



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“PRUEBAS ILÍCITAS EN EL PROCESO PENAL”**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**BEATRIZ MORADO CARBAJAL**



**ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS**

**MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, 2006.**



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.

**A MI ALMA MATER,  
LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,  
QUE A TRAVÉS DE LOS AÑOS HA FORMADO PROFESIONALES  
DE CALIDAD EN TODAS LAS ÁREAS DEL CONOCIMIENTO  
Y POR GUIARNOS EN EL CAMINO CON LOS VALORES  
DE LIBERTAD, IGUALDAD, EQUIDAD Y JUSTICIA.**

**A LA FACULTAD DE DERECHO,  
POR PERMITIRME FORMAR PARTE  
DE LAS MEJORES INSTITUCIONES DE MÉXICO,  
MOSTRARME UN PANORAMA AMPLIO DE APRENDIZAJE  
Y CONOCIMIENTOS, PARA SER UNA PERSONA COMPETITIVA  
EN EL ÁMBITO LABORAL.**

**GRACIAS, A TODOS MIS PROFESORES,  
POR HABERME COMPARTIDO SU SABIDURÍA, EXPERIENCIA,  
PERO SOBRE TODO POR SU TIEMPO DEDICADO A LA FORMACIÓN  
DE NUEVOS PROFESIONISTAS.**

**A MI FAMILIA Y AMIGOS,  
EN ESPECIAL A  
MI MADRE Y HERMANOS,  
QUE SIEMPRE ME HAN APOYADO.  
GRACIAS.**

**AL LICENCIADO  
JOSE FRANCISCO MORALES RÍOS,  
QUIEN CREYÓ EN MI Y ME DIO  
LA OPORTUNIDAD DE  
DESARROLLARME  
COMO PROFESIONISTA.**

**AL DOCTOR  
JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS,  
POR EL APOYO QUE ME BRINDO  
EN EL DESARROLLO DEL  
PRESENTE TRABAJO.**

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
<b>CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS</b>	
A. ROMA .....	16
B. ESPAÑA .....	21
C. FRANCIA .....	26
D. MÉXICO .....	28
<b>CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO</b>	
A. CONCEPTO.	
1.- ETIMOLÓGICO .....	39
2.- JURÍDICO .....	39
B. ELEMENTOS DE PRUEBA.	
1.- OBJETO .....	43
2.- ÓRGANO .....	49
3.- MEDIOS DE PRUEBA .....	50
C. LIBERTAD DE LA PRUEBA.	
1.- EN CUANTO AL OBJETO O LIBERTAD ABSOLUTA .....	56
2.- EN CUANTO A LOS MEDIOS O LIBERTAD RELATIVA .....	56
D. PROCEDIMIENTO PROBATORIO .....	58
E. OBLIGATORIEDAD DE LA PRUEBA .....	65
F. CARGA DE LA PRUEBA .....	66
G. SISTEMAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA .....	70
1.- PRUEBA LEGAL O TASADA .....	72
2.- LIBRE CONVENCIMIENTO .....	75
3.- SISTEMA MIXTO .....	77
<b>CAPÍTULO III MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA</b>	
A. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL APARTADO "A".	78
B. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES	
1.- FEDERAL .....	81
2.- DISTRITO FEDERAL .....	93
a. CONFESIONAL .....	94
b. DOCUMENTAL .....	96
c. PERICIAL .....	99
d. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS .....	104
e. TESTIMONIAL .....	107

f. PRESUNCIONAL .....	114
C. COMPARATIVO CON OTROS PAÍSES .....	120

**CAPÍTULO IV**  
**¿PRUEBA IRREGULAR O PRUEBA ILÍCITA?**

A. REGISTRO DOMICILIARIO .....	165
1.- FUNDAMENTO LEGAL .....	166
2.- EXCEPCIONES .....	168
B. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS .....	182
1.- FUNDAMENTO LEGAL .....	183
2.- EXCEPCIONES .....	187
C. INTERVENCIONES ORALES (CONVERSACIÓN DE GRABACIONES NO TELEFÓNICAS) .....	189
1.- FUNDAMENTO LEGAL .....	191
2.- EXCEPCIONES .....	193
D. INTERVENCIONES POSTALES .....	193
1.- FUNDAMENTO LEGAL .....	195
2.- EXCEPCIONES .....	198
E. LA MEDICIÓN DEL GRADO DE ALCOHOLEMIA .....	199
1.- FUNDAMENTO LEGAL .....	203
2.- EXCEPCIONES .....	203
F. VALOR JURÍDICO .....	203
1.- PRUEBA IRREGULAR .....	206
2.- PRUEBA ILÍCITA .....	208
3.- PRUEBA PROHIBIDA .....	231
CONCLUSIONES .....	232
PROPUESTA .....	236
BIBLIOGRAFÍA .....	238
LEGISLACIÓN .....	240
DICCIONARIOS .....	241
HEMEROGRAFÍA .....	241
PÁGINAS WEB .....	242

## **INTRODUCCIÓN.**

La presente investigación comprende cuatro capítulos, en los que hacemos un estudio de la evolución histórica que han tenido las pruebas judiciales y la importancia que tienen hoy en día en el proceso penal mexicano, sobre todo aquéllos medios de prueba que no se encuentran regulados en los ordenamientos jurídicos y los cuales sin embargo son de suma importancia debido a los avances científicos y tecnológicos en nuestro país; medios de pruebas que, al no encontrarse regulados, pero sí utilizados en el proceso por las partes, pueden ocasionar una violación a las garantías fundamentales del inculpado, ya que no cumplen con los requisitos y procedimientos a seguir para incluir en el proceso las pruebas que no se encuentran reguladas en la ley y por ello se incorporarían pruebas obtenidas ilícitamente; entre estos medios de prueba encontramos el registro domiciliario, las intervenciones telefónicas, la intervención de correspondencia, cámaras de video, etc.

En el capítulo primero, se analiza la evolución histórica que han tenido las pruebas judiciales, en la que se distinguen cinco fases: la fase étnica o primitiva, la fase religiosa o mística, la legal o de la tarifa legal, la fase sentimental o de la llamada íntima convicción y la fase científica, que es la que actualmente impera en los códigos procesales modernos; haciendo énfasis en algunos países como Roma, en donde encontramos la absurda costumbre de definir por la habilidad y la fuerza los litigios, al creerse que Dios intervenía en los casos concretos para darle el triunfo al que tuviera la razón o fuera inocente, así como los llamados duelos judiciales y los juicios de Dios, como en los casos de las pruebas de agua o de fuego, existiendo también las ordalías y los juramentos expurgatorios, siendo el tormento un medio probatorio restringido, encontrando en el Derecho Romano los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

En el capítulo segundo encontramos la definición de prueba, de prueba ilegal, entendiendo esta última como la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales y procesales, es decir, radica en el quebrantamiento de esas garantías, así mismo encontramos los elementos de la prueba y los medios de prueba que es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso, siendo su regulación legal la que posibilita que el dato probatorio que existe fuera del proceso, sea incorporado a él para ser conocido por el Juez y las partes procesales, con respeto de los derechos y las garantías del acusado. Hacemos referencia a los sistemas de valoración de las pruebas.

El sistema de la íntima convicción o del libre convencimiento, el sistema de la tarifa legal o de la prueba tasada y el sistema mixto, surgiendo este como la combinación entre el sistema libre y el sistema tasado, siendo este el que rige en nuestro sistema penal, es decir, además de que las partes deben sujetarse a las pruebas que señala el artículo 20, Apartado "A" fracción V de la Constitución, así como las enumeradas en el artículo 206 y 135 de los códigos de procedimientos penales, Federal y del Distrito Federal respectivamente, también podrán ofrecer y desahogar todo elemento de prueba no especificado por la ley procesal, siempre y cuando no sea contra el derecho y vayan contra la moral y las buenas costumbres. En cuanto a la justipreciación, para ciertos medios de prueba atiende a las reglas prefijadas, en cambio, para otros existe libertad.

En el capítulo tercero hacemos un análisis de los medios de prueba en la legislación mexicana, los cuales se encuentran regulados tanto en la Constitución como en los códigos procesales, así como en las legislaciones algunos países de América Latina y Europa.

En el capítulo cuarto, denominado ¿Prueba irregular o prueba ilícita?, que es en el que analizamos algunos medios de prueba que no se encuentran dentro del catálogo de los códigos de procedimientos penales, tanto del Federal como del Distrito Federal, siendo estas el registro domiciliario, las intervenciones telefónicas,

las intervenciones postales, la medición del grado de alcoholemia, su fundamento legal y los requisitos de procedencia; así como el valor jurídico que se da a las pruebas ilícitas, encontrando diversas teorías de suma importancia como la doctrina del fruto del árbol envenenado, la regla de exclusión probatoria, la fuente independiente, las cuales no se encuentran reguladas en una ley sustancial ni procesal, sino de una creación jurisprudencial norteamericana.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los historiadores de la ciencia del Derecho Penal suelen distinguir cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales.<sup>1</sup>

La fase étnica, a la cual se le conoce también como *primitiva* o de la venganza privada; la fase religiosa o mística del antiguo derecho germánico primero y de la influencia del derecho canónico, después o de la venganza divina; la legal, o de tarifa legal, que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época; la fase sentimental o llamada de la *íntima convicción moral*, que se originó en la Revolución Francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba o también llamada periodo humanitario, se aplicó primero al proceso penal y mucho después al proceso civil y, la fase científica, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.

**LA FASE ÉTNICA O PRIMITIVA.**- La fase primitiva corresponde a todas las sociedades en formación cuando solo podía existir un sistema procesal rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales, pero debió presentar características muy diferentes en cada lugar, lo cual puede explicar porque se ha convenido en calificarla como fase étnica. Es más propio decir que corresponde a las épocas en que en cada sociedad no había aparecido aún un sistema probatorio judicial propiamente dicho.<sup>2</sup>

Algunos autores la llaman “etapa de la venganza personal”, la cual se caracteriza porque en ella no hay una función regularizadora de los delitos y de las penas por parte de un ente superior, sino que el ofendido tiene la potestad de cobrar

---

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I*, Editor Zavalia, 6ª Edición, Buenos Aires, 1988, p.55.

<sup>2</sup> Idem.

venganza por la ofensa recibida, sin más límites que el de sus posibilidades físicas y mentales.<sup>3</sup>

Las cuatro últimas fases de la evolución del concepto de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran más o menos definidas en la historia europea, a partir de la caída del imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a los altos niveles, lo cual hizo que por muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

Posteriormente aparece la llamada **FASE RELIGIOSA O MÍSTICA**, en la que podemos distinguir dos etapas o subdivisiones de esta fase:<sup>4</sup>

La primera etapa es la del antiguo derecho germano. El derecho germano es el más representativo de esta nueva etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea. Al derecho romano se suele contraponer el de los pueblos germánicos. Mientras en el derecho romano la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien generalmente podía valorarla con libertad, con las limitaciones que durante el imperio se introdujeron, en el proceso germánico la prueba tenía una finalidad en sí misma y conducía a fijar la sentencia, que el juez apenas adoptaba. De este modo, era una actividad casi exclusiva de las partes.

