dubio pro reo; de tal manera que, si a través de la apreciación del material probatorio, se llega a la incertidumbre, a un estado dubitativo, esto no justifica al juzgador para dejar de resolver el asunto, y en tales circunstancias debe absolver, independientemente de que el sujeto a quien exculpe, tal vez, en otras circunstancias procesales debiera ser condenado.²⁴⁵

Ruiz Funes, citado por Roman Lugo menciona en forma concluyente, que la duda racional y la certeza lógica son en proporciones iguales, dos auxiliares poderosos en la justicia humana.²⁴⁶

Ahora bien, en relación al tema que nos ocupa, Hernandez Acero, citado por el maestro Barragán Salvatierra, define el valor de la prueba como la cantidad de verdad que posee o se le concede a determinado medio de prueba.²⁴⁷

Para el autor Barragán Salvatierra, dos son las cuestiones más importantes de la valoración de la prueba; el camino que sigue el juez para alcanzar la certeza y el concepto de certeza en el juez.

El juez, para alcanzar la certeza, recoge los datos que sobre los hechos aportan las partes y el propio juez, y con estos datos reconstruye el pasado. La labor del juez es similar a la del historiador.²⁴⁸

²⁴⁵ Cfr. Colin Sánchez, Guillermo, Op. cit, PP. 318-319.

²⁴⁶ ROMÁN LUGO, Fernando, Op. cit, P. 34.

²⁴⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit, P. 365.

²⁴⁸ Idem.

Añade dicho autor al referirse a la duda como resultado de la valoración efectuada por el juez, que en cuanto al aspecto del delito, pueden darse dos hipótesis:

1. La duda se manifiesta respecto a la existencia o no de algún aspecto negativo del delito; es decir, cuando al valorar la prueba se está ante la imposibilidad de decir si ha habido, en el caso a estudio, conducta o ausencia de ésta, tipicidad o atipicidad, antijuridicidad o causas de licitud, imputabilidad o inimputabilidad, culpabilidad o inculpabilidad, punibilidad o excusas absolutorias, etcétera.

2. La duda puede referirse a modalidades de la conducta, a la prescripción, a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y a los requisitos de procedibilidad, etcétera.²⁴⁹

A decir del autor Irigorri, los juzgadores están obligados a valorar o calificar sobre el mérito de las pruebas, en examen meritorio, al dictar los autos interlocutorios y las sentencias. Cuando se omite el examen o es errado, las decisiones adolecen de vicios en el juzgamiento que las hace impugnables por medio de los recursos.²⁵⁰

c) consideraciones personales.

Valoración de pruebas resultas ser, el análisis conjunto de todos y cada uno de los medios de prueba que se hubieran aportado al proceso y que realiza el titular del órgano jurisdiccional, ello independientemente de la valoración extrajudicial que previamente se efectúe.

²⁴⁹ *Ibidem*, P. 367.

²⁵⁰ IRAGORRI DIEZ, Benjamín. *Op.cit.* P. 34.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA EN EL DERECHO MEXICANO

1. MEDIO DE PRUEBA

Abordado en capítulo diverso, aunque de manera general, cabe decir en el presente, que autores nacionales, en relación al tema de que se trata, como Emiliano Sandoval, conciben al medio de prueba como "...el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso".²⁵¹

Para el autor Barragán Salvatierra, el medio de prueba es ella misma, es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que para su operancia debe existir un órgano que le imprima el dinamismo y a través de uno o más actos determinados se actualice su conocimiento.²⁵²

Conforme a lo apuntado por Franco Sodi al ser éste citado por el autor Colín Sánchez el objeto de la prueba es el tema del proceso o la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento, y el medio de prueba es el acto o medio usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento.²⁵³

Enriquece las ideas antes expuestas, el autor Hernández Pliego cuando éste manifiesta que, el medio de prueba, "...es todo aquello que es útil al juez para formar su convicción, es el instrumento que le permite alcanzar el conocimiento acerca del objeto de la prueba; Para Manzini, medio de prueba es todo aquello que puede servir directamente a la comprobación de la verdad. Generalmente se

²⁵¹ SANDOVAL SALGADO, Emiliano, Op.cit, P. 4.

²⁵² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op.cit, P. 362.

²⁵³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit, P. 310.

identifica el medio de prueba con la prueba misma. Así, se alude al testimonio como medio probatorio y al testigo como la prueba propiamente dicha.²⁵⁴

Por otra parte, para Roman Lugo, medio de prueba, es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba.²⁵⁵

Referente al tema que nos ocupa el autor Marco Antonio Díaz de León, menciona que, el legislador estatal, partiendo de fuentes reales, de la Doctrina procesal, de experiencias sacadas de los tribunales y de la vida social, en forma casi siempre enunciativa y no limitativa, ha reconocido y autorizado diversos instrumentos, formas, experimentos, fórmulas y actos que sirven y se utilizan en el procedimiento probatorio para probar, a los que se conocen con el nombre común de medios de prueba; por lo aquí establecido, esta denominación es incorrecta; la prueba es un concepto, una hipótesis normativa y, consecuentemente, no tiene medios; más que medios de prueba, en todo caso, serían medios de probar.²⁵⁶

2. SISTEMA DE PRUEBAS EN MÉXICO.

Según el maestro Barragán Salvatierra, en México, el sistema probatorio es mixto con tendencias al sistema libre en cada reforma a las leyes adjetivas.²⁵⁷

Lo anterior se corrobora, a decir del autor Colin Sánchez, con la sola lectura de los artículos 135, 138, 139, 143, 147, 164, 184, 189, 225, 244 fracción III, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 314, y demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.²⁵⁸

²⁵⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 179.

²⁵⁵ ROMÁN LUGO, Fernando, Op. cit. P. 24.

²⁵⁶ Cfr. Díaz de León, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, Op. cit. P. 52.

²⁵⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 364.

²⁵⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op.cit. P. 326.

2.1 Medios de prueba en la Legislación Mexicana

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su título sexto, artículo 206 señala en relación a los medios de prueba:

"Artículo 206. 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, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

Mientras que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el capítulo IV relativo a las pruebas, se establece:

"Artículo 135. La ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión.
- II. Los documentos públicos y 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, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

También se admitirán como prueba las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada

del Procurador General Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa".

Asimismo, según el maestro Barragán Salvatierra, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal también regula la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la interpretación, la confrontación y el careo; también el Código Federal de Procedimientos Penales hace este señalamiento con excepción de los cateos y visitas domiciliarias.²⁵⁹

A nuestro juicio, resulta mucho más desarrollada la legislación procesal federal que la del Distrito, en tanto que la primera no contiene una relación de medios probatorios y sencillamente dice que "son admisibles todos los medios de prueba que no sean contrarios a Derecho"

Señala el autor Colín Sánchez, que la necesidad de determinar la verdad histórica y la personalidad del delincuente obliga, a que en la secuela procedimental se allegue y se admita todo lo que facilite el conocimiento de los hechos, con sus circunstancias y modalidades; sometiendo a los integrantes de la relación jurídica procesal a la obligación de utilizar únicamente las pruebas convencionales señaladas en una absurda lista; de ser así, cobraría vigencia el aserto según el cual "el que tiene derechos y carece de medios para probarlo, no tiene más que la sombra de un derecho".²⁶⁰

El autor Román Lugo, al hacer alusión al contenido del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal expone que resulta más Lógico y de sistematización más correcta el empleo de una sola fórmula general, que contuviese el mismo principio de libertad de la prueba, ya que de todos modos la enumeración hecha por el artículo 135 es inoperante, porque no es limitativa.²⁶¹

²⁵⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit, P. 363.

²⁶⁰ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit, P. 311.

²⁶¹ ROMÁN LUGO, Fernando, Op. cit, P. 45.

No obstante lo anterior, efectuaremos un breve análisis de los supuestos que como medios de prueba alude el artículo 135 del ordenamiento adjetivo de la materia de aplicación para el Distrito Federal, por cuestión de método, en los términos siguientes:

- a) Confesión. La cual es concebida por Rafael de Pina, como el reconocimiento de la realidad de la existencia de un hecho o acto de consecuencias jurídicas desfavorables para el que la hace.²⁶²

Consideramos que adquiere especial relevancia lo consignado en la fracción II del artículo 20 Constitucional, mismo precepto dispone: "No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio "Se conocen diferentes especies de confesión: La judicial, hecha en el proceso con las formalidades legales; la extrajudicial, formulada fuera de proceso o ante juez incompetente; la expresa, que se exterioriza por medio de palabras claras y terminantes; la tácita o ficta, deducida de algún hecho que la ley presume; la simple, que contiene una declaración llana y sin reservas del hecho o acto a que se refiere; la cualificada, que, afirmando un hecho o acto, introduce en los mismos modificaciones susceptibles de destruirlos o modificarlos; la divisible, que consta de elementos que pueden separarse, y la indivisible, aquélla cuyos elementos no pueden ser objeto de separación.

La confesión ha sido tenida tradicionalmente como la "Reina de las pruebas, pero en la actualidad no se le reconoce más valor que a cualquiera de las demás autorizadas legalmente.