Surgió así un nuevo concepto de prueba legal, pues estaba sometida a una rigurosa formalidad, pero no se trata de un sistema legal de pruebas, como hoy lo conocemos, formado por numerosas reglas contenidas en la ley, que no podían existir en la etapa histórica, aun cuando esas prácticas eran verdaderas reglas sobre pruebas, que definían la decisión del litigio, puesto que el juez no podía desconocerlas al pronunciar la sentencia.

---

<sup>3</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, p.27

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 60.

Ya no se perseguía la verdad real o material, como suele decirse, sino un convencimiento puramente formal: el que resultará del proceso, merced a estos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en la creencia de una intervención de la divinidad, o en la justicia de Dios para los casos particulares. Así surgieron las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, lo mismo que las pruebas de agua y de fuego. Este sistema perduró hasta muy entrada la Edad Media, en casi todo-s los pueblos de Europa, y correspondió al derecho canónico la misión de combatirlo y eliminarlo.

Entre los procedimientos que encontramos esta la ordalía judicial, la cual consistía en colocar al sospechoso en una situación muy precaria, en que sólo el azar era capaz de salvarlo. Pero la mentalidad primitiva no conocía el azar; para ella nada sucedía que no fuese efecto de las fuerzas sobrenaturales que dominan el mundo. Sin embargo, el azar podía estar condicionado por una buena o mala disposición del juez o sacerdote que intervenía en el rito, lo que agravaba o disminuía el rigor de la prueba.

La ordalía por el fierro al rojo fue muy empleada en la Edad Media; el sospechoso debía coger con su mano desnuda un hierro candente. Si la quemadura era benigna, quedaba fuera de sospecha. El agua o aceite hirviendo era también de uso frecuente: se colocaba un objeto en el fondo de un recipiente lleno de agua o aceite en ebullición; el sospechoso debía introducir allí una mano y retirar el objeto. Se examinaba después esta mano y el grado de gravedad de la quemadura indicaba la culpabilidad o la inocencia del acusado.

En la ordalía llamada de la cruz, dos sospechosos eran puestos de pie, uno frente al otro, con los brazos extendidos. El que primero bajaba un brazo era declarado culpable.

Surgió posteriormente el sistema talional (de *talís* el mismo o semejante), por medio del cual no puede devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima; su fórmula fue “ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura”. Con el

transcurso del tiempo apareció otra limitación de la venganza, el sistema compositivo, mediante el cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho de venganza. Se conocieron dos clases de composiciones, una privada fijada por parientes o amigos y otra de composiciones judiciales; entre éstas se distinguían tres clases: el *Wergeld*, cantidad que en concepto de reparación pecuniaria se pagaba por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a su gente, venía a representar lo que es actualmente la indemnización civil de los daños del delito; la *Busse*, cantidad pagada en concepto de pena, a la víctima o sus parientes, además del *Wergeld*, que es el puro resarcimiento privado; y el *Fredus*, cantidad que como adición del *Wergeld* se pagaba al común.<sup>5</sup>

La segunda etapa que encontramos es la que surge con el influjo del derecho canónico, a través del cual va penetrando poco a poco el sistema romano de la época de imperio y se van abandonando aquellos medios bárbaros de prueba, ya mencionados. Los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados y ya no es su libre convicción la que rige, sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosas; pero se frena el exagerado formulismo del derecho germano antiguo, que cada día va disminuyendo con sus métodos bárbaros.

**LA FASE LEGAL, DENOMINADA DEL SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL.** En esta fase el derecho canónico se impone definitivamente, como un apreciable avance en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de la regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que para esa época fue quizás indispensable en la lucha contra los sistemas místicos que regían en toda Europa; se trató de darle una base jurídica al proceso, y la ignorancia e impreparación de los jueces hizo aconsejable la predeterminación del legislador eclesiástico, primero, y luego por el civil, de todo un sistema probatorio. Los papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico y los canonistas

---

<sup>5</sup> REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología*, 1ª. Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, p.15.

elaboran muchas reglas sobre pruebas, guiados por el método escolástico, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho justiniano, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la Biblia, como en el caso del número de testigos necesarios para formar la convicción.<sup>6</sup>

Por obra de los glosadores se establecen las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil, sobre los principios romanos que recaía sobre el demandante en cuanto a los hechos afirmados en su demanda, pero la imponían al demandado respecto de sus excepciones. Se introduce en general la lógica en el proceso, los textos romanos ofrecían suficiente materia para la elaboración de toda una doctrina que respondiera a las necesidades del proceso común y a la mentalidad filosófica de esa época.

Al abandonarse el proceso acusatorio y surgir el inquisitorio, se le dan al juez facultades para procurar la confesión en los procesos penales, y surge así el tormento judicial como práctica usual en el proceso penal oficial como en la institución eclesiástica que, para vergüenza de la humanidad, impero durante varios siglos y que se llamo la Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento para la crueldad de los ministros de cristo llegó a máximos extremos.

La confesión pasa a ser el medio en que se depositó mayor credibilidad y constituyó una de las instituciones fundamentales del antiguo procedimiento, se buscaron todas las formas posibles para obtenerla, admitiéndose incluso la tortura.

En relación con los medios conocidos, encontramos las pruebas vocal (o confesión del acusado), literal, testimonial y conjetural.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 61.

<sup>7</sup> PAILLAS PEÑA, Enrique, *La Prueba en el Proceso Penal, con Legislación y Jurisprudencia Mexicana*, 2ª. Edición, Cárdenas editor y Distribuidor, México, 1992, pp. 24-26.

Las pruebas plenas o manifiestas eran aquellas que bastaban para convencer al juez, de manera que éste perdía la libertad de apartarse de su fuerza, sin importar cuál fuese su convicción. Eran de esta especie la confesión del acusado cuando reunía las condiciones requeridas para hacer fé, la deposición de dos testigos del hecho o los indicios muy graves. El juez debía entonces limitarse a comprobar la existencia de la confesión, de la declaración de dos testigos o de los graves indicios que proporcionaba el proceso y, una vez establecidos, la condena surgía por efecto de la ley, el sentenciador no podía dejar de pronunciarla.

La prueba instrumental adquirió también el valor de prueba legal a partir de los estatutos de Bolonia y Milán, en Italia, y de la ordenanza de Moulins, en Francia. En materia penal se empleaba principalmente tratándose de los delitos de usura, falsedad, complot, perjurio y herejía. El escrito formaba una prueba directa o indirecta, compleja o conjetural, según si comprobaba el cuerpo del mismo delito o conducía a su demostración por medio de inducciones.

Las pruebas semiplenas o semipruebas eran las que si bien merecían algún valor, no eran bastante fuertes para decidir el juicio, como si hubiese declarado un solo testigo presencial del hecho o existiera una confesión extrajudicial, únicamente. Esta prueba así dubitativa, que no bastaba para condenar, permitía, sin embargo, que se aplicara la tortura ordinaria, al enjuiciado con el objeto de obtener la confesión del delito, siempre que reuniese la calidad de prueba considerable y el cuerpo del delito estuviese ya comprobado.<sup>8</sup>

La prueba testimonial ofrecía muchas dificultades; dos reglas principales regían su aplicación: los testigos debían ser idóneos y sus declaraciones reunir las condiciones prescritas para su validez. Testigos idóneos eran los que estaban libres de todo reproche; las causales de tacha eran numerosas. En cuanto a su contenido, las declaraciones, para ser válidas, debían ser concluyentes, es decir, dadas por testigos que hubieren presenciado el hecho mismo de la acusación;

---

<sup>8</sup> Idem.

concordantes, pues no bastaba solo un testigo, siendo necesario por lo menos dos para formar la prueba completa de un hecho punible, y jurídica, o sea, revestidas de todas las formalidades prescritas por la ley.

La prueba conjetural, que se sacaba de los indicios, signos y presunciones, era la más difícil y peligrosa. Los legistas habían analizado detenidamente los indicios comunes a todos los crímenes y los que eran particulares a cada uno de ellos, y, en cada clase, el grado de credibilidad que debía concederse a las circunstancias. Ejemplos de indicios generales eran la declaración del ofendido, la enemistad capital con la víctima, las amenazas hechas por el acusado, el interés de éste en la perpetración del hecho, la fuga, etc. Se consideraban en los indicios su fuerza real, su número y concordancia. Varios indicios leves formaban un indicio grave; un indicio grave valía un poco menos que una semiprueba; dos indicios graves creaban un indicio violento; un indicio violento bastaba para condenar el tormento, y varios indicios violentos acarrearaban necesariamente la condena definitiva, sobre todo tratándose de grandes crímenes.

El imperio del sistema legal de la prueba fue absoluto, en lo civil y en lo penal y tanto en las legislaciones como en la doctrina, hasta las postrimerías del siglo XVIII, época en que surgió una corriente jurídica renovadora, encabezada por el Marques de Beccaria, quien en su famoso estudio *De los delitos y de las penas*, contemplo el problema principalmente por el aspecto del proceso penal para reivindicar el sistema del libre convencimiento, basado en “el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de su vida”, mediante la institución del jurado, y condeno enfáticamente las aberrantes costumbres del tormento y el proceso secreto.

Resumiendo la evolución del derecho probatorio en esta fase de la tarifa legal, puede decirse que desde mediados del siglo XII se impuso en Europa el criterio romano sobre distribución de la carga de la prueba, que liberó al acusado de la inequidad de tener que probar su inocencia, dejándole sólo la carga de probar sus propias afirmaciones constitutivas de excepciones propiamente dichas y al actor la

prueba de las contenidas en la demanda; además los interrogatorios se transformaron en *positiones*, como acto de parte.

Desde el siglo XIII se introdujo la teoría de las presunciones, basada en el cálculo de las mayores probabilidades de verdad; el testimonio siguió siendo una de las principales pruebas, pero su objeto quedó limitado a lo que el testigo hubiera podido percibir con sus sentidos, pues se le prohibió expresar sus opiniones y se le rechaza cuando se trataba de probar proposiciones negativas o cuando apenas atestiguara por referencias; se le dio el carácter de prueba plena a la confesión judicial; se consideró inhábiles para declarar a los perjuros, delincuentes, siervos o enfermos mentales y testigos sospechosos, a los parientes o dependientes, lo mismo que a quienes no tenían domicilio fijo o fueran personas desconocidas; se le dio cabida a la prueba de peritos y al reconocimiento o inspección judicial; se le otorgó pleno valor al documento público; al documento privado, lo mismo que a la confesión extrajudicial, se les dio el valor de indicios.

Uno de los principios fundamentales que se introdujeron, tomado también del derecho romano es el que obliga al juez a juzgar “según lo alegado y probado”, surgido al parecer en la escuela de Bolonia; no más importante es el que establece la aplicación oficiosa del derecho positivo por el juez, vigente ya en el siglo XIV. En lo penal, del proceso acusatorio del antiguo derecho germano se pasó al proceso inquisitivo.<sup>9</sup>

Después de la caída del imperio romano el proceso judicial pasa del sistema acusatorio vigente en el antiguo derecho germano y en general en Europa durante mucho tiempo (a mediados del siglo XIII comienza a declinar y se extingue en el siglo XVI), al proceso inquisitivo penal riguroso, que luego cede en varios de sus aspectos; en cambio, el proceso civil conserva su fisonomía predominantemente acusatoria hasta el siglo XIX, y sólo en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que procura darle una tendencia inquisitiva.

---

<sup>9</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 64.

Por esta razón existen procesos realmente mixtos en los códigos contemporáneos: con tendencia inquisitiva en todos los países, el penal y el laboral; con preponderancia acusatoria en la mayoría, en cuanto al civil, y el contencioso administrativo.

Tradicionalmente se señalan tres sistemas de procesamiento diversos de los cuales es importante citar las características histórico jurídicas, a efecto de hacer un comparativo de los cambios que se dieron a partir de esta transformación, éstas son las siguientes:<sup>10</sup>

### **Características del procesamiento acusatorio.**

- El proceso revestía un interés casi exclusivamente privado, dentro del estrecho marco de las partes contendientes, tanto en lo civil como en lo penal.
- No podía iniciarse un proceso oficiosamente, sino que era indispensable la acusación de los ofendidos o familiares, e igualmente se requería la iniciativa de las partes para su trámite posterior;
- El juez tenía una actitud meramente pasiva y un carácter de árbitro que presencia el combate y reconoce al vencedor;
- Aún en el proceso penal existían necesariamente tres sujetos: el juez, el acusador y el acusado; se encuentran perfectamente diferenciados estos tres sujetos;
- No existían inicialmente jueces permanentes como hoy los conocemos, porque el juez era el pueblo o delegado de su seno, y si más tarde surgieron jueces permanentes, siempre conservaron el carácter predominante de árbitros.
- El proceso debía tramitarse ante ese juez;
- El proceso era estrictamente oral, aún cuando estaba lleno de solemnidades;

---

<sup>10</sup> Ibid. pp. 72-74.

- El proceso era público desde su iniciación;
- El proceso era controvertido en toda su extensión, y el acusado o querellado conocía los cargos que se le formulaban desde un comienzo, lo mismo que las pruebas que contra él se aducían;
- El acusador no necesitaba presentar pruebas, porque le correspondía al acusado demostrar su inocencia, es decir, la carga de la prueba para desvirtuar la acusación, tanto en el proceso civil como en el penal;
- El juez carecía de facultades para decretar o aportar pruebas, ya que la actividad probatoria correspondía exclusivamente a las partes en ambos procesos;
- La prueba conducía a establecer una verdad aparente o formal; no existían reglas legales que la gobernarán, pero los medios eran primitivos, basados en la superstición religiosa (juicios de dios, duelos judiciales, ordalías) y la confesión era la prueba por excelencia, con valor absoluto, mas el juez no la buscaba y menos la exigía; aquellos medios eran pruebas aparentes y absurdas, que dejaban la justicia en manos de la suerte o de la fuerza y habilidad de los contendientes, por la ridícula creencia de que dios intervendría para darle el triunfo a quien tenía la razón; solo en lo civil debió aceptarse la prueba documental al generalizarse la escritura;
- La ausencia de reglas generales que valoraban la prueba dejaban al juez en libertad para apreciarlas conforme a su sana razón, su experiencia y su educación; pero esa libertad que los autores reconocen como una de las características del sistema, tiene que ser entendida para los casos en que la contienda no se resolvía por los juicios de dios o duelos judiciales, pues en esto se quedaba en verdad conformada la sentencia según su resultado.

Entre las características enumeradas anteriormente, las fundamentales, son las siguientes: la necesidad de la acusación para iniciar el proceso; la inactividad del juez en materia de pruebas y su papel de arbitro o director de la lucha entre particulares; el juez popular; el no coaccionar la confesión, y la aceptación de ésta en su calidad de prueba absoluta, si se presenta libremente; la ausencia de normas legales sobre valoración de las pruebas y su carácter oral, características

que comparten la mayoría de los autores, entre ellos el autor Julio Antonio Hernández Pliego.<sup>11</sup>

### **Características del procesamiento inquisitorio.**

- Este tipo de proceso surge para la rama penal;
- La investigación de los delitos es obra del Estado y de interés general, por constituir una ofensa social;
- El proceso penal se inicia de oficio o por denuncia de cualquier persona, y el juez lo lleva oficiosamente hasta el final;
- Los jueces son funcionarios permanentes que representan al Estado;
- El proceso es escrito y se despoja de solemnidades, tanto en lo penal como en lo civil, pero se vuelve demasiado lento;
- El proceso penal es secreto durante el periodo inicial o investigativo, con el fin de establecer al menos una prueba que dé verosimilitud a la acusación, lo cual constituye una garantía para la honra y la libertad del acusado, pero por el mismo motivo éste no conoce inicialmente los cargos que se le formulan y las pruebas que se practican;
- Como garantía para el acusado o demandado y como reacción contra los medios primitivos bárbaros y absurdos, se crea un sistema legal de pruebas que obliga al juez en su aceptación y su valoración, sin dejarle libertad alguna al respecto;
- El juez puede aportar oficiosamente pruebas y busca la verdad sin contentarse con la apariencia, o, como suele decirse, persigue la verdad material o real;
- La carga de la prueba ya no pesa sobre el acusado, sino sobre el juez penal, por lo cual aquél goza de una presunción de inocencia, hecho que constituye otra importante garantía para su libertad;
- Pero la necesidad de prueba contra el denunciado, la exclusión de los indicios y el considerarse la confesión como fundamental; conducen a generalizar el uso del tormento como medio para obtener esa confesión,

---

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000, p.18.

costumbre bárbara e injustificable que perdura hasta mediados del siglo XVIII en unos países, y hasta finales del mismo en otros;

- En una etapa final, deja de considerarse indispensable la confesión; en consecuencia, se elimina el tormento y se admite la prueba indiciaria. Años más tarde se abandonan dos características tradicionales: la forma escrita, para implantar la oralidad, y el sistema de la tarifa legal de pruebas, para dejar al juez en libertad de apreciarlas conforme a su criterio.

### **Características de procesamiento mixto**

Este sistema propende al equilibrio entre el interés social y el particular, no solo se trata de la mezcla de los sistemas anteriores. Éste más bien se encuentra en las dos partes en que tradicionalmente se ha dividido el procesamiento, el sumario y el plenario.

En la primera etapa se acoge la inquisición y predominan, la escritura, el secreto y la continuidad, y la otra fase es acusatoria.

**LA FASE SENTIMENTAL DE LA CONVICCIÓN MORAL.-** Puede decirse que esta fase se origina en la Revolución Francesa, que acogió las teorías de MONTESQUIEU, VOLTAIRE y sus seguidores, con las leyes de 1791. El artículo 732 del Código del 3 de Brumario, del año IV de la revolución, reprodujo el precepto de aquellas leyes sobre la libertad de apreciación y la convicción íntima como único fundamento del fallo.

El nuevo derecho francés se difundió por Europa sólo hacia mediados del siglo XIX; pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años, consagrado en el *Reglamento de procedimiento criminal* de 1853, que rigió casi hasta fines del siglo XIX. Así se origina esta nueva fase del derecho probatorio, que se ha convenido en denominar *sentimental*, por estar basada en la ilusoria creencia en la infabilidad de la razón humana y del instinto natural, se trataba de una nueva superstición. De

ahí que considerar el juicio por el jurado como “la revelación presunta de lo verdadero por la conciencia no iluminada y no razonadora”<sup>12</sup>.

El nuevo sistema se aplicó al proceso penal que se tramitaba oralmente, y así se escindieron los dos procesos, pues el civil continuo sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito, y mientras al juez penal se le daban facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

Inicialmente se considero que no debían existir reglas para ese proceso de convicción íntima que, se creía debía surgir como por instinto natural. Había libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso.

En el proceso civil continuó rigiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, en virtud de que la corriente sentimental que impuso la íntima convicción se limitaba al proceso penal. Ello se debió al concepto privatista basado en el individualismo filosófico y político, que del proceso civil se tenían entonces y que prevaleció hasta finales del siglo XIX.

En muchos países existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre los dos sistemas, de libre apreciación o valoración de la prueba, en lo penal y en lo civil. Dicha diferencia radica en la ausencia de jurado en el proceso civil y, por lo tanto, en que éste se limita a su aplicación a jueces especializados. El jurado de conciencia no da garantías y es una institución obsoleta e históricamente superada.

**LA FASE CIENTIFICA.**- El periodo científico surge cuando se inicia una serie de estudios respecto de la etiología de la delincuencia y sobre todo al hombre criminal como principal protagonista del delito y se considera a éste no como una

---

<sup>12</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 65.

entidad jurídica abstracta inserta en el Código Penal, sino como un fenómeno social y una manifestación de la personalidad del hombre delincuente. De ahí surge la formación de las ciencias penales.

Surgen en esa época la escuela positiva, la escuela clásica, la terza scuola o positivismo crítico, entre las más importantes.

La escuela positiva se debe principalmente a César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, quienes han sido llamados los evangelistas.<sup>13</sup>

Afirma Lombroso que el criminal congénito o nato es un ser atávico, una regresión al salvaje, biológica y psicológicamente, los criminales constituyen una variedad desdichada de hombres más patológicos que los enajenados. En 1867 Lombroso estudia en los criminales peso y estatura, craneometría, algometría (sensibilidad al dolor).

Según Lombroso los caracteres del criminal nato son: mirada dura y cruel, sonrisa cínica, estatura baja, cráneo pequeño, frente estrecha, arcos ciliares prominentes, ojos hundidos y oblicuos, pómulos salientes, barba rala y tez pálida. Clasificando estos caracteres distingue: en lo anatómico, la estrechez de la frente, la exageración de los senos frontales, la gran frecuencia de la sutura metópica de los huesos wormianos, el grosor superior al normal de la bóveda del cráneo, el desarrollo desproporcionado de los pómulos y de las mandíbulas, el apéndice lemúrido de la inferior, la oblicuidad y la gran capacidad de las órbitas de los ojos; en lo fisiológico, la sensibilidad obtusa, la disvulnerabilidad, la ausencia o disminución de reacciones vasculares, el mancinismo o zurdez, etc., en lo psicológico, la insensibilidad moral y afectiva, la pereza, la ausencia de remordimientos, la imprevisión; por último, en lo social, el tatuaje, el lenguaje involutivo, metafórico, la escritura jeroglífica.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> VERGARA TEJADA, José Moisés, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ángel, p. 23.

<sup>14</sup> REYNOSO DÁVILA, Roberto, Ob. cit., p.83.

Enrique Ferri divide a los delincuentes en cinco tipos:

- a) Delincuente nato, instintivo o por tendencia, es el “perverso instintivo” de la psiquiatría moderna, denominación que reemplaza al termino de “loco moral”;
- b) Delincuente loco, quien ha cometido el delito en estado de alineación;
- c) Delincuente por pasión, que obedece a un factor individual de carácter afectivo; un desequilibrio de origen y predominio en la afectividad es el motor del hecho;
- d) Delincuente habitual, que hace la vida de la delincuencia, verdadero profesional del delito;
- e) Delincuente ocasional, en los que el delito es un hecho esporádico, sin relación con los caracteres y los hábitos del sujeto.

En cuanto a la escuela clásica, esta escuela fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el Derecho Penal representaba, procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado, encontró su base filosófica en el Derecho natural, consideraba que el Derecho Penal es garantía de libertad, ya que asegura la seguridad jurídica ante la autoridad.