²⁶² DE PINA, RAFAEL, Op. cit. P. 180.

b) Documentos Públicos y Privados. En opinión del autor Cipriano Gómez Lara, el documento es una cosa que contiene la representación material, mediante signos, símbolos, figuras o dibujos, de alguna idea o pensamiento. Hoy en día, la gran mayoría de los documentos que conocemos, están, desde luego elaborados sobre papel. Ahora bien, el documento es de carácter público, cuando es producido por un órgano de autoridad en el ejercicio legítimo de sus atribuciones. Constituyen documentos públicos, conforme lo prescrito por el artículo.²⁶³

Constituyen documentos públicos, conforme lo prescrito por el artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles de aplicación en el Distrito Federal.

"Son documentos públicos:

- I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;
- II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;
- III. Los documentos auténticos, libros, actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno federal, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal;
- IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;
- V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a los actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que no fueran cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;
- VI. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el

²⁶³ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit. P. 276.

- gobierno general o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieran;
- VII. Las actuaciones judiciales de toda especie;
- VIII. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio.
- IX. Los demás a los que se les reconozca ese carácter."

Ahora bien, por lo que hace a los documentos denominados privados los mismos por un criterio de exclusión puede pensarse que son, todos aquellos que no son públicos, y que, por tanto, son producidos por los particulares.²⁶⁴

d) Dictámenes periciales. La prueba de dictamen pericial consiste en que en virtud de que el juzgador no puede ser un especialista en todas las ramas del saber humano, sea entonces asesorado o ilustrado por peritos, por conocedores de las diversas materias del conocimiento humano. El dictamen pericial, por regla general, contiene una opinión técnica referida a determinado asunto; de ello se deriva que habrá tantos especialistas como ramas científicas y actividades prácticas existan.²⁶⁵

En el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que: "...siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos".

e) Inspección judicial. En esta prueba el juez, o los miembros del tribunal, si éste es colegiado, examinan directamente las cosas o las personas para apreciar circunstancias o hechos captables directa y objetivamente. Este examen puede realizarse en el propio local del tribunal, si las cosas o personas, objeto de ese

²⁶⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit. P. 276

²⁶⁵ Idem.

examen directo, pueden ser llevadas a la vista del juzgador, pero puede suceder que los juzgadores tengan que salir de los locales del tribunal e ir al lugar en donde dichas cosas deban ser examinadas; como en el caso de que el objeto de la inspección judicial sea un inmueble en estado ruinoso, o bien un terreno de cultivos agrícolas, o animales que por su tamaño u otras circunstancias no puedan ser llevados al local mismo del tribunal. Cabe advertir que es susceptible de materia de esta prueba todo aquello que no requiera para su apreciación u observación de conocimientos especiales, porque entonces entraríamos en el terreno de la prueba pericial, sin embargo, este reconocimiento o inspección judicial directos de las cosas o de las personas, puede combinarse o coordinarse con la prueba pericial e inclusive con la de testigos, porque en el acto mismo de la inspección judicial y teniendo el juzgador a la vista los objetos, podrá formular ciertas preguntas a los testigos y a los peritos, para completarse así mismo una más cabal e integral idea de las cosas examinadas y de las circunstancias que las rodean.²⁶⁶

La importancia de la inspección estriba, en que se trata de un acto de comprobación personal de la autoridad, en el que los elementos de investigación están recogidos de la realidad misma de las cosas.

La inspección, a decir del autor Colín Sánchez constituye "...un acto procedimental que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de personas, lugares. Objetos y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento de la realidad de una conducta o hecho o para el descubrimiento del autor".²⁶⁷

Según el autor Hernández Pliego, la inspección se define, como la percepción, examen y descripción, directamente por parte de la autoridad, de personas, cosas, lugares, huellas y otros efectos materiales del delito,

²⁶⁶ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit., P. 277.

²⁶⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit., P. 387

considerando que la ley procesal autoriza inspeccionar todo aquello que pueda ser apreciado por la autoridad que conozca del caso.²⁶⁸

Para el autor Barragán Salvatierra, "...la inspección, en términos procesales, es un medio de prueba real y directa, por el cual el juez observa o comprueba personalmente sobre la cosa, no solo su existencia o realidad sino alguna de sus características, condiciones o efectos de interés para la solución del asunto sometido a sus decisión".²⁶⁹

Respecto de la naturaleza que la inspección reviste, el autor Colín Sánchez manifiesta que la misma es un medio de prueba real, directo y personal, para en líneas subsecuentes agregar que el agente investigador del Ministerio Público adquiere el conocimiento de manera directa y real, aun cuando no obren en sus poder ningunas declaraciones; sin embargo, en el proceso, como no existe medio suficiente para transmitir al juez esa experiencia de manera fidedigna, es un acto complementario de las declaraciones.²⁷⁰

Conforme la opinión del maestro Barragán Salvatierra, existen dos tipos de inspección, la extrajudicial y la judicial. La extrajudicial es la que hace el Ministerio Público durante la averiguación previa. La judicial es la que realiza el juez de la causa durante la instrucción.²⁷¹

La inspección se constituye en prueba plena, siempre que se practique con los requisitos de ley.

f) Testigos. La prueba de testigos, también llamada prueba testimonial, consiste en las declaraciones de terceros a quienes les consten los hechos sobre los que se les examina. Esta declaración de terceros ajenos a la relación

²⁶⁸ HERNANDEZ PLIEGO, Julio A., Op. cit., P. 232

²⁶⁹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit., P. 418

²⁷⁰ Cfr., Colín Sánchez Guillermo, Op. cit., P. 388

²⁷¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos Op. cit., P. 419

sustancial del proceso, se les hace por medio de preguntas contenidas en interrogatorios, los cuales formula la parte que ofrece el testigo. El testigo debe ser conocedor directo de las cuestiones sobre las que se le interroga y, además, debe tener la característica de imparcialidad, es decir, no tener un interés particular en el negocio y debe no estar en una posición de relación íntima o de enemistad, con alguna de las partes en el juicio. Cada testigo debe ser examinado por separado, y, además, el testigo que ya ha sido interrogado no debe tener relación o contacto con el testigo que aún está por examinarse. La razón de esto es obvia, un testigo ya examinado le manifestaría al testigo por examinar sobre qué se le ha estado interrogando y qué ha contestado, lo cual desvirtuaría la esencia del valor de la prueba testimonial el cual radica en que dos o más testigos hayan respondido a las mismas preguntas en forma paralela, es decir, lo que se ha llamado testigos contestes y conformes en sus declaraciones; de lo contrario, si los testigos al ser interrogados sobre los mismos hechos, difieren radical y sustancialmente en sus declaraciones, su testimonio se invalida.²⁷²

Respecto a dicho medio de prueba, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

"Artículo 189. Si por las revelaciones hechas en las primeras diligencias, en la querrela, o por cualquier otro modo, apareciere necesario el examen de algunas personas para el esclarecimiento de un hecho delictuoso, de sus circunstancias o del inculpado, el Ministerio Público o el juez deberán examinarlos.

Artículo 190. Durante la instrucción, el juez no podrá dejar de examinar a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes. También deberá examinar a los testigos ausentes, en la forma prevenida por este código, sin que

²⁷² Cfr. Gómez Lara, Cipriano, Op. cit, PP. 277-278.

esto demore la marcha de la instrucción o impida al juez darla por terminada, cuando haya reunido los elementos necesarios".

g) Presunciones. Se ha dicho que, en realidad, la presunción no es una prueba ni un medio de prueba.

Indudablemente que la presunción no tiene materialidad, no está en ninguna parte físicamente, y entraña un mecanismo de razonamiento del propio juzgador mediante el cual por deducción o por inducción, se llega al conocimiento de un hecho primeramente desconocido, partiendo de la existencia de un hecho conocido. Por tanto, el mecanismo por el que se arriba a una presunción es un mecanismo meramente de raciocinio, repetimos, de deducción o de inducción lógicas y sólo en este sentido puede ser considerado medio de prueba. En rigor se trata de una excepción a la necesidad de probar, y entonces estamos frente a la llamada presunción *juris et de jure*, es decir, la que no admite prueba en contrario o bien frente a una inversión de la carga de la prueba y entonces, estamos frente a la llamada presunción *juris tantum*.

Además, las presunciones se suelen clasificar en presunciones legales y presunciones humanas. Las primeras son las reglamentadas expresamente por un texto legal; las segundas son las que sin estar reglamentadas específicamente por la ley, pueden ser utilizadas por el juzgador dentro de una sana lógica y dentro de un correcto raciocinio. Además, las presunciones pueden hacer que la constatación de diversos hechos, los cuales aisladamente no aparecen plenamente probados en un proceso, sin embargo, en conjunto, por su concatenación hagan presumible su existencia.²⁷³

Ahora bien, cabe destacar que si bien es cierto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal alude a los medios de prueba a que se ha hecho alusión, resulta pertinente hacer notar que lo hace de manera enunciativa y no

²⁷³ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit. P. 279.

limitativa, dado que en el capítulo VI se refiere a otros medios de prueba, como lo son a manera de ejemplo: la confrontación, reconstrucción de hechos y careos.