Esta escuela se encuentra representada al inicio con Beccaria, y éste sienta los principios unificadores de esta gran corriente, otros representantes son Bentham, Romagnosi, Rosmini, Tolomei.

Por lo que hace a la Terza Scuola, rechaza el libre albedrío, la teoría de la anormalidad morbosa del delito, la del tipo delincuente y la fusión del derecho penal con la sociología criminal. Acepta la distinción clásica de imputables e inimputables. Concibe el delito como fenómeno individual y social y se orienta hacia el estudio científico del delincuente y de la criminalidad. La pena tiene como fin la defensa social y sostiene la distinción entre penas y medidas de seguridad. Debe obtenerse el máximo de defensa social con el mínimo de sacrificio del individuo.

Sus representantes fueron Carnevale, B. Alimena, Vaccaro, quienes distinguen el derecho penal de la criminología, rechazan la clasificación positivista del delincuente, y sostienen que el Derecho Penal no depende de nadie, pues el Estado está obligado a realizar la reforma social.<sup>15</sup>

A continuación estudiaremos la evolución histórico jurídica de las pruebas en algunos países:

### **A. ROMA.**

En la época clásica de Grecia, y más especialmente en Roma, la evolución en esta materia, como en otros campos del derecho, fue extraordinaria, por lo cual se le debe examinar por separado, todavía, en la segunda mitad del siglo XX de la era cristiana, no han sido superadas las concepciones jurídicas que en materia de régimen probatorio existieron en la antigua Roma.

Poco es lo que se sabe sobre la regulación de esta materia en la Grecia antigua. En el estudio que en su retórica, hizo de la prueba Aristóteles se encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra índole; el gran filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínseco y extrínseco, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, y considera que la principal está constituida por el silogismo y la inducción. En cuanto a su forma, en Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al Juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio.

Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos,

---

<sup>15</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 9ª. Edición, Editorial Porrúa, México 2001, p. 42.

pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente.

La prueba documental gozó de especial consideración, particularmente en material mercantil, habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo y, por lo tanto, valor de plena prueba, como sucedía con los libros de banqueros que gozarán de reputación de personas honradas y dignas de crédito. El juramento tuvo mucha importancia, aún cuando en la época clásica la perdió en buena medida, y existió tanto el decisorio como el referente a sólo parte de la controversia. Pero lo más notable fue que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor.<sup>16</sup>

Como puede apreciarse, la evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con mucho a la que luego existió en Europa, por lo menos hasta el siglo XVI.

En la Roma antigua, la materia de las pruebas sufrió una evolución análoga a la que presenta en general el proceso y la administración de justicia. Pueden distinguirse varias etapas, que a continuación examinaremos brevemente:

- a) En la fase del antiguo proceso romano o "*per legis actiones*". el juez tenía un carácter de árbitro, casi de funcionario privado, mas con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue inicialmente la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos; el juramento, el reconocimiento personal por el juez, e igualmente, los indicios; es decir, más o menos los medios de prueba que hoy conocemos. No existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la *República* era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, lo

---

<sup>16</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 56.

cual excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales, e inclusive, una apreciación jurídica de la prueba. Los jueces de las *questiones perpetuae* eran asimismo jueces populares que resolvían de acuerdo con su personal convicción. Esta fase comprende el período formulario.<sup>17</sup>

Así, el procedimiento de las *quaestiones* llegó a ser, con Cayo Graco, *procedimiento penal*, que por numerosas leyes posteriores se entiende a otras clases de delito, de preponderante índole política.

- b) Durante el imperio aparece la fase del procedimiento "*extra ordinem*", de marcada naturaleza publicista, durante la cual el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Constituyó esto un progreso, en cuanto se le dieron al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo sobrevino un retroceso, desde el punto de vista que en la actualidad prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba y establecer un sistema de tarifa legal que regulaba su valor, con menos rigor del que impero en Europa durante los siglos XVII a XIX, el lo civil especialmente.

Por lo que dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior, y aun fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse como demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones *juris*). Los medios de prueba fueron los mismos del período formulario, pero se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental.

La pena recrudesció su severidad durante el Imperio. La pena de muerte, que en la última etapa republicana estuvo de hecho abolida, se restablece con los emperadores y se inflingía a quienes cometían los crímenes mas

---

<sup>17</sup> Ibid. p. 57.

graves. Se instauran nuevas formas de pena: como la condena en las minas y los trabajos forzosos. Asimismo figuran en el numeroso cuadro de penas, las penas contra el honor y las pecuniarias. En ésta época se añade la función intimidante de la pena, por algunos jurisconsultos romanos, con el objetivo de enmienda o corrección.<sup>18</sup>

Durante el imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos, asimismo caen en desuso los tribunales populares y no se encuentra aún un sistema de pruebas legales tal como hoy se entiende, que lo obligara, por ejemplo, a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos. Los jueces continúan obedeciendo a su convicción, como antes, por cuanto no les fueron impuestas por los emperadores reglas especiales, como la que rechazaba la declaración de ciertas personas y la que negaba al dicho de un solo testigo el suficiente valor para producir la convicción. Ni siquiera en los últimos tiempos del imperio existió un sistema completo y detallado de reglas probatorias que vincularan al juzgador. En los estudios de los jurisconsultos romanos se manifiesta “una tendencia positiva hacia la investigación de la verdad material”.<sup>19</sup>

Según concepto de Cicerón, la función del juez no se limita a una labor mecánica de contar los testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad, por eso el deber del juez es profundizar el examen de testimonio y condenar sólo a aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, su libertad. Y el mismo Cicerón enseñaba que el objeto de la prueba era despejar las dudas del juez y aclarar todo lo probable. No tenía por fin producir la evidencia.

---

<sup>18</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. cit., p. 12.

<sup>19</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 58.

La carga de la prueba estaba, en principio, sobre el demandante, pero la prueba de las excepciones correspondía al demandado.

- c) Por último, en el período *justiniano* aparecieron en el *Corpus* diversos textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las cuales en la edad media se construyó la lógica de la prueba a través del derecho canónico. Se observa por lo general la regulación legal de las pruebas, pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Es un sistema mixto, en verdad, con preponderancia del legal.

Se conservaron los medios probatorios del período anterior; se excluyeron el testimonio de la mujer, del impúber, del perjuro, del delincuente y del loco; se asentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces, y se conoció el principio del contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar.

En conclusión, ni en el más antiguo derecho romano se encuentran las nefandas consecuencias que el exagerado misticismo tuvo en la Europa cristiana, como la absurda costumbre de definir por la habilidad y la fuerza los litigios, al creerse que dios intervenía en los casos concretos para darle el triunfo al débil que tuviera la razón, sobre el fuerte que la desconociera, en los llamados duelos judiciales y los juicios de dios, como en el caso de las pruebas del agua y del fuego; las ordalías y los juramentos expurgatorios. Si bien existió el tormento en ciertas épocas, su uso fue restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos, y en todo caso hubo mayor moderación que en la edad media y parte de la llamada edad moderna. Contra el tormento reclamaron grandes jurisconsultos, entre los que encontramos a Cicerón.

En los últimos siglos es muy poco lo que se ha agregado a la concepción jurídica romana en esta materia; si bien, la tendencia moderna procura devolverle al juez

la libertad de apreciación razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para producirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en el penal, solo en la utilización de los medios que la técnica moderna ha introducido en los métodos para la investigación, especialmente en el ramo penal, podemos encontrar novedades en relación con la legislación y la jurisprudencia romanas. En el derecho romano, se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

La más destacada característica del primitivo derecho penal romano es el *carácter público* con que se considera el delito y la pena: el primero era violación de las leyes públicas; la segunda fue reacción pública contra el delito. Pero acaba consumándose la diferencia entre derecho y religión y se logra el triunfo de la pena pública.

## **B) ESPAÑA.**

Durante el Imperio, es muy probable que se aplicaran en España las leyes penales romanas y junto a este derecho común existieron algunos preceptos penales dictados por Roma para ciertas localidades españolas.<sup>20</sup>

En el antiguo derecho español, el procedimiento penal no alcanzó un carácter propiamente institucional; sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos como el Fuero Juzgo, se dictaron disposiciones de tipo procesal muy importantes. Rigió en toda España en tiempo de la dominación visigoda. Ha recibido diversos nombres, se le ha denominado *Codes Legum, Liber Gothorum, Lex Wisigothorum, Liber Judiciorum y Fori Judicum*. Consta de un título preliminar y doce libros subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y 578 leyes. Los libros 6, 7 y 8 se refieren al derecho penal.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 5ª. Edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1950, p. 700.

<sup>21</sup> REYNOSO DÁVILA, Roberto, Ob. cit., p. 47.

Este ordenamiento jurídico distingue el dolo de la culpa, admite la legítima defensa y el estado de necesidad; pero desconoce toda relevancia al error y a la ignorancia del derecho. el que auxilia a la fuga de un detenido o de un condenado recibe la sanción que a éste hubiera correspondido. Al autor de una denuncia falsa se le aplica la pena del talión o se hace siervo del acusado.

Las penas más frecuentes son las pecuniarias y las de azotes. El perjurio lleva aparejada la pena de azotes, infamia inhabilitación para volver a ser testigo y pérdida de la cuarta parte de los bienes a favor del agraviado. El adulterio se castigaba con la esclavitud del delincuente respecto del cónyuge inocente. El marido que matase a los adúlteros sorprendidos *in flagranti* no tenía responsabilidad alguna. Regulaba el derecho de asilo en los templos. El título I, del libro VI, de ese cuerpo normativo, se ocupó de la acusación; se establecen los requisitos y forma de hacerla; las garantías del acusado frente al acusador y el juez; de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo; de los casos en que procede el tormento y del juramento purgatorio del reo cuando no esté probada la acusación ni su inocencia.

Cabe mencionar que, si bien se conservaba el tormento, lo mismo que en algunos fueros municipales, no se consideraba como un medio de prueba, sino como una manera absurda y bárbara de establecer la sinceridad de testigos y partes; pero voces autorizadas se alzaron contra su empleo, entre ellos la de Luis Vives, en el siglo XVI, y el padre Feijoo, en el siglo XVIII, para ser por fin legalmente abolido en la Constitución de 1812 y en la real cédula del 25 de junio de 1814.

En el título V, se alude a la acusación popular contra el homicida y se destaca en forma importantísima la influencia concedida a los obispos sobre los jueces, así como también el asilo eclesiástico.

En el libro VII, título IV, se consagran garantías a la libertad individual, disponiendo, bajo ciertas penas, que el malhechor preso no pueda ser detenido en

casa del que le aprehendió más que un día o una noche, debiendo ser entregado después al juez.