En cambio, el Código Federal de Procedimientos Penales, en una expresión más afortunada, señala que 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, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal, regulando, de tal modo, el desahogo de las pruebas que en dicho dispositivo legal se mencionan, entre las que se ubica la confrontación, al que por cuestión de método omitiremos hacer referencia en el presente capítulo, para remitirnos al mismo en el capítulo subsecuente.

Por lo que hace a un medio de prueba que tiene estrecha vinculación con la inspección, como lo es la reconstrucción de hechos, cabe decir, que en opinión del autor Oronoz Santana "...la reconstrucción de hechos es la reproducción de actos por las personas que intervinieron en los mismos, siempre que ellos fuese posible, conforme a la descripción que existe en el expediente, sirviendo de base para que el juzgador compruebe en cierta medida las versiones dadas por las personas que haya depuesto en el expediente concreto..."²⁷⁴

Para el autor Jorge Alberto Silva y Silva, es necesario precisar que la reconstrucción es el procedimiento utilizado para la obtención del dato o prueba. Es decir, la prueba no es la reconstrucción (esto es el procedimiento), sino la constatación o el resultado obtenido mediante el procedimiento; la verificación, comprobación o constatación del dato o declaración es la prueba. Respecto a la naturaleza de su naturaleza, el mismo autor reconoce que se trata de un medio técnico complejo.²⁷⁵

²⁷⁴ ORONOS SANTANA, Carlos M., Manual de Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial Cárdenas Editor, México, 1997, P. 154

²⁷⁵ Cfr., Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial Harla S.A. de C.V., México 1990, P.632

Para el autor Colín Sánchez, la reconstrucción de la conducta o hecho, "...es un acto procedimental, caracterizado por la reproducción de la forma, el modo y las circunstancias en que , se dice ocurrió la conducta o hecho motivo del procedimiento, con el fin de apreciar sus declaraciones". Agrega dicho autor en líneas subsiguientes, que no se trata de una forma de inspección, ya que para que pueda realizarse la reconstrucción debe existir previamente una inspección".²⁷⁶

Para el Maestro Barragán Salvatierra, este acto procedimental no es medio de prueba autónomo sino complementario y necesario para apreciar las declaraciones y los dictámenes de peritos.²⁷⁷

La reconstrucción de los hechos debe llevarse a cabo en la averiguación previa (se denominará inspección ocular y con las reformas de 1994 se le denomina inspección ministerial), después de terminada la instrucción, en la audiencia final o vista del proceso o la audiencia del jurado, y cuantas veces lo estime necesario el funcionamiento de policía judicial o de la instrucción.

Debe practicarse en el lugar en que se cometió el delito, cuando el sitio tenga influencia en el desarrollo de los hechos que se reconstruyan y en caso contrario podrá practicarse en cualquier otro lugar.

Para practicar ésta, el personal del Ministerio Público o del juzgado se trasladará al lugar de los hechos junto con las personas que deban concurrir, tomara la protesta de producirse con verdad de testigos y peritos, designará a la persona o personas que sustituyan a los agentes del delito que no estén presentes y dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con éste. En seguida leerá la declaración del inculcado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron

²⁷⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 396

²⁷⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit., P. 425

los hechos, lo mismo hará con cada uno de los testigos presentes. Entonces los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones y preguntas que haga el Ministerio Público o el juez, los que procurarán que los dictámenes versen sobre puntos precisos.²⁷⁸

En cuanto a su valor probatorio, el maestro Barragán Salvatierra menciona en su obra que, dicha justipreciación no se hará de forma aislada, sino con relación a las pruebas ya existentes en autos, especialmente las declaraciones y los dictámenes de peritos; en estas condiciones el acto procedimental de referencia se constituye en un elemento con influencia trascendente en la valoración de las declaraciones mencionadas.²⁷⁹

Para el autor Hernández Pliego, en cuanto al valor probatorio de la reconstrucción, la ley le asigna, igual que a la inspección, valor de prueba plena, si se lleva a cabo de acuerdo a las formalidades legales.²⁸⁰

El autor Silva Silva, hace hincapié en que, "...tanto la inspección —a la que en otro lugar denominamos reconocimiento judicial o administrativo— como la constatación resultante de la reconstrucción coinciden en ser procedimientos probatorios, pues en ambas se obtienen datos. No obstante, difieren no sólo en el procedimiento (estático o dinámico)..."²⁸¹

Añade el autor antes referido que, en cuanto al procedimiento, en la inspección sólo hay observación, en tanto que la reconstrucción se da la reproducción o experimentación; y en su esencia, mientras que el reconocimiento o inspección consiste en una mera descripción, en la constatación resultante de la reconstrucción se verifica o comprueba el dato afirmado como posible.²⁸²

²⁷⁸ Ibidem, p. 426

²⁷⁹ Ibidem, p. 427

²⁸⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., Op. cit., P. 239

²⁸¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. cit., P. 633

²⁸² Idem

En suma, nosotros consideramos que mientras la inspección tiene un carácter estático, es decir no se ponen en movimiento cosas o personas, por lo que dicho acto se reduce a ser meramente una descripción, por otro lado la reconstrucción de hechos, constituye en cuanto a su desahogo un acto dinámico pues se ponen en movimiento cosas o personas, resultando indispensable en este último caso, que previamente se haya realizado la inspección ministerial y hayan sido examinados el acusado, el ofendido y los testigos que tengan relación directa con ella. La parte que solicite la reconstrucción de hechos debe precisar cuales son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiendo repetir la diligencia cuantas veces sea necesaria.

Respecto al careo, el autor Hernández Pliego señala, que, "carear es poner cara a cara a dos personas".²⁸³

Agrega el autor antes mencionada que, "... el careo persigue como finalidad, el evitar la creación de testimonios artificiosos, hechos a espaldas de la persona".²⁸⁴

Para el autor Barragán Salvatierra, el careo no es precisamente un medio de pruebas sino un medio complementario de prueba, debido a que es necesaria la existencia de una declaración de cargo en contra del inculpado".

Añade el maestro Barragán Salvatierra que, en el ámbito jurídico, significa enfrentar a dos o varios individuos para descubrir la verdad de un hecho al comparar sus declaraciones. En términos procesales, es un medio de prueba autónomo que se utiliza para despejar las dudas por deposiciones discordes.²⁸⁵

Existen diferentes tipos de careos, los autores lo clasifican en constitucional, procesal o real o dramático y supletorio.

²⁸³ HERNANDEZ PLIEGO, Julio A., Op. cit., P. 216

²⁸⁴ Idem

²⁸⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit., PP. 402-403

A decir del maestro Barragán Salvatierra, el artículo 20, fracción IV constitucional, establece como garantía que todo procesado, siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez y de quienes depongan en su contra (careo constitucional), cuya diferencia con el procesales que el primero debe darse entre el procesado y los testigos independientemente de que exista o no contradicción y en el segundo las contradicciones dan origen al careo, es preciso que se practique siempre que consten dos declaraciones contradictorias, aun cuando uno de los sujetos que deba ser careado no este presente, dándose entonces el careo supletorio.²⁸⁶

Antes de las reformas constitucionales de 1993, se establecía en el artículo 20, fracción IV, que todo procesado debía ser careado con los testigos que depusieran en su contra como garantía constitucional; después de las reformas es optativo para el procesado el solicitar o no esos careos constitucionales.²⁸⁷

Rivera Silva, citado por Silva Silva, apunta que, el careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal. Es decir, no tiene compromisos con el testimonio, ni con ningún medio probatorio. Más que un medio probatorio, es un derecho concedido al inculpado para que, como dice la Suprema Corte de Justicia, "el reo vea y conozca las personas que declaren en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa".²⁸⁸

Silva Silva menciona que, el careo procesal o probatorio, es un medio, un método o una guía que mediante la discusión de versiones contradictorias (contrastación de declaraciones), está encaminada a descubrir o afinar la versión correcta, en la que el juez tendrá a la vez la posibilidad de convencerse del o de los datos declarados.²⁸⁹

²⁸⁶ Ibidem, P. 404

²⁸⁷ Ibidem

²⁸⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. cit., P. 600

²⁸⁹ Ibidem

Agrega el autor antes mencionado, que en el careo se obtiene no sólo un debate entre declaraciones, sino también importantísimas experiencias psicológicas que llevan o no al convencimiento del juez acerca del hecho, e inclusive la posibilidad (reconocida por la ley) de que se revoque la primitiva versión.²⁹⁰

Respecto del momento procesal en que debe practicarse el careo, con las reformas de 1994, tanto el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal como el federal, no establecen el momento procesal en que deban practicarse, pero se desprende que debe ser hasta antes de que se cierre la instrucción.²⁹⁰

²⁹⁰ Ibidem, p. 602

²⁹⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. PP. 405-406

CAPITULO IV.

LA CONFRONTACIÓN

1 CONCEPTO.

a) Significación gramatical.