En el título II, se indica quién puede acusar y a quién, y en los títulos VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXV, XXVI, XXVIII Y XXIX, se reglamentan diversos aspectos del procedimiento, entre otros; el de los errores por los que pueden ser acusados los menores de edad; el hecho de que aquél que es absuelto, una vez por juicio acabado del error que hizo, no lo pueden acusar nuevamente; el deber del juez es escoger a un solo acusador cuando muchos quisieran acusar a alguien sobre algún delito; la obligación de presentar por escrito la acusación, conteniendo el nombre del acusador y del acusado, el del juez ante quien se hace, el del delito, el lugar, el mes y el año; el deber del juzgador de recibir la acusación, tomando al acusador “la jura de que no se mueve maliciosamente” y “emplazar al acusado dándole el traslado de la demanda”, señalándose un plazo de veinte días para que responda; la obligación del juez de examinar las pruebas con gran cuidado; si éstas no atestiguan claramente el hecho y si el acusado es hombre de buena fama, debe ser absuelto; en caso contrario, si de las pruebas se desprendía algún indicio, el juez podía hacerlo atormentar para conocer la verdad.

La forma en que deben ser detenidos los acusados, está prevista en el título XXIX, y desde entonces, se indicó, que si ellos huían del lugar donde los habían acusado, el juez debería observar ciertos lineamientos para que le fueran remitidos los delincuentes, siendo obligatorio para los jueces hacerlo mediante carta dirigida al juez requerido, quien aún en contra de su voluntad accedería a ello.

El tormento fue instituido en forma general, con excepción de los menores de catorce años, los “caballeros”, los “maestros de las leyes u otro saber”, los consejeros del rey y otros personajes.

Aunque en las Siete Partidas, aparece un conjunto mayor de disposiciones para regular el proceso penal, en éstas no se ve tanto adelanto como en el Fuero Juzgo.

En las Siete Partidas, la regulación en lo referente a la prueba, se fijaron taxativamente, en materia penal fueron la conciencia o confesión, el testimonio y las cartas o documentos, todo el sistema estaba dirigido a lograr la prueba perfecta que era la confesión y para ello se recurría a los modos mas extremos, como la flagelación o el tormento. No se buscaba la certeza moral del juez.

Las presunciones judiciales no tuvieron el mismo valor que hoy en día, se le consideraba como una **semiplena probatio**, un elemento que se equiparaba a las sospechas e inferior en calidad a la confesión, que daba el máximo de certeza legal.

Por lo que hace a la prueba testimonial, el testigo debía tener por lo menos veinte años cumplidos, no podía testimoniar contra otro en causa criminal el que hubiese obtenido de éste su libertad, o su padre o su abuelo, el que estuviera preso en la cárcel o en cadena del rey o del consejo no podía atestiguar contra otro, ya que podría ser que se diera falso testimonio por ruego de alguno que le prometiera sacarlo de aquella prisión. Sobre el valor de dicha prueba, regía el principio de “dos testigos que sean de buena fama no se pueden desechar”.

Esta regla fue aplicada con bastante rigor, entendiendo los jueces que el dicho de un testigo singular no podía dar una prueba cierta, sino una mera sospecha.

En cuanto a la prueba confesional, si había confesión del inculpado esa bastaba para dictar una sentencia condenatoria. La ley establecía que no existía la confesión arrancada por apremio de tormentos o de heridas, pero no obstante se dispuso que “si aquel que fue atormentado reconociere después de su llana voluntad y sin tormento, aquello mismo que confesó cuando le hacían el apremio, entonces valía la confesión”.

El autor Vázquez Rossi, manifiesta que a través de los Ordenamientos de Alcalá, Leyes de Toro, Fuero Juzgo y las Siete Partidas se fue configurando un sistema de pruebas legales, las cuales se identificaban plenamente con el sistema

inquisitivo, las cuales dejaron profundas huellas en ordenamientos posteriores, los cuales si bien modificaron algunos aspectos (como la abolición del tormento judicial, la operatividad de las garantías individuales, en lo básico continuaron funcionando en los mismos términos.<sup>22</sup>

Por otra parte, el Fuero Viejo de Castilla (siglo XIV), señala algunas normas del procedimiento penal; como las referentes a las pesquisas y acusaciones a los funcionarios encargados de practicar visitas de inspección en el ramo de justicia y a la composición.

Por último, la Novísima Recopilación trata de la jurisdicción eclesiástica, de su integración y funcionamiento, policía, organización; atribuciones del Supremo Consejo de Castilla, Salas de la Corte y sus alcaldes, órganos de jurisdicción criminal y el procedimiento a seguir ante ellos, audiencias, abogados, procuradores, escribanos, etc. alcaldes del crimen en las cancillerías, procedimiento ante éstos y, en general, de los juicios criminales.

En la legislación penal de los Reyes Católicos destaca la Santa Hermandad y la Inquisición. La primera tuvo un carácter más político y circunstancial que jurídico, tendiente a acabar con la situación de bandidaje creada por el fin de la reconquista y la liquidación de las banderías feudales. En cuanto al Santo Oficio, ya conocido en la Edad Media como justicia episcopal y pontificia, adquiere en su nueva forma una dimensión política y real.

La Santa Hermandad fue en su origen una cuadrilla o ronda de gente armada, organizada para la persecución de los malhechores y salteadores de caminos. Tuvo su origen en las llamadas Vieja y Nueva Hermandad, creada la primera en el reinado de Alfonso VIII y la segunda en el de los Reyes Católicos quienes la instituyeron por leyes que publicaron en Córdoba el 7 de julio de 1496. Fue un tribunal con jurisprudencia propia, que perseguía y castigaba los delitos cometidos

---

<sup>22</sup> VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., Ob. cit., p. 283.

en despoblado. La Edad Media concluyó en 1453 en que cae el Imperio Romano de Oriente con sede en Constantinopla en poder de los turcos otomanos, iniciándose la Edad moderna cuyas características fundamentales se centran en la época del Renacimiento, la Reforma Protestante, las grandes invenciones como la imprenta y los grandes descubrimientos geográficos, como el Continente Americano.

Posteriormente se publicó la Constitución Criminal Carolina *Constitutio Criminalis Carolinae* (Código Carolino), que son las ordenanzas de juicios criminales del Emperador Carlos V y el Sacro Romano Imperio, publicado en 1532, es el primer Código Penal en la Edad Moderna y durante tres siglos fue la base del Derecho Penal Alemán hasta 1870, habiendo ejercido gran influencia en el desarrollo del derecho penal, constituyendo una de las principales fuentes. Es un código completo pues además de la parte penal, ordena el procedimiento, regula las pruebas y dicta reglas para la redacción de las sentencias. La pena se establece según la ocasión y maldad del delito por amor a la justicia y por el bien común.<sup>23</sup>

Posteriormente apareció la Recopilación de las Leyes de Indias que se promulgó por Real Cédula de Carlos II del 18 de mayo de 1680, en lo que al procedimiento penal respecta, todas esas notas estaban más acusadas. De carácter inquisitivo, era rigurosamente secreto e ignoraba las garantías mas elementales de los derechos de la defensa. La tiranía de la investigación de la verdad a cualquier precio que había consagrado, condujo al sistema de pruebas legales, a la obligación del acusado de prestar juramento, y a la obtención por cualquier medio de la confesión, que era considerada reina de las pruebas.

### **C) FRANCIA.**

Aunque en el periodo anterior, durante el siglo XVIII, aparecen algunos cuerpos de leyes penales, que se han denominado códigos, la época codificadora empieza

---

<sup>23</sup> REYNOSO DÁVILA, Roberto, Ob. cit., p. 57.

realmente con la *Revolución Francesa* con la que se inicia la Edad Contemporánea, con los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, favoreció de manera decisiva el movimiento de reforma penal. Aparece "La Declaración de los Derechos del Hombre", en 1789, en la cual en lo que atañe a los procedimientos penales, contemplo las siguientes normas:<sup>24</sup>

Ningún hombre puede ser acusado, detenido o arrestado solo en los casos determinados por la ley y según las formas que ella ha prescrito. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano citado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante, y se le hace culpable por la resistencia.

En el artículo 8 se establecía: la ley no debe establecer sino penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado solo en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, la cual debe ser legalmente aplicada. El artículo 9 fijo una norma: "A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable, y si es necesario detenerlo, todo rigor que no fuese necesario para asegurar su comparecencia al juicio debe ser severamente reprimido por la ley."<sup>25</sup>

También el artículo 17 iba a tener influencia en los procesos penales, porque en adelante se aboliría como pena la confiscación de bienes: Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad publica, legalmente comprobada, lo exige en forma evidente y con la condición de una justa y previa indemnización.

Después de "La Declaración de los Derechos del Hombre", las leyes punitivas adquieren un nuevo rumbo, estableciéndose principios penales y procesales, en garantía de los derechos del individuo, que pasan a todos los códigos de procedimientos del mundo. Los primeros códigos revolucionarios de Francia

---

<sup>24</sup> PAILLAS PEÑA, Enrique, Ob. cit., pp. 71-72.

<sup>25</sup> Ibid. p. 72.

fueron el de 25 de septiembre, 6 de octubre de 1791, el de 3 Brumario del año IV (25 de octubre de 1795), más procesal que punitivo, el Código Penal de 1810, llamado Código de Napoleón.

En Francia, escritores como Montesquieu, Voltaire y Brissot de Warville protestaron también contra el sistema judicial medioeval y en la Asamblea Constituyente de 1790 se recogieron esos conceptos al pronunciarse contra las pruebas formales en materia penal y al consagrarse el sistema de la convicción íntima de los jueces que, quedó sancionado en las leyes de 18 de enero de 1791 y de 29 de septiembre del mismo año, cuyo principal autor fue Duport. Se entra así a la fase sentimental, a la que también se le conoce como “de la convicción moral”.

Así mismo y como lo mencionamos en párrafos anteriores la fase sentimental, mejor denominada de la convicción moral, se origino en la Revolución Francesa, que acogió las teorías de Montesquieu, Voltaire y sus seguidores, con las leyes de 1791. el artículo 732 del Código del 3 de brumario, del año IV de la revolución. Posteriormente el Código de Instrucción Criminal acogió el mismo principio en su artículo 342.

El nuevo derecho francés se difundió por Europa sólo hacia mediados del siglo XIX; pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años, consagrado en el *Reglamento del procedimiento criminal* de 1853, que rigió casi hasta fines del siglo XIX. Así se originó esta nueva fase del derecho probatorio, al que se le ha llamado “sentimental”, por estar basada en la ilusoria creencia en la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural, se trataba de una nueva superstición.

## **D) MÉXICO**

Encontramos en el Derecho Penal de México, varias etapas, las cuales estudiaremos brevemente a continuación:

### **a) Procedimiento penal en el Derecho Prehispánico.**

El Derecho Prehispánico, no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que se constituían en agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas. El Derecho era consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar lo transmitían de generación en generación.

Para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución del ilícito penal; era menester un procedimiento que las justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función judicial. Existían tribunales: reales, provinciales, jueces menores, de comercio, militar, etc., cuya organización era diferente, en razón de las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor.

Se encontraban divididos en salas dependiendo de la materia o casos que trataban; una de las salas, la cual se dedicaba al consejo de guerra era llamada *Tequiacalli*. Pero la primera de ellas y la más importante era llamada *Tlaxitlan*, a ella le correspondía la judicatura. En ella vivían el Rey, los cónsules. Oidores y principales nobles y se usaba también para juzgar las causas criminales que ameritaban pena de muerte, ahorcamiento, lapidación o aplastamiento con palos.

Era ése el sitio en donde se juzgaba a los nobles y cónsules, condenándolos a la muerte, destierro o a ser trasquilados o puestos en prisión en jaulas “recias” y grandes. Los procesos no sufrían dilación, se resolvían en un término corto, no se admitía el cohecho, no se favorecía al inculpado y, en general, la justicia se administraba con gran rectitud.

En el Derecho Azteca, el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un magistrado supremo, dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con

un numero de habitantes considerable, y este magistrado, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.<sup>26</sup>

Dependiendo del tipo de infracciones penales que se cometían, ya fueran leves o graves, para conocer de las primeras se designaban jueces, cuya competencia comprendía, solamente, la de un barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves, se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces; los jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva.

En materia de pruebas existían: el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental, empero, encontramos que en la materia penal tenía supremacía la prueba testimonial y solamente en casos de excepción, como en el adulterio o cuando existían sospechas de que se había cometido algún otro delito, se permitía la aplicación del tormento para obtener la confesión.

Asimismo encontramos que debían observar varias formalidades, por ejemplo: en la prueba testimonial, quién rendía juramento estaba obligado a poner la mano sobre la tierra y llevarla a los labios, queriendo indicar con eso que se comía de ella.<sup>27</sup>

Entre los Mayas, el Derecho estaba caracterizado por la extrema rigidez en las sanciones, y como los aztecas, castigaban toda conducta que lesionara las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social.

Con relación a las pruebas, existían: la confesional, la testimonial y la presuncional. En las causas criminales no se admitía al actor otra prueba que la de los testigos; pero al reo se le admitía el juramento en su defensa.

---

<sup>26</sup> COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 17ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 27.

<sup>27</sup> Ibid. p. 28.

Las leyes penales eran muy crueles, por ejemplo, el traidor al rey o al Estado moría descuartizado, y sus parientes que, sabiendo la traición, no lo descubrían, eran privados de la libertad. Se encontraba establecida la pena de muerte y la confiscación de bienes contra cualquiera que en la guerra o en alguna fiesta usara las insignias o armas reales de México, de Texcoco o de Tacuba; cualquiera que maltrataba algún embajador, ministro o correo del rey, era reo de muerte, pero los embajadores y correos debían de su parte no extraviarse del camino real, y como penal a lo anterior, perdían el derecho a la inmunidad.

Eran también reos de muerte los que causaban algún motín en el pueblo, los que quitaban o mudaban los mojones puestos con autoridad publica en las tierras, y los jueces que daban sentencia injusta o no conforme a las leyes, o hacían al rey o al superior relación infiel de alguna causa o se dejaban corromper con dones. El que en la guerra hacía alguna hostilidad a los enemigos sin orden de los jefes o acometía antes de tiempo, o abandonaba la bandera, o quebrantaba algún bando publicado en el ejército, moría degollado. El que en el mercado alteraba las medidas establecidas por los jueces, era reo de muerte, que allí mismo y sin dilación se le daba, para lo cual había inspectores en todo el mercado, quienes velaban, así como jueces que aplicaban las sanciones. El homicida pagaba con su vida el delito, aunque hubiese ejecutado a un esclavo.

El marido que quitaba la vida a su mujer era reo de muerte, aún en caso de sorprenderla en adulterio; ya que se decía que usurpaba la jurisdicción de los magistrados, a quienes pertenecía conocer de los delitos y castigar a los delincuentes. El adulterio se castigaba con pena de muerte; los adúlteros eran apedreados y se les quebraba la cabeza entre dos posas. Pero no se reputaban adulterio, a lo menos no se castigaba, el comercio del marido con una soltera, por consiguiente no se obligaba a tanta fidelidad al marido como a la mujer.

En algunas partes del imperio el adulterio era castigado con más rigor, encontramos que la infidelidad de la mujer era castigada por el mismo marido, quién en publico le cortaba la nariz y las orejas. Los reos de incesto en primer

grado de consanguinidad o afinidad, morían ahorcados, y todos los matrimonios en ese grado estaban severamente prohibidos por las leyes, a excepción de los cuñados; porque había entre los mexicanos como entre los hebreos, costumbre de casarse los hermanos con las cuñadas viudas.

A la mujer que servía de tercera para alguna comunicación ilícita, le quemaban en la plaza los cabellos con teas de pino y le embarraban la cabeza con la resina del mismo árbol. Cuando más distinguidas eran las personas a las que servía de tercera, tanto más se les agravaban las penas.

### **b) Influencia de la conquista**

Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales del Derecho Español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, desplazaron los sistemas jurídicos azteca, texcocano y maya.

A medida que la vida colonial fue desarrollándose, se presentaron diversidad de problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular; se pretendía que las Leyes de Indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, como los problemas se acentuaban mayormente por las arbitrariedades de los funcionarios, de los particulares y también de algunos de los predicadores de la doctrina cristiana, en 1578, Felipe II, decretó sanciones rigurosas para frenar toda clase de abusos e invasión de competencias. Para esos fines, recomendó a obispos y corregidores se ciñeran estrictamente al cumplimiento de la esfera competencial de su cargo y a respetar: las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, dejándose de tomar en cuenta, cuando contravinieran al Derecho Hispano.

Durante la Colonia, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes, requirió indispensablemente, la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio.

Para la investigación del delito, en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros más.<sup>28</sup>

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Entre los tribunales mencionados, el del Santo Oficio de la Inquisición ocupaba un lugar preferente, en el orden cronológico y político, debido a que se utilizó como gran instrumento, contra la herejía.

En España aparece reglamentado en la época de los Reyes Católicos; debido a que en 1478, Sixto IV expidió una Bula facultándolos para designar a los integrantes del tribunal; sin embargo, no funcionó como una institución medieval como la anterior, sino con caracteres encaminados a facilitar la consolidación de la unidad religiosa en España.

Para esos fines el Papa les confirió potestad para designar a los integrantes de los tribunales y a los inquisidores provinciales.

En 1519, se designaron, primeros inquisidores, con competencia en todas las Indias a Fray Pedro de Córdoba y al obispo de Puerto Rico, Alfonso Manso, mismos que nombrarían notarios, fiscales y demás personal que fuera necesario. Por otra parte, el poder inquisitorial, se ejerció, casi de inmediato, después de la Conquista, la cual la realizaban los comisarios franciscanos y dominicos.

El 22 de febrero de 1813, las Cortes de Cádiz, suprimieron el Tribunal de la Inquisición en México; se dio a conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año, pero el 21 de enero de 1814, Fernando VII, lo estableció nuevamente, y no fue, sino hasta el 10 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

---

<sup>28</sup> Ibidem. p. 39.

El tribunal de la Audiencia era un tribunal con funciones gubernamentales específicas, atribuciones generales para solucionar los problemas policíacos y los asuntos relacionados con la administración de justicia. En la Nueva España se instalaron dos: uno en la Ciudad de México y otro en Guadalajara; sus integrantes se regían en todo por las Leyes de Indias y sólo en defecto de éstas, por las Leyes de Castilla.

El Juicio de Residencia, o simplemente residencia, consistía en “la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo”<sup>29</sup>. Se le llamo con ese nombre, debido a que el funcionario en contra de quien se seguía, debía residir en el lugar del juicio mientras se agotaban las investigaciones.

Los antecedentes de este juicio, se remontan a las Sagradas Escrituras. Zenón, en el año 475, obligó a jueces y magistrados a permanecer cincuenta días en los lugares en donde habían desempeñado sus funciones, para que, si habían cometido delitos, el pueblo presentara sus querellas y dentro del término de veinte días se dictara sentencia.

En las Instituciones del Derecho Indiano, eran sujetos al Juicio de Residencia: Virreyes, gobernadores, políticos y militares, intendentes, intendentes-corregidores, presidentes de audiencia, oidores, fiscales, protectores de naturales, intérpretes, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes y alguaciles de la Santa Hermandad, contadores, factores, visitadores de indios y, en general, todos los demás funcionarios.<sup>30</sup>

El Tribunal de la acordada, llamado así porque la Audiencia en acuerdo, es decir, presidida por el Virrey lo estableció. Principio su actuación en 1710.

---

<sup>29</sup> Ibidem. p. 46.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 47.

La acordada se integró con un juez o capitán, llamado “Juez de caminos”, por comisarios y escribanos. Su competencia fue muy amplia, debido a que sólo así podía actuar de manera eficaz para cumplir su cometido.

Fundamentalmente, perseguía a los salteadores de caminos. Cuando tenía noticias sobre asalto o desórdenes en alguna comarca llegaba al lugar y hacía sonar un clarín.<sup>31</sup>

Para avocarse al conocimiento de los hechos delictuosos, instruía un juicio sumarísimo, y dictaba la sentencia, procediendo inmediatamente a ejecutarla.

Cuando era decretada la pena de muerte, ordenaba el ahorcamiento del sentenciado en el mismo lugar donde había ejecutado el delito; acto seguido, se dejaba expuesto el cadáver para escarmiento de los cómplices que no habían sido capturados o de quienes se dedicaban a cometerlos.

En la prisión de la acordada, los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela de crimen y horrores y, quienes lograban obtener su libertad, volvían a delinquir, poniendo en práctica las enseñanzas adquiridas y los medios “idóneos” para burlar la acción legal.

Finalmente, la Constitución Española de 1812 abolió la acordada, con gran júbilo de las clases populares y de quienes habían sufrido todo el rigorismo exagerado de sus sistemas.

Posteriormente, al proclamarse la independencia nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, hasta la publicación del decreto español, de 1812, que creó los “jueces letrados de partido”, con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al “partido” correspondiente; consuevo un solo fueron para los asuntos civiles y

---

<sup>31</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Ob. cit., p. 28.

criminales, así como, acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

El 22 de octubre de 1814, se promulgó el llamado “Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana”, y aunque nunca llegó a tener vigencia, fue un documento revelador del pensamiento de toda una época, cuyo contenido era una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y jurídicos de la revolución francesa y de la Constitución Española de 1812.

Cuando la situación político social de la República Mexicana, auspicio un ámbito propicio para legislar, se aprobó y promulgó la Constitución de 1824; en la cual la administración de justicia, en los Estados y Territorios, se sujetaba a las reglas siguientes: “Se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de otros Estados: El congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos” (Art.145). Quedan prohibidos: la confiscación de bienes; el tormento; la detención sin que haya “sempierna prueba o indicio” de que alguien es delincuente, la detención por indicios que se haya decretado no debe exceder de 70 horas; el cateo sin orden expresa y fundada legalmente; “el juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales”; “entablar pleito en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haber intentado legalmente el medio de la conciliación”.<sup>32</sup>

Posteriormente se decretaron las Siete Leyes Constitucionales de 1836, sobreviniendo las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de fecha 12 del mes de julio de 1843, en las que subsisten fueros eclesiásticos y militares; para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito, pero poniendo de inmediato al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional; se restringe a treinta días la detención de las personas por la autoridad política y para los jueces, el de cinco días, para declararlo “bien preso”.

---

<sup>32</sup> COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit., p. 55.

Se prohibió el juramento en materia criminal sobre hecho propio; los jueces quedaban obligados, para que dentro del término, de los tres primeros días, en que estuviera el reo detenido y a su disposición, se le tomará su declaración preparatoria, manifestándole antes, el nombre de su acusador, si lo había, la causa de su prisión y los datos que hubiera contra él.