En el Diccionario de la Lengua Española, se señala que dicha voz resulta ser la acción de confrontar, ponerse una persona frente a otra.²⁹¹

Por otro lado en el diccionario de Derecho Procesal Penal se alude a que "...procesalmente, significa el acto por medio del cual se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otra que afirma conocer, o bien el que se efectúa cuando se sospeche que no la conoce para despejar las incertidumbres sobre dicho conocimiento".²⁹²

b) Posturas doctrinales

La palabra confrontación, del latín cum, con, y frous, frente, significa poner a dos personas en presencia de otra, para comparar sus asertos o para identificación entre sí.²⁹³

En el Diccionario de Derecho, Rafael de Pina asienta que la confrontación es el medio de identificación física de una persona, practicado en el proceso penal de acuerdo con los artículos 217 a 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.²⁹⁴

²⁹¹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo I. Op. cit. P. 358

²⁹² DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I, Op. cit. P. 496

²⁹³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, Op.cit. P. 185.

²⁹⁴ DE PINA, Rafael, Op. cit. P. 180.

Para el maestro Barragán Salvatierra, la confrontación, en su acepción procesal, significa el acto por el cual se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otro que afirma conocer, o bien el que se efectúa cuando se sospecha que no la conoce para despejar incertidumbres sobre dicho conocimiento.

La llamada identificación en rueda de presos es un acto procedimental que consiste en identificar, en una diligencia especial, a la persona a que se hace alusión en la declaración, para así despejar los aspectos imprecisos o dudosos.²⁹⁵

A decir del autor Colín Sánchez, debe existir una declaración, de la que se desprenda un estado dubitativo del declarante en cuanto a la identidad del sujeto a quien se refiere, o bien, la sospecha de que, a pesar de que el declarante afirmó conocer al sujeto, esto no sea así. En ambos casos despeja toda incógnita, y para esos fines se acude a la práctica del acto en cuestión.²⁹⁶

Respecto de la naturaleza de la confrontación, el autor Rivera Silva señala, que dicho acto no es medio de prueba, sino medio auxiliar de la prueba testimonial, pues con la realización de la confrontación se suple la deficiencia del testigo para la descripción y se perfecciona el testimonio que resultaba hasta cierto punto, incompleto.²⁹⁷

Se adhiere a la opinión antes expuesta el autor Colín Sánchez, para quien dicho acto procedimental no es un medio de prueba autónomo, sino complementario y necesario para apreciar las declaraciones y los dictámenes de peritos.²⁹⁸

²⁹⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 423.

²⁹⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 394.

²⁹⁷ RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, Vigésimosesta edición, Editorial Porrúa, México, 1997, P. 259.

²⁹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. P. 425.

Según Hernández Pliego, la confrontación es una prueba auxiliar que permite la identificación, no sólo por su nombre, sino físicamente, de los participantes en el proceso penal, para descubrir si realmente se les conoce o no.²⁹⁹

Contrariamente a las opiniones expresadas por los autores antes mencionados, el maestro Barragán Salvatierra, estima que la confrontación es un medio de prueba, ya que se persigue con ella un conocimiento de algo que se investiga en el proceso, como el conocer la identidad de alguna persona involucrada en el mismo, ello independientemente de que la valoración de dicha diligencia no se hace aisladamente; si constituye un medio para confirmar y completar las declaraciones, sus efectos recaerán sobre éstas.³⁰⁰

2. DINÁMICA.

En nuestro sistema procesal, por regla general, toda persona que tuviere que referirse a otra en su declaración o en cualquier otro acto judicial, debe hacerlo de manera clara, de modo que no deje lugar a duda respecto a la persona que señala, lo cual hará mencionando su nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan darla a conocer (artículo 217 del Código del Distrito, y 258 del Federal). Esta regla no requiere de mayor explicación, en el proceso penal deben estar perfectamente identificadas las personas que se relacionen con los hechos delictivos que en él se investiguen.

Por esta razón, cuando en el proceso penal alguien declare que ignora los datos de la persona a quien se refiere, pero manifieste que puede reconocerla si se la presenta, se tendrá que proceder a la confrontación para que lo demuestre. Igualmente se practicará ésta, cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivo para sospechar que no la conoce.³⁰¹

²⁹⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Op. cit. P. 209.

³⁰⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. PP. 424-425.

³⁰¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, Op. cit. P. 189.

Según el maestro Barragán Salvatierra, este acto procedimental es de suma importancia especialmente para la defensa, aunque es una prueba que puede solicitar el Ministerio Público y que también por su dinámica se denomina rueda de presos.³⁰²

La confrontación, a decir del autor Colín Sánchez es un acto singular, impregnado de teatralidad, en el que, el juez, a manera de un espectador, percibe directamente los sucesos y el resultado de dicha diligencia. Atendiendo las prescripciones de los códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos 217 a 223), y Federal (artículos 258 a 263), se sujetará a la dinámica siguiente:

a) Previamente se coloca en fila a varios individuos y entre ellos al que va a ser confrontado, tomando las debidas precauciones para que éste no se disfrace, ni se desfigure, ni borre las huellas o señales conducentes a su identificación. El sujeto aludido se presentará vestido con ropas semejantes a las de los otros, mismos que se procurará tengan las señas de éste, si fuere posible; y que sean de clase análoga, atendiendo para ello a su declaración, modales y circunstancias especiales.

b) Al confrontarse se le tomará la protesta de decir verdad, y se le interrogará si insiste en su declaración, si conoció con anterioridad a la persona a quien se atribuye el hecho, si la conoció en el momento de la ejecución del delito, y si después de que éste se llevó a cabo, la ha visto en algún lugar, "por qué causa y con qué motivo".

Cumplidos estos requisitos, se conducirá entonces al declarante frente a las personas que formen la fila; si hubiere afirmado conocer aquella de cuya confrontación se trata, se le permitirá reconocerla detenidamente, y se le prevendrá que toque con la mano a la designada, manifestando las diferencias o

³⁰² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 422.

semejanzas que advierte entre el estado actual y el que tenía en la época a que su declaración se refiera.³⁰³

El maestro Barragán Salvatierra critica el hecho de que luego de situar al procesado detrás de la reja de prácticas, se le pregunte a quien deba identificarlo, si reconoce a la persona que cometió el delito, lo que resulta obvio y por lo mismo esta prueba carece de utilidad.³⁰⁴

Según Emiliano Sandoval, la diligencia de confrontación (cuando sean varias), deberán hacerse sin que sea posible la comunicación entre las personas que tratan de identificar. Esto para evitar que se pongan de acuerdo y evitar resultados distorsionados e ineficaces.³⁰⁵

Respecto al punto que nos ocupa, concluye Julio Acero, que la forma de llevar a cabo la diligencia está prescrita minuciosamente en las leyes. Se presenta siempre al reo en una fila o rueda con otros presos para que vea si efectivamente el testigo lo señala con espontaneidad distinguiéndolo de los demás. De otra manera le sería muy fácil aún por inconsciente sugestión reconocer al primero que se le llevara sin que en tal identificación aislada hubiera gran seguridad.³⁰⁶

3. LA CONFRONTACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

A decir del autor Emiliano Sandoval, para la ley procesal penal, la confrontación es contemplada como un medio de prueba que le permite al juzgador ponderar la declaración o testimonial de que se trate.

³⁰³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit. PP. 394-395.

³⁰⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit. P. 423.

³⁰⁵ SANDOVAL SALGADO, Emiliano, Op. cit. P. 121.

³⁰⁶ ACERO, Julio, Op. Cit. p. 120.

En virtud de que el órgano de ejecución debe ser jurisdiccional, por tal motivo la diligencia de confrontación no podrá realizarse en secreto; obviamente antes de llevarse a cabo habrá que notificarse al defensor y al agente del Ministerio Público.

Es importante destacar que la diligencia deberá ser realizada con observancia de varias formalidades; a fin de disminuir la posibilidad de errores, asegurar su seguridad y eficacia y garantizar la seguridad, libertad y sinceridad de la identificación.

La confrontación procederá en los siguientes casos:

a) La confrontación requiere la existencia de una declaración. Mientras no exista tal declaración no podrá llevarse a cabo una confrontación.

b) Cuando el que declara no puede dar noticia exacta de la persona a que se refiere; cualquier persona que pueda contribuir a comprobar o perfeccionar la identidad física o la identificación nominal de otra.

c) Quien declare haga la descripción de la persona a la cual se refiere, versará sobre el sexo, estatura, edad, físico, color de ojos y cabellos, señas particulares, vestimenta, las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión en las cuales se le vio y las condiciones en que fue observado.³⁰⁷

Hernández Pliego señala que, aunque generalmente se practica la confrontación para lograr la identificación del inculpado, nada se opone a que a través de ella se trate de identificar a un testigo de cargo o de descargo, al ofendido por el delito o a otra persona que tenga relación con el hecho delictivo.³⁰⁸

³⁰⁷ Cfr. Sandoval Salgado, Emiliano, Op. cit. PP. 116-118.

³⁰⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., Op. cit. P. 209.