En la Constitución de 1857, se estableció: “En la Republica Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales...” “Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar...” “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicable a él, por el tribunal que, previamente, se haya establecido en la ley. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso del delito *in flagranti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.”<sup>33</sup>

En forma sistemática se establecen, para los juicios criminales, las garantías siguientes: “Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición del Juez; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descargo; que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan. Esta Constitución es uno de los documentos más importantes desde el punto de vista político, jurídico y social, en donde se plasmó el pensamiento liberal mexicano, luminoso y de ideas avanzadas.

---

<sup>33</sup> Ibid. p. 57.

Finalmente, se expidió el Código Penal de 1871, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California y, para toda la Nación, en delitos federales; expedido este Código, era necesaria una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, y después de muchas vicisitudes, se pronunció el primer Código de Procedimientos Penales en el medio mexicano, siendo el de 1880. De sus disposiciones, se advierte la tendencia marcada hacia un sistema mixto de enjuiciamiento: cuerpo del delito, búsqueda y aportación de pruebas.

En otros órdenes, aunque moderado, impera el sistema inquisitivo, independientemente, de algunos derechos para el procesado: defensa, inviolabilidad del domicilio, libere caucional, etc. En cuanto a la víctima del delito, se instituyó la obligación para el delincuente, de reparar el daño.

Años más tarde, el 6 de junio de 1894, un nuevo Código de Procedimientos Penales sustituyó al anterior. En este código predominó un sistema mixto, la policía judicial, el ministerio público, cuyas funciones eran únicamente, “la persecución de los delitos” y los actos de acusación en contra de los criminales ante los jueces competentes, el sistema probatorio dominante es el mixto.

## **CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO**

### **A. CONCEPTO DE PRUEBA.**

#### **1. ETIMOLÓGICO.**

Para algunos autores la palabra prueba procede del adverbio *probe* que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, de *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, según varias leyes del derecho romano.<sup>1</sup>

El vocablo ilegal significa lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres, ilegal, inmoral.<sup>2</sup>

#### **2. JURÍDICO.**

La palabra prueba viene del latín *probare*, que significa: “demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, en las formas admitidas por la ley”<sup>3</sup>

Para otros autores como Guillermo Cabanellas, la palabra prueba es: “la demostración de la verdad de una afirmación de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el Juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo V, 14ª. Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1979, p. 497.

<sup>2</sup> Ibid. p. 337.

<sup>3</sup> CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, 8ª. Reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1986, p. 451.

<sup>4</sup> CABANELLAS, Guillermo, Ob. cit., p. 497.

Así también encontramos otra definición, que a la letra dice: “Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del Juez sobre los hechos”<sup>5</sup>.

El vocablo prueba tiene varias acepciones, incluso dentro del mismo derecho procesal; se utiliza como “medio de prueba” para indicar los diversos elementos de juicio con los que cuenta en definitiva el magistrado para resolver la causa, hayan sido éstos introducidos oficiosamente o por alguna de las partes.

Se denomina con el termino también a la “acción de probar” como aquella actividad que deben desplegar las partes y a menudo el mismo órgano jurisdiccional, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos el órgano requirente y el decisor.

Con el vocablo se denomina además de lo “probado”, para indicar el fenómeno psicológico o estado de conocimiento producido en el Juez por los distintos elementos producidos en el proceso”<sup>6</sup>.

El autor Eduardo Jauchen nos da una definición de la prueba judicial, y nos dice: “...en particular es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre hechos.”

Así mismo nos da una definición del vocablo prueba: “En su sentido más estrictamente técnico- procesal, se puede enunciar la conceptualización de prueba

---

<sup>5</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 34.

<sup>6</sup> JAUCHEN, Eduardo M, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina 2002, p. 17-18.

como el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al Juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”.<sup>7</sup>

Antiguamente en *Las Partidas* se entendía por prueba la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma en la que la ley previene, según derecho para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito. También puede entenderse como prueba el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.<sup>8</sup>

Guillermo Cabanellas da diversos conceptos del vocablo prueba, nos dice así que “La prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico mediante las formas determinadas por la ley”<sup>9</sup>.

La prueba judicial la conceptualiza como “la que se propone y practica ante los jueces y es apreciada por ellos conforme al criterio legal de rigor o libertad imperante”, entendiéndolo por prueba legal “la que con cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes adjetivas. Aquella cuya eficacia o resultado se halla establecido en la ley”.<sup>10</sup>

Bentham establece que en sentido amplio, se entiende por prueba un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. Que por tanto toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar “el hecho principal”, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro

---

<sup>7</sup> Ibidem. p. 19.

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo, Ob. cit., p. 498.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Ibidem. pp. 501-502.

denominado “hecho probatorio”, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal.<sup>11</sup>

Francisco Carrara establece: “En general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza esta en nosotros; la verdad, en los hechos”.<sup>12</sup>

Bonnier manifiesta: “Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”.<sup>13</sup>

En opinión de Framarino de Malatesta afirma: “La prueba puede ser considerada por dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su presentación, ya en cuanto al efecto que origina que la mente de aquel ante quien ha sido aducida. Por este segundo aspecto equivale a la certeza, a la probabilidad y a la credibilidad. Las pruebas son el medio de aparición de las fuentes objetivas, o sea, de la verdad. Que la prueba es, por este aspecto, el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu.”<sup>14</sup>

Manzini expone que: “La prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del Juez”.<sup>15</sup>

Por lo que hace al concepto de la palabra ilegal, es aquello contrario a la ley. en el plano procesal, la ilegalidad se presenta como un error del Juez que consiente la desviación o apartamiento de los medios señalados por la ley procesal para la dirección del juicio. Se le llama tradicionalmente error in procedendo y la

---

<sup>11</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo I y II, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000, p. 1801.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Ibid. p.1807.

<sup>14</sup> FRAMARINO DE MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Premisas en Materia Criminal*, Tomo I, Editorial Themis, p. 95.

<sup>15</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Ob. cit., p. 1808.

consecuencia procesal que deriva es la nulidad. La nulidad es, la desviación en los medios de proceder.<sup>16</sup>

El autor Carlos E. Edwards define a la prueba ilegal como la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; es decir que el núcleo central de la prueba ilegal radica justamente en el quebrantamiento de esas garantías; dicho concepto implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; el investigador se vale de un medio ilícito para lograr la prueba.<sup>17</sup>

## **B. ELEMENTOS DE LA PRUEBA.**

Podemos distinguir tres elementos:

### **1. OBJETO**

Entendemos como objeto lo que en el proceso hay que determinar, es el tema a probar (*thema probandum*), y consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso.<sup>18</sup>

El objeto de la prueba responde a la pregunta ¿Qué es lo que debe probarse?, es lo que hay que averiguar en el proceso.

El objeto de la prueba en el proceso penal está constituido por el material fáctico, incierto en cuanto a su conocimiento y que como tal se debe y puede probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión. Esta noción, cuando se refiere al proceso penal, queda íntimamente ligada al

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 1101.

<sup>17</sup> EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba Ilegal en el Proceso Penal*, Editorial Córdoba, Argentina, 2000, p. 13.

<sup>18</sup> FLORIAN, Eugene, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, p. 165.

principio de la libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba.<sup>19</sup>

El autor Hernando Devis Echandia establece: “Por objeto de prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente *objetiva y abstracta*, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual”.<sup>20</sup>

El autor Manuel Rivera Silva, nos manifiesta que la prueba tiene por objeto:<sup>21</sup>

- a) Acreditar la acción; en donde se incluyen todas las condiciones en que se encontraba el sujeto, los motivos que lo impulsaron a actuar y los medios y formas que empleo para la realización del acto.
- b) Acreditar la modificación que en el mundo exterior se ha generado con la realización del acto ilícito.
- c) Acreditar la sanción que corresponde, siendo en este punto únicamente objeto de prueba la ley extranjera, pues el conocimiento de las leyes mexicanas se supone es el órgano jurisdiccional y su existencia no está sujeta a prueba.

En relación con esta materia, se pueden formar tres grupos de autores: quienes confunden los conceptos de objeto y tema o necesidad de la prueba; quienes los separan, y quienes no expresan opinión al respecto.

Entre los autores que confunden el objeto y tema o necesidad de la prueba se encuentran: Chiovenda, Lesona, Micheli y Castro Mendes.

---

<sup>19</sup> JAUCHEN, Eduardo M, Ob. cit., p. 21.

<sup>20</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 144.

<sup>21</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *El Procedimiento Penal*, 26ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1997, pp. 203-204.

Para Chiovenda, por ejemplo, objeto de la prueba: “son los hechos no admitidos y no notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse, no exigen prueba”, de lo anterior se puede apreciar que se confunde el objeto de la prueba con el tema de la prueba en cada proceso.

De entre los autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba encontramos a Florian.

Este autor clasifica el objeto de la prueba en *abstracto* y *concreto*, y dice que aquél se determina por “la posibilidad abstracta de la comprobación en juicio” o sea por “la aptitud procesal de prueba”. Desde este punto de vista son objeto de ella los elementos de hecho en sus más variadas manifestaciones y complejidad, de orden externo o interno, incluyendo los documentos, las personas físicas, las máximas o reglas de experiencia en cuanto a su contenido y, en ciertos casos, las normas jurídicas (derecho consuetudinario y las leyes extranjeras).

Según Florian, cuando se hace referencia al objeto de prueba en concreto, se contemplan los requisitos de la prueba con relación a un caso particular, y entonces ya no son pertinentes todos los hechos que en abstracto pueden ser objeto de prueba. Así pues, Florian distingue clara y firmemente el objeto de la prueba propiamente dicho, desde un punto de vista abstracto, de la necesidad de la prueba en cada proceso, es decir, en concreto.

En definitiva, objeto de la prueba judicial en general es todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera).<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 155.

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En este sentido jurídico se entiende por hechos, según el autor Hernando Devis Echandia:<sup>23</sup>

- a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o clasificación que de ellos se tenga. Pero no solo las conductas pasadas y presentes pueden ser objeto de prueba, sino también las futuras, como sucede en el cálculo del lucro cesante por actividades futuras, muy frecuentes en los procesos por responsabilidad extraprocésal en caso de muerte de una persona y en algunos casos de responsabilidad contractual;
- b) Los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana, desde un punto de vista abstracto y también concretamente como un tema de prueba, cuando de ellos se pretende deducir la liberación de obligaciones o la prórroga de su exigibilidad. En el proceso penal puede necesitarse su prueba, como en el caso de que se le atribuya al acusado un daño, y éste haya sido consecuencia de una fuerza mayor. Sobre estos hechos recae frecuentemente la noción jurídica de notoriedad, como causa para eximir la necesidad de su prueba, cuando son de público o general conocimiento;
- c) Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos, las que aparecen como obra de la naturaleza y las alteraciones producidas en la realidad material por esos hechos naturales o por la actividad humana. No

---

<sup>23</sup>Ibid. pp. 158-159.

sólo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que los rodean, el ambiente material en donde existan o hayan existido, lo cual es parte de la realidad material que puede percibirse. En este grupo pueden incluirse también las circunstancias sociales, familiares y personales en que haya vivido o actuado transitoriamente una persona, porque forman parte de las realidades materiales; su importancia como objeto de prueba puede ser enorme, en el proceso penal principalmente, pero también en el civil, como en materia de obligaciones del padre o marido, de vicios del consentimiento, de buena o mala fe y en muchos otros casos.