Humberto Briseño Sierra pondera que, el sentido común y la experiencia permiten afirmar que una identificación obtenida de esta manera tiene suficiente fundamento de credibilidad, y que la persona que se señala, el sujeto procesal reconocido, es la misma que intervino en la comisión del delito.

La confrontación se encuentra regulada por los artículos del 217 al 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el ordenamiento adjetivo federal de la materia, del artículo 258 al 264.

Dicho acto procedimental es susceptible de realizarse tanto en la fase procedimental de averiguación previa, como durante la denominada instrucción.³⁰⁹

3.1 En Averiguación Previa

Según el autor Colín Sánchez, el Ministerio Público, durante la averiguación previa, no está impedido para celebrarla si así lo estima conveniente; aunque, en esta etapa queda reducida a una simple identificación, de la que no es posible obtener los efectos trascendentales que puedan adquirirse cuando es el juez quien las ordena y la presencia.³¹⁰

Por otro lado, el maestro Barragán Salvatierra considera que la confrontación o reconocimiento también puede realizarse ante el Ministerio Público, aunque no se hace regularmente y menos ajustada a derecho realizando una identificación de la víctima, ofendido o testigos de quien dicen cometió el hecho delictuoso, por el que está a disposición del Ministerio Público, aunque en el Estado de México sí se busca practicar conforme lo establece el código adjetivo, reuniendo a varios sujetos con las mismas características y es señalado al que se considera el responsable.³¹¹

³⁰⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El enjuiciamiento Penal Mexicano, 5ª. Edición, Editorial Trillas, México, 1985, P. 169.

³¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op.cit, P. 395.

³¹¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit, P. 422.

3.2 En instrucción

Es en el proceso penal donde la identificación física de las personas que en el mismo participan, adquiere mayor relevancia. Para el proceso penal esto es importante porque dentro del mismo se quiere saber, con certeza, que las actuaciones de la instancia se refieren precisamente a los sujetos involucrados en ella y no a otros diferentes. En este tipo de enjuiciamiento la búsqueda de la verdad encuentra un obstáculo que, normalmente, se debe superar y que le es absolutamente suyo propio, representado por las limitaciones o malicia de las partes que intervienen en el proceso, y que hay que desenmascarar. Es decir, en esta clase de juicio, en el cual la convicción del órgano jurisdiccional a menudo se debe fundar sobre las declaraciones de los testigos, el peligro de errores en la valoración de testimonios está representado no sólo por los errores intencionales de los deponentes, sino, también por los involuntarios está representado no sólo por los errores intencionales de los deponentes, sino, también por los involuntarios que son acaso los más frecuentes; insidiosos y difíciles de descubrir. En ambos tipos de error, cuando exista sospecha de que alguien se refiere o señala a una persona sin conocerla personalmente, se hace necesario que la identifique en lo personal para despejar las dudas sobre si realmente la conoce o no.

De lo anterior deducimos que para la búsqueda de la verdad, en el proceso penal, no es sólo suficiente el conocimiento de las personas a través de sus nombres, sino el conocimiento indudable de ellas por medio de su identificación individual. Este reconocimiento de la identidad de un sujeto en el proceso penal es lo que constituye la prueba de confrontación.³¹²

Para el autor Marco Antonio Díaz de León, la confrontación se desahogará en la instrucción tantas veces como dudas surjan en la misma sobre el conocimiento o descripción que manifieste una persona sobre otra.³¹³

³¹² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, Op. cit., P. 185.

³¹³ *Ibidem*, P. 189.

A decir de Colín Sánchez, con la confrontación, fundamentalmente se pretende lograr la convicción del juez.³¹⁴

En opinión del maestro Barragán Salvatierra, en la práctica esta probanza existen una serie de vicios entre los jueces penales, como es que la admitan pero no la desahoguen inicialmente, sino después de haberse ampliado declaraciones y hasta la realización de careos, y por lo mismo es inútil su desahogo, ya que la persona que va a reconocer al inculpado, si no lo había visto antes, ya lo vio tras de rejas si está privado de su libertad.³¹⁵

Para el autor Emiliano Sandoval, el éxito de la confrontación constituye una prueba para el declarante o testigo de que se trate, porque ante la similitud de características de las personas que se le pongan a la vista, podrá señalar a la persona a quien se refiere en su declaración, siempre que lo hubiere observado o memorizado suficientemente.

Esto no significa que el juzgador deba reconocerle plenamente crédito a la versión de un testigo que en la confrontación identifica suficientemente a la persona a quien se refiere en su declaración, pues, para ello habrá de valorizar su declaración conforme a los lineamientos respectivos.³¹⁶

a) Consideraciones personales.

Medio de prueba, a verificar tanto en averiguar previa como en instrucción. Procesalmente consiste en el acto por el que se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otra que afirma conocer, o bien el que se efectúa cuando se sospeche que no la conoce.

³¹⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. cit, P. 395.

³¹⁵ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. cit, PP. 422-423.

³¹⁶ SANDOVAL SALGADO, Emiliano, Op. cit, P. 122.

4. JURISPRUDENCIA

CONFRONTACIÓN. Si antes de identificar oficialmente al acusado, les fue mostrado a los testigos ante la policía judicial, ello invalida la diligencia respectiva en cuanto al valor probatorio que de ella pudiera deducirse. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII, Agosto de 1993. Página 388.

CONFRONTACIÓN. A QUIEN COMPETE PROVEERLA Y LA NECESIDAD DE SU DESAHOGO. De conformidad con los términos de los artículos 258 y 259 del Código Federal de Procedimientos Penales, cabe concluir que es el juez de los autos a quien discrecionalmente compete proveer sobre el desahogo de la confrontación, ya oficiosamente o a solicitud de parte, dada la finalidad de la misma; la cual, por ser una prueba auxiliar de la testimonial, su propósito es el de que "el que declare no puede dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare... (y) lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce". Si dicha diligencia no se practicara, siendo necesaria, o se desahogare en forma distinta de la prevenida por la ley, hace procedente la reposición del procedimiento en términos de la fracción IV del artículo 160 de la Ley de Amparo. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. I, Segunda Parte 1, Enero a Junio de 1988. Página 202.

CONFRONTACIÓN. CASO EN QUE CARECE DE VALOR PROBATORIO. El acta de la diligencia de confrontación llevada a cabo ante el Ministerio Público carece de valor probatorio, si al calce de la misma únicamente aparece la firma de dicho funcionario y la de los testigos de asistencia, pero no la de los demás personas que según el texto de dicha acta intervinieron en la confrontación.. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI, Segunda Parte 2, Julio a Diciembre de 1990. Página 491.

CONFRONTACION, DILIGENCIA DE, CUANDO NO ES NECESARIO PRACTICARLA. Conforme a la interpretación del artículo 225, párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, la prueba de confrontación constituye un instrumento para lograr la identificación del acusado, cuando una persona se refiere a él y no puede dar noticia exacta de tal identificación sino únicamente expresa que podría reconocerlo o asegure conocerlo pero hay motivos fundados para sospechar que no le conoce; por lo que si sucede que ya antes del ofrecimiento de la prueba de que se trata, los denunciantes en sus declaraciones, ya habían identificado plenamente al quejoso como uno de los participantes en el asalto, ningún objeto tiene el desahogo de la confrontación para realizar una nueva identificación ya innecesaria. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación.. Tomo XIII, Enero de 1994. Página 190.

CONFRONTACIÓN, DILIGENCIAS DE. CONCEPTO. En sentido técnico jurídico, la palabra confrontación significa poner a dos personas en presencia una de otra, para comparar sus aserciones o para identificación entre sí; procesalmente, es el acto a través del cual se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otra que afirma conocer. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX, Enero de 1992. Página 144.

CONFRONTACIÓN. OPORTUNIDAD DE LA DILIGENCIA DE. De la interpretación correcta del artículo 218 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no se desprende que esta diligencia sea exclusiva de la averiguación previa, sino que podrá realizarse también durante la secuela del procedimiento, siempre que el que declara afirme poder reconocer a la persona si se le presenta, o cuando asegure conocer a una persona y haya motivo para sospechar que no la conoce, lo que significa que la necesidad de la confrontación da lugar a la procedencia de su admisión y desahogo. Octava Época. Tribunales

Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX, Enero de 1992. Página 145.

CONFRONTACIÓN, PRUEBA DE. SU DESAHOGO ES FACULTAD EXCLUSIVA DEL JUEZ DEL PROCESO (legislación del estado de Jalisco). El artículo 216, párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, dispone: "Cuando el que declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podría reconocerla si se le presentare, el Juez procederá a la confrontación...". Ahora bien, una correcta interpretación de dicho precepto, permite establecer que el desahogo de esa probanza es una facultad exclusiva del Juez del proceso, toda vez que por disposición expresa de la ley, es esta autoridad la única que puede proceder a la confrontación; en tales condiciones, si el quejoso sostiene que es ilegal y nula la diligencia practicada por el Ministerio Público en la etapa indagatoria, en la que el ofendido reconoció a aquél, como el autor del ilícito cometido en su contra, porque no se llevó a cabo conforme a lo dispuesto por el precepto legal antes mencionado, así como el diverso numeral 217 de dicho código el cual prevé las circunstancias que se deben cuidar en la práctica de la confrontación, tal aseveración resulta infundada, ya que no se trata de una confrontación, como lo pretende hacer valer el acusado, sino de una simple comparecencia para identificar al activo; por tanto lo dispuesto por los artículos 216 y 217 del código procesal en comento, no es aplicable en la etapa de averiguación previa, pues el primero de los dispositivos no otorga facultad al Ministerio Público para practicar la confrontación, lo que en estricto sentido significa que el desahogo de esa prueba, se reitera, es facultad exclusiva del Juez del proceso. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIII, Abril de 2001. Tesis III.2o.P.73 P. Página 1048.

CONFRONTACIÓN. Aun cuando de acuerdo con el criterio de la Sala responsable, se haya practicado en forma irregular una confrontación, entre el testigo y el reo, ello sólo significa que esa diligencia no tiene valor como

confrontación, pero sí puede tenerlo como dato presuntivo no especificado, sobre todo, si está corroborado por el reconocimiento que dicho testigo hizo del reo, por una fotografía, reconocimiento que no adolece de la deficiencia de la confrontación. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, Octubre de 1998. Tesis VI.2o.214 P. Página 1122.

CONFRONTACIÓN. Es necesaria una diligencia de confrontación para que los testigos de cargo reconozcan al reo como el mismo individuo que lesionó a la víctima. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIX. Página 1421.

CONFRONTACIÓN. Aun cuando de acuerdo con el criterio de la Sala responsable, se haya practicado en forma irregular una confrontación, entre el testigo y el reo, ello sólo significa que esa diligencia no tiene valor como confrontación, pero sí puede tenerlo como dato presuntivo no especificado, sobre todo, si está corroborado por el reconocimiento y que dicho testigo hizo del reo, por una fotografía, reconocimiento que no adolece de la deficiencia de la confrontación. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CVIII. Página 440.

CONFRONTACIÓN (legislación de Chiapas). Si no se formó en rueda de presos al indiciado, pero a través de la reja de la prisión pudieron identificarlo sin dificultad alguna los testigos, y a esta diligencia de prueba el juez sentenciador solamente le concedió valor presuncional, que unido a los demás elementos estudiados, formó en su ánimo una convicción plena respecto a la responsabilidad del indiciado, no infringió con ello dicho Juez disposición alguna del Código Penal ni del de Procedimientos del Estado. Quinta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CVIII. Página 1608.

CONFRONTACIÓN. Si antes de identificar oficialmente al acusado, les fue mostrado a los testigos ante la Policía Judicial, ello invalida la diligencia respectiva en cuanto al valor probatorio que de ella pudiera deducirse. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte, XV. Página 62.

CONFRONTACIÓN. Si el acusado fue identificado por el ofendido después de haberlo visto en la inspección de policía, perdió sentido la confronta, si ya el sujeto pasivo estaba preparado a reconocer a quien previamente había tenido presente. Sexta Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte, XVIII. Página 130.

CONFRONTACIÓN, DILIGENCIAS. PUEDE ORDENARLAS Y PRACTICARLAS EL MINISTERIO PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). La confrontación puede ser hecha también por el Ministerio Público, pues siendo el titular de la acción penal y siendo dicha institución la que debe dirigir la investigación de los delitos, quedaría limitada su capacidad de investigación e identificación de los indiciados si no pudiera llevar a cabo legalmente diligencias de confrontación. El hecho de que la Ley Procesal Penal del Estado de Sinaloa aluda al "tribunal", no debe interpretarse significando que únicamente los Jueces pueden ordenar y practicar la confrontación, sino que dicha diligencia, que es un instrumento de identificación, puede legalmente ser utilizada por el Ministerio Público, pues debe entenderse que al atribuírsele la facultad de investigación, dicha atribución lleva implícita la de valerse de los medios procesales encaminados al logro de su cometido. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 68 Segunda Parte. Página 18.

5. DERECHO COMPARADO

La declaración Universal de Derechos Humanos, en el numeral uno del artículo 11, proclama como ideal común para todos los pueblos y naciones que

"...toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José, precisamente en el artículo 8, sobre garantías judiciales, se prescribe que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, entre otras, a las siguientes garantías mínimas:

1. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y probadamente con su defensor.

2. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

3. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

LA CONFRONTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COLOMBIA.

Conforme a lo manifestado por el autor Jorge Zavala Baquerizo, dentro de la práctica penal en muchas ocasiones se presenta el caso que el ofendido, o los testigos propios, al rendir sus respectivos testimonios expresan al juez que desconocen los nombres, apellidos o apodos del ofensor, pero que podrían reconocerlos si es que lo vuelven a ver. Para este caso el Código Procesal Penal, en el artículo 141 dice:

“Cuando el agraviado o los testigos no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran inculpada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla, el juez ordenará que se proceda a la identificación del sospechoso, cumpliendo las siguientes formalidades:

1°. El Juez, el secretario y el agraviado, o el testigo, en su caso, pasarán al lugar en donde se encuentre el sospechoso y, colocado éste en el puesto que hubiese escogido entre diez o más individuos, lo más análogamente vestidos, el juez preguntará a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a él se encuentra el sospechoso;

2°. Si el agraviado o el testigo respondiere afirmativamente, el juez ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y,

3°. De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta correspondiente, con las firmas del juez, secretario e identificante. Este mismo procedimiento de identificación se observará cuando se trate de personas homónimas”.³¹⁷

LA CONFRONTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE COSTA RICA.

E. R. Zaffaroni menciona, en términos generales respecto al tema que nos ocupa, que el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Además se dispone que cuando el imputado estuviere privado de su libertad, el encargado de custodiarlo, transmitirá al Tribunal las peticiones u observaciones que aquél formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le formulen y le facilitará la comunicación con el defensor.³¹⁸

³¹⁷ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. El proceso penal. Tomo II, primera edición. Editorial Edino Jurídico. Colombia. 1989. P. 538.

³¹⁸ ZAFFARONI, E.R. El proceso penal. Editorial Porrúa S.A. de C.V. Primera edición. México. 2000. P.155.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el derecho internacional y comunitario vigentes en Costa Rica y en el mismo Código (artículos 12, 82, 91, 292 C P P).³¹⁹

EL PROCESO PENAL EN EL SALVADOR.

El autor Atilio Ramírez Amaya, citado por E. R. Zaffaroni, refiere que la administración de justicia en el Salvador se desenvuelve dentro del marco del llamado proceso penal mixto, que en verdad, es de tipo inquisitivo atenuado por una etapa final que tiene el nombre de contradictoria, denominada plenario, pero que casi nadie utiliza porque la prueba viene recogida desde la etapa de instrucción. No obstante, el juicio ordinario finaliza con una audiencia oral en la cual cinco personas legas, llamadas jurados, deciden sobre un veredicto de culpabilidad o de inculpabilidad, con lo que se pretende hacer creer que tienen, a decir de dicho autor, un juicio oral y público. Estamos en presencia de un proceso cuasi inquisitivo que desconoce las garantías del proceso acusatorio.

El proceso vigente se caracteriza por la concentración de la jurisdicción en un solo órgano, en cuyo nombre se administra justicia por delegación expresa del mismo órgano. Esa delegación de funciones corre desde la cúpula hasta los tribunales inferiores, en los cuales el juez, como administrador, delega también en sus empleados y secretario la facultad de interrogar al imputado y testigos, aunque él no esté presente. Además el juez está facultado para iniciar y concluir el proceso sin que otro órgano lo incite a hacerlo; por su parte, el denunciante no está obligado a probar lo que afirma ni a sostener la acusación durante el juicio.

Toda la importancia del proceso vigente pesa sobre la instrucción. Esta fase tiene una preponderancia superlativa: se "traga" el juicio y en ella queda decidida la suerte del imputado.

³¹⁹ Ibidem. P. 156.

La ley autoriza al juez para que, en cualquier momento del término de prueba, pueda ordenar que se practiquen las diligencias que considere conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos. Para evitar la costumbre de llevar testigos al tribunal cuando la parte no está presente, el Código impone que toda diligencia de prueba deberá practicarse en el plenario, en el término respectivo previamente señalamiento de lugar, día y hora y cita de las partes con un día al menos de anticipación, bajo pena de nulidad.

Según dicho sistema procesal, la prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido. Los medios de prueba están legalmente comprendidos en el Código Procesal Penal a partir del artículo 150, en el título III, que trata de la comprobación del cuerpo del delito y de la delincuencia, capítulo primero, denominado "Cuerpo del delito". Se comienza diciendo que la base del procedimiento en materia penal será la comprobación de la existencia de un hecho que la ley reputa como delito. Luego se sigue por la inspección, distinguiendo entre los delitos que dejan señales y los que no dejan señales, y que en los primeros la comprobación de su existencia podrá establecerse por cualquier medio de prueba. Igual regla rige para los otros, pues indica la ley que cuando las señales hubieren desaparecido, se justificará el cuerpo del delito por cualquier medio legal de prueba.