- d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc. Puede presentarse en el proceso civil la necesidad de probar la existencia de una persona, sus condiciones físicas o mentales, su educación, sus aptitudes y limitaciones, sus cualidades morales. De esta manera es frecuente que se practiquen inspecciones judiciales en relación con una persona y dictámenes de peritos.
- e) Los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al grupo de las conductas humanas. Se incluye entre estos hechos a las ideas, pensamientos, convicciones, estados de ánimo de los particulares, de condiciones mentales en individuos en particular o de grupos de éstos. El estado mental o psíquico de una persona, su aptitud para entender y tomar decisiones conscientes, es un hecho real que influye en la validez de actos o contratos, lo mismo que en la responsabilidad penal. Puede incluirse ese estado permanente o transitorio de la capacidad mental entre los atributos de la persona humana como objeto de prueba por sí misma, pero cuando se trata de apreciar si existió un acto mental como el conocimiento de un hecho, la intención o voluntad de obrar de cierta manera y de perseguir determinado fin, el hecho psíquico adquiere entidad propia como objeto de prueba. Estos hechos psíquicos tienen relevancia en la vida jurídica.

Encontramos que el objeto de prueba puede ser mediato e inmediato. El objeto mediato es lo que hay que probar en el proceso en general. El objeto inmediato, se puede definir, como lo que hay que determinar con cada prueba que en concreto se lleva al proceso. El objeto inmediato de la prueba es la parte que sirve para integrar, con otras, el objeto mediato.

Nuestra legislación no pone ninguna limitación al objeto de prueba y, por lo tanto, se puede afirmar que todas las presunciones que establece son *juris tantum*, o sea presunciones que admiten prueba en contrario.

Así mismo encontramos que el objeto de la prueba debe tener un requisito esencial que es la pertinencia, entendiendo por pertinencia la calidad consistente en que lo que se trata de probar tenga alguna relación con lo que en el proceso se quiere saber. La falta de pertinencia hace desaparecer la calidad del objeto de la prueba.<sup>24</sup>

Se estima que el objeto de la prueba no solamente se concreta a los hechos discutidos o probados en la averiguación previa, tales como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino también los discutibles, como son las pretensiones del procesado tendientes a demostrar su inculpabilidad, siempre y cuando los medios en que se basa el objeto de las probanzas no vayan contra el derecho, la moral o las buenas costumbres.

Es decir, el objeto de la prueba es buscar la verdad y demostrarla. También se afirma que “el objeto de prueba abarca la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, la conducta del sujeto activo, el resultado del hecho criminoso y el nexo causal que debe unir a la conducta y el resultado. Es decir, el objeto de la prueba abarca los elementos objetivos y subjetivos del delito.”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., p. 250.

<sup>25</sup> CRUZ AGUERO, Leopoldo de la, *Procedimiento Penal Mexicano: teoría, práctica y Jurisprudencia*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 202.

En resumen, son objetos de prueba: la conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (probable autor del delito, ofendido o testigos), las cosas (en tanto que en estas 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 encuentre algún aspecto o alguna modalidad del delito.<sup>26</sup>

## 2. ÓRGANO

Entendemos por órgano a la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.

Se entiende por órgano de prueba a la persona física que colabora con el Juez introduciendo en el proceso el conocimiento del objeto de prueba; es decir, el conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del Juez (como perito, intérprete o traductor), o bien accidentalmente (en el caso del testigo, o la parte que confiesa). El Juez no es órgano de prueba sino el destinatario de los datos que aquellos traen al proceso.

Para el autor Borthwick órgano de prueba es “el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso”; o bien, puede definirse como la persona que constituye el elemento intermediario entre el objeto de prueba y el Juez”.<sup>27</sup>

Define el autor Cafferata Nores que órgano de prueba es el sujeto que aporta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. Su función es la de intermediario entre la prueba y el Juez (por eso, a este último no se le considera órgano de prueba). El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).

---

<sup>26</sup> RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., p. 251.

<sup>27</sup> BORTHWICK, Adolfo E. C., *Nociones Fundamentales del Proceso*, Editorial Mario A. Viera Editor, Argentina, 2001, p. 291.

Para Colín Sánchez el órgano de prueba “es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible y que los sujetos que intervienen en la relación procesal son órganos de prueba; pueden ser el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos”.<sup>28</sup>

El autor Manuel Rivera Silva sustenta que es órgano de prueba la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, en su calidad de tal, el conocimiento del objeto de la prueba y que en el órgano de prueba es posible distinguir dos momentos trascendentales: a) el de percepción, y b) el de aportación; que el momento de percepción fija el instante en que el órgano de prueba toma el dato que va a ser objeto de prueba y el momento de aportación se refiere a cuando el órgano de prueba aporta al Juez el medio probatorio.

En la actualidad conforme al avance de las ciencias y la tecnología, todos los medios concebibles pueden ser utilizados como órganos de prueba dentro del procedimiento, tales como estudios computarizados, investigación genética, disciplinas y ciencias relacionadas con la Sociología y Psiquiatría Criminal, Medicina Forense, etc.

En consecuencia podemos afirmar que órgano de prueba puede ser tanto la persona con capacidad jurídica, como cualquier otro elemento biológico, físico o químico, capaz de aportar los conocimientos necesarios al Juez.

### **3. MEDIOS DE PRUEBA.**

Es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba. Medio de prueba es el método por el cual el Juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba.

---

<sup>28</sup> CRUZ AGUERO, Leopoldo de la, Ob. cit., p. 204.

El medio de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto. El medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognoscente. En el derecho procesal penal, los sujetos que tratan de conocer la verdad son directamente el Juez a quien hay que ilustrar para que pueda cumplir con su función decisoria e indirectamente las partes, en cuanto se ilustran con las pruebas del proceso para sostener la posición que les corresponde.<sup>29</sup>

Algunos autores como Gozaíni, definen que: “Medios de prueba son los instrumentos que las partes cuentan para proporcionar los datos demostrativos, es decir: testigos, peritos, la misma parte a través de la confesión, los documentos, los informes, etc., mientras otros, en tono explicativo, sostienen que es medio de prueba todo lo que puede ser apreciado por los sentidos, o que pueda suministrar apreciaciones sensoriales; en otras palabras, cuerpos físicos y exteriorizaciones del pensamiento.”<sup>30</sup>

Otros autores como Cafferata Nores, establece que: “Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio, existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por el tribunal y los demás sujetos procesales, con respeto de los derechos de estos.”<sup>31</sup>

Así pues, puede establecerse que medio de prueba es la prueba misma, “es el medio o instrumento que se proporciona al Órgano jurisdiccional para que tenga conocimiento pleno de determinado hecho aducido por las partes en conflicto y que dieron origen al procedimiento, o sea, el hecho o acto procesal sobre el cual el Juez deberá ejercer su arbitrio y con base legal en el principio de la valoración de la prueba pronunciar la sentencia que en derecho corresponda”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., p. 190.

<sup>30</sup> BORTHWICK, Adolfo E. Ob. cit., p. 279.

<sup>31</sup> Ibid. pp. 291-292.

<sup>32</sup> CRUZ AGUERO, Leopoldo de la, Ob. cit., p. 205.

El autor Colín Sánchez concuerda con esta idea, por lo que manifiesta que medio de prueba es la prueba en sí, por lo general el medio de prueba se identifica con la prueba misma. Así por ejemplo, se habla de prueba documental, prueba testimonial, cuando en realidad debería decirse documento, testimonio, porque la prueba resulta del documento o del testigo.

Por otra parte, el autor Eugenio Florian, señala que el medio de prueba es “el medio o acto mediante el cual se suministra o adquiere en el proceso el conocimiento de un objeto de prueba.”<sup>33</sup>

En consecuencia, entendemos como medio de prueba “al conjunto de elementos objetivos, es decir, todo acto, hecho o acontecimiento sensible o perceptible por los sentidos sean tecnológicos, científicos, sociales o psicológicos, que sean causa y efecto de la conducta del hombre que puedan influir en el conocimiento de la verdad que se busca dentro del procedimiento penal, cuya valoración jurídica produzca una convicción plena en el ánimo del juzgador y estar en aptitud de pronunciar una sentencia ajustada a derecho.”<sup>34</sup>

Dentro de este tema encontramos también, los caracteres de la prueba, mencionando los siguientes.<sup>35</sup>

- 1) Objetividad: el dato debe provenir del exterior, del mundo externo al proceso, esto es, no debe constituir un conocimiento propio y privado del Juez.
- 2) Legalidad: respecto a la regular obtención e incorporación de la prueba.
- 3) Relevancia: refiere conveniencia en cuanto a la necesidad de conformar un cierto estado conviccional.

---

<sup>33</sup> FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 170

<sup>34</sup> DE LA CRUZ AGUERO, Leopoldo, Ob. cit., p.206.

<sup>35</sup> BORTHWICK, Adolfo, Ob. cit., p. 285.

- 4) Pertinencia: respecto de la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello.

La doctrina registra dos sistemas de los medios probatorios: el legal y el lógico. El sistema legal establece como únicos medios probatorios los enumerados por la ley. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, la inspección judicial, etcétera. Cada medio tiene una regulación específica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para las partes.

El sistema lógico acepta como medios probatorios todos los que lógicamente pueden serlo; todo medio que pueda aportar conocimiento. La omisión de respetar las formas que la ley procesal establece para cada medio de prueba importará su producción en forma irregular y por ende su exclusión probatoria, siendo invalorable como elemento de conocimiento.

Así, el autor Florian, establece que la libertad de los medios de prueba tienen dos limitaciones jurídicas, una de ellas sustancial y la otra, formal; la primera en el sentido de que el medio de prueba utilizado no esté prohibido por la ley; la segunda en el sentido de que el medio de prueba no puede utilizarse sino en cuanto sea aportado con todas las formalidades del acervo procesal.<sup>36</sup>

En teoría se hacen varias clasificaciones de los medios probatorios, siendo las principales, las que se enumeran a continuación:<sup>37</sup>

Medios probatorios nominados y medios probatorios innominados. Los primeros son aquellos a los que la ley concede nombre y los segundos, todos lo que no tienen denominación especial en la ley. De esta manera encontramos en nuestra

---

<sup>36</sup> FLORIAN, EUGENIO, *De las Pruebas Penales*, Tomo I, Editorial Themis, 1990, p. 224.

<sup>37</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *Ob. cit.*, p. 191.

legislación como medios nominados la confesión, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, la inspección judicial, la declaración de testigos, las presunciones, la confrontación y los careos.

Medios probatorios autónomos y medios probatorios auxiliares. Los autónomos son aquellos que no necesitan de otros para su perfeccionamiento y los auxiliares los que tienden a perfeccionar otro medio probatorio.

Medios probatorios mediatos y medios probatorios inmediatos. Los mediatos son los que requieren un órgano, o sea, una persona física portadora de la prueba. Son inmediatos todos aquellos que no solicitan