El juez procede a ordenar y realizar reconocimientos forenses y demás peritajes, los cuales por ley deberán hacerse en su presencia.³²⁰

NICARAGUA.

Acorde con lo manifestado por el autor Sergio J. Cuarezma Terán, citado por E. R. Zaffaroni, los medios de prueba expresamente contemplados por dicha legislación, a través del artículo 251 del Código de Instrucción Penal son los siguientes: La confesión del reo. La testimonial, la instrumental, la inspección personal, el informe de peritos, las presunciones y obviamente no se trata de

³²⁰ *Ibidem*. PP. 196-197.

numerus clausus; en consecuencia, los jueces podrán practicar cualquier otro tipo de pruebas, siempre y cuando puedan producir certeza con respecto a los hechos que se investigan, de acuerdo con la lógica jurídica, la razón y el carácter científico de la prueba.³²¹

LA CONFRONTACIÓN EN PERÚ.

Esta modalidad es muy usada en la investigación del delito y del autor del mismo. Entre varias personas de aspecto parecido se trata de identificar a la persona imputada de un hecho delictuoso, desde un lugar en que no pueda ser visto por ellas, razones de seguridad de quien practica el reconocimiento. Este también puede llevarse a cabo mediante su fotografía y otros registros como dibujo del rostro y del cuerpo.

En el capítulo V del Código Procesal Penal, relativo éste al reconocimiento de personas, se dispone lo siguiente:

“Artículo 234. Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza, previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto semejante. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto en donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es.

En el acta en que conste el reconocimiento se identificará con nombre y domicilio a todos los integrantes de la rueda.

Cuando no fuere posible la presencia de la persona objeto de reconocimiento, se podrá utilizar su fotografía u otros requisitos, observando las mismas reglas análogamente.³²²

³²¹ Ibidem. PP. 657-658.

³²² Código Procesal Penal. Colección Jurídica Inkari. Primera edición. Editorial Inkari. Peru. 1994. P. 120.

LA CONFRONTACIÓN DE ACUERDO AL TRIBUNAL SUPREMO EN PUERTO RICO.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha definido el derecho a carearse con los testigos de cargo contenido en el artículo II, sección II de dicha Constitución y en la Sexta enmienda de la Constitución Federal. El caso que es citado en dicha jurisdicción como autoridad lo es Pueblo Vs. Ruiz Lebrón. En este caso el recurrido fue acusado de apropiación ilegal agravada y fue llamado para juicio en la sala de Aguadilla del Tribunal Superior el 2 de junio de 1980. El día del juicio ni el acusado ni el abogado defensor comparecieron ante la sala del tribunal, sino que dejaron una moción de suspensión, la cual fue estimada por el juez, pautando el juicio para el 21 de agosto de 1980. El fiscal, entonces, notificó al tribunal que el contador, quien era testigo esencial de cargo, no estaría en Puerto Rico para la fecha del juicio. El juez ordenó que se le tomara deposición el 12 de junio, en presencia del acusado y su abogado, conforme a la regla 94 del Procedimiento Criminal. A la toma de la deposición compareció el abogado defensor sin el acusado. La defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogar al perito durante la toma de la deposición. El día del juicio, el abogado defensor objetó la admisión de la deposición en evidencia, basando su argumento en que al celebrarse la vista de toma de deposición sin estar presente el acusado, se violó el derecho a carearse con los testigos de cargo. Esta moción fue acogida por el Tribunal Superior, por lo cual la fiscalía solicitó auto de Certiorari. El Tribunal Supremo anuló la decisión de inadmisibilidad del Tribunal Superior.³²³

El Tribunal fundamentó su decisión en que el derecho constitucional de confrontación "se cumple con la oportunidad de contrainterrogar, sin que sea indispensable la presencia del acusado". Citando al tratadista Wigmore, hizo suya la idea de que el principal y esencial propósito de la confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar. El adversario exige confrontación, no

³²³ CORTÉS MORENO, Roberto, Un análisis del Derecho a confrontación puertorriqueño y la constitucionalidad de las Reglas 37 y 39 de Evidencia según enmendadas (sic) por la ley 42 del 7 de junio de 1988. Revista de Derecho Puertorriqueño. Vol. 37 No. 1. Enero- Abril. Puerto Rico. 1998. PP. 40-41.

con el vano propósito de mirar al testigo, o para que éste lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogatorio que sólo se logra mediante la directa formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas. El tribunal dice en este caso que el encuentro cara a cara entre el acusado y el testigo es un elemento secundario del derecho de confrontación y que la verdadera intención de esta medida consiste en tener la oportunidad de repreguntar. Este derecho, según el Tribunal, se cumple si el abogado de la defensa tiene la oportunidad de contrainterrogar al testigo -como sucedió en el caso de autos-, aunque el acusado no se encontrara presente al momento del contrainterrogatorio. Entendió el Tribunal que el hecho de que el acusado no compareciera a la vista de la toma de deposición, constituyó una renuncia a su elemento secundario del derecho de confrontación de estar presente durante el contrainterrogatorio. Sostuvo, además, que la evidencia de comportamiento establecida en la doctrina federal es elemento sobre el que debe insistirse, pero solamente cuando sea posible conseguirse. Esta doctrina se refiere a que parte del derecho de confrontación radica en que el acusado puede exigir hacer el contrainterrogatorio en presencia del juzgador de los hechos, de manera que éste último pueda evaluar el comportamiento o ejecutoria (demeanor) del testigo al momento de declarar, como un instrumento para invalidar su credibilidad. Dice al respecto: Nadie duda que es altamente deseable, siempre que esté disponible. Pero es meramente deseable. Cuando no está disponible toda exigencia desaparece. No es parte esencial del derecho de confrontación; no descansa en mejor base que otra evidencia a la que se atribuye especial valor; y así como el original de un documento o un testigo preferido pueden dispensarse en caso de indisponibilidad, también puede prescindirse de la evidencia de comportamiento de ser necesario.³²⁴

En el Estado libre y asociado de Puerto Rico, la confrontación que garantiza la sexta enmienda y el artículo 2, sección 11 de la Constitución se cumple con la oportunidad de contrainterrogar, sin que sea indispensable la presencia del

³²⁴ Ibidem. P. 42.

acusado y que fue elevado a la categoría de derecho fundamental y por tanto obligatorio, a través de la decimocuarta enmienda.

Conforme al Tribunal Supremo de Puerto Rico, el derecho a "carearse con los testigos de cargo" se cumple con el contrainterrogatorio. El encuentro cara a cara es un elemento secundario del derecho de confrontación. En cambio, en los Estados Unidos de Norteamérica, se ha establecido mediante diversos precedentes judiciales que resulta necesario el que el Tribunal provea al acusado la oportunidad de ver al testigo frente a frente.

Así, en Puerto Rico reiteramos, se cumple con la oportunidad de interrogar, sin que sea indispensable la presencia del acusado. De este modo, el principal y esencial propósito de la confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar. El adversario exige confrontación, no con el vano propósito de mirar al testigo, o para que este lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogatorio que sólo se logra mediante la indirecta formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas. Aquí se dice que el encuentro cara a cara entre el acusado y el testigo es un elemento secundario del derecho de confrontación, el hecho de que el acusado, en dicha jurisdicción, no comparezca a la vista de la toma de deposición, constituye una renuncia a su "elemento secundario del derecho de confrontación".

6. PROPUESTAS

PRIMERA. El órgano que ordena la practica de la confrontación debe ser sólo jurisdiccional, ello en razón a que en la actualidad al practicarse en la averiguación previa queda reducida a una simple identificación, de la que no es posible obtener los datos trascendentales que pueden adquirirse cuando es el Juez quien la ordena.

SEGUNDA. Independientemente de la postura que la doctrina adopte respecto a la naturaleza jurídica de la confrontación, resulta indudable que la ley adjetiva de la materia le otorga la calidad de medio de prueba, y como tal debe ser valorada por el Juez.

TERCERA. En la confrontación se deben tener en cuenta los últimos adelantos en la ciencia psicológica, en los que se hace evidente que muchos individuos, por determinadas anomalías, creen haber contemplado lo que no han visto y por el contrario otros buscan borrar inmediatamente de su cerebro la fotografía que la percepción imprimió.

CUARTA. Se propone, que sea precisamente el titular del órgano jurisdiccional quien practique la confrontación, para que esté en aptitud de apreciar los resultados ya que en la practica es el secretario, en el mejor de los casos, quien la preside.

QUINTA. Se propone, que contrariamente a la práctica, se admita y se desahogue inicialmente la confrontación a fin de que resulte útil dicha dirigencia, no hacerlo implicaría la posibilidad de que la persona que va a reconocer al inculpado, si no lo había visto antes, ya lo haya visto tras de rejas si esta privado de su libertad.

SEXTA. Se deben conceder por la ley, facultades al Secretario a fin de que este haga constar si advirtió o no alguna seña o actitud que pudiera indicar trato previo entre el testigo y la persona confrontada.

SÉPTIMA. Se propone, se suprima lo asentado en los artículos 263 párrafo final del Código Federal de Procedimientos Penales y el 223 del Ordenamiento Adjetivo de la Materia para el Distrito Federal, en lo relativo a que se prevenga al declarante para que se toque con la mano a la persona que se considere relacionada con el proceso, ello por llevarse a cabo la rueda de presos tras la rejilla de prácticas, siendo suficiente el que este señale a través de esta a la persona que se relacione con el proceso, pudiendo para ello hacer uso de la Cámara de Gessler.

OCTAVA. Resultaría una expresión mas afortunada el que se sustituyera la conjunción "y" existente en el artículo 217 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por "y/o", toda vez que el artículo 218 del mismo ordenamiento pareciera señalar todos los datos a que deberá referirse el declarante respecto de la persona que se señale, en ausencia de los cuales procederá la confrontación.

NOVENA. Este derecho de confrontación debe ceder ante intereses de política pública (logro de la justicia) y de las necesidades del caso, tales como el interés de proteger a los niños de tener que enfrentar a sus agresores si esto les trajera un choque psicológico severo.

DÉCIMA. Se propone se incluya en el ordenamiento adjetivo de la materia el que se practique la confrontación, tan pronto sea posible, ya que el simple transcurso del tiempo modifica, por razón natural, la fisonomía de las personas.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones, podemos señalar lo siguiente:

PRIMERA. La confrontación o rueda de presos como medio complementario de prueba, presupone la existencia de un señalamiento anterior de la víctima, ofendido o testigo, sobre uno o varios sujetos que se encuentran procesados.

SEGUNDA. La confrontación se encuentra regulada como medio de prueba por los artículos 258 al 264 del Código Federal de Procedimientos Penales y del 217 al 224 del Código de Procedimientos Penales de aplicación en el Distrito Federal.

TERCERA. La confrontación puede llevarse a cabo ante el Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional.

CUARTA. La confrontación tiene en cuenta cuando el declarante ignore los datos relativos al sujeto que se señale, tendrá como objetivos que este manifieste poder reconocer a la persona si se la presentan, pudiéndose practicar a sí mismo la rueda de presos cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivo para sospechar que no la conoce.

QUINTA. Generalmente son las partes quienes ofrecen dicho medio de prueba. Resulta de especial importancia para la defensa, aunque es una prueba que puede solicitar el Ministerio Público .

SEXTA. La confrontación o rueda de presos se debe desahogar de manera singular.

SÉPTIMA. Para el desahogo de la confrontación, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal faculta al Ministerio Público o al Juez a fin de que se acuerde tomar mas precauciones de las consignadas en el artículo 219 del mismo ordenamiento, mientras que, por otro lado, en el Código de Procedimientos Penales de aplicación Federal sólo se faculta con el propósito mencionado al tribunal.

OCTAVA. La confrontación se considera un medio de prueba, ya que se persigue con ella un conocimiento de algo que se investiga en el proceso, como el conocer la identidad de alguna persona involucrada en el mismo.

NOVENA. La valoración de esta diligencia no se hará aisladamente; si constituye un medio para confirmar y complementar las declaraciones, sus efectos recaerán sobre estas.

DECIMA. La identificación del acusado en la confrontación entraña, pues, dos clases de actos perfectamente diferenciados entre sí, pero que tienden a cumplir un solo fin: establecer procesalmente la personalidad del acusado. Un aspecto es el de identificar físicamente al acusado; y el otro aspecto es el de identificarlo nominalmente.

El Estado tiene interés en que se imponga la pena al verdadero culpable del acto típico. Por esta razón exige que el acusado sea individualizado físicamente para tener la seguridad de que se condene al verdadero culpable con un nombre que no sea el suyo, es decir, que habiéndose establecido la identidad física haya existido error en cuanto a la identidad nominal, pues con ese error no sustancial no se ha cometido injusticia alguna, ya que el que se ampara con un nombre falso ha sido el verdadero culpable, es decir, aquel que debía recibir la pena por el acto típico cometido.

OBRAS CONSULTADAS

1. ACERO, Julio. El Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta edición, Editorial Temis, Colombia, 1982.
2. ALCALA - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, tercera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
3. ALCALA - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Cuestiones de terminología Procesal, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1972.
4. AMBOS, Kai, El proceso penal alemán y la reforma en América Latina, primera edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia, 1998.
5. ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos, S.A. de C.V. Octava edición, México, 1981.
6. BAILON BALDOVINOS, Rosalío. Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial PAC, S.A. de C.V., México, 1993.
7. BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos. Derecho procesal penal, Primera edición, Editorial Mc Graw-Hill, México, 1999.
8. BRISEÑO SIERRA, Humberto, El enjuiciamiento Penal Mexicano, Quinta edición, Editorial Trillas, México, 1985.
9. CARNELUTTI, Francesco, Las miserias del Proceso Penal, s/e, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1993.

10. COLIN SANCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998
11. CORTES MORENO, Roberto, *Un análisis del Derecho a confrontación puertorriqueño y la constitucionalidad de las Reglas 37 y 39 de Evidencia según enmendadas (sic) por la ley 42 del 7 de junio de 1988*. *Revista de Derecho Puertorriqueño*. Vol. 37 No. 1 Enero- Abril. Puerto Rico. 1998.
12. CHICHIMO LIMA, Marco Antonio, *Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano*, primera edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2000.
13. DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Novena edición, Editorial Temis, S.A, Colombia, 1989.
14. DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales*, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1982
15. FIX – ZAMUDIO, Hector y OVALLE FAVELA, Jose, *Derecho Procesal*, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.
16. FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo II, Tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 1990.
17. GARCIA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, quinta edición, editorial Porrúa, México, 1989.
18. GOLDSCHMIDT, James, *Teoría General del Proceso*, primera edición, Editorial Labor, S.A. , España.

19. GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, Novena edición, Editorial Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1996.
20. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, décima edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
21. HERNANDEZ M. Edgar, El juzgado de Instrucción. Manual de procedimiento, primera edición, Editora de Colores, República Dominicana, 1993.
22. HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
23. IRAGORRI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, primera edición, Editorial Temis, Colombia, 1983.
24. LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, primera edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1963
25. LONDOÑO JIMENEZ, Hernando, Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial Temis S.C.A., Colombia, 1982
26. MARTINEZ PINEDA, Angel, El Proceso Penal y su exigencia intrínseca, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
27. MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, Primera edición, Editorial Temis, Colombia, 1989.
28. MITTERMAIER, C.J.A., Tratado de la Prueba en materia Criminal, Quinta edición, Hijos de Reus Editores, España.

29. **ORONÓZ, Carlos M.**, Las pruebas en materia penal, primera edición, Editorial PAC S.A. de C.V., México, 1993.
30. **ORONÓZ SANTANA, Carlos M.**, Manual de Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial Cárdenas Editor, México, 1997.
31. **OSORIO Y NIETO, César Augusto**, La Averiguación Previa, Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
32. **OVALLE FAVELA, José**, Teoría General del Proceso, quinta edición, Editorial Oxford, México, 2001.
33. **PAILLAS, Enrique**, La Prueba en el Proceso Penal, Segunda edición, Cárdenas editor-distribuidor, México, 1992.
34. **RIVERA SILVA, Manuel**, El Procedimiento Penal, Vigésimosexta edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
35. **ROMAN LUGO, Fernando**, La prueba en el proceso penal y el arbitrio judicial, Tercera edición, Editorial Porrúa, México.
36. **SANDOVAL SALGADO, Emiliano**, Medios de prueba en el procedimiento penal, primera edición, Cárdenas editor-distribuidor, México, 1997.
37. **SILVA SILVA, Jorge Alberto**, Derecho Procesal Penal, primera edición, Editorial Harla S.A. de C.V., México, 1990.
38. **TSCHADEK, Otto**. La prueba. Estudios sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba, primera edición, Editorial Temis, Colombia, 1982.

39. **WALTER, Gerhard, Libre apreciación de la Prueba, primera edición, Editorial Temis, Colombia, 1985.**
40. **ZAFFARONI, E.R. El Proceso Penal, Primera edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2000.**
41. **ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y proceso penal, Octava edición, Editorial Porrúa, México, 1996.**
42. **ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, El Proceso Penal, Tomo II, primera edición, Editorial Edino Jurídico, Colombia, 1989**

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Vigésima edición, Guillermo Cabanellas, Tomo VI, Editorial Heliasta, Argentina, 1986, P. 433.

Diccionario de Derecho, Vigésimosexta edición, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Editorial Porrúa, México, 1998.

Diccionario de Derecho Procesal Penal, Cuarta edición, Tomo II, Marco Antonio Díaz de León, Editorial Porrúa, México, 2000.

Garrone, Jose Alberto, Diccionario Jurídico, Tomo I, Primera edición, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano, Segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México- Porrúa, México, 1988.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIII, Editorial Driskill S.A., Argentina, 1986.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Tomo II, vigésima edición, editorial Espasa-Calpe, S.A., España, 1984.

Enciclopedia Jurídica Básica, primera edición, Tomo IV, Editorial Civitas, España, 1995.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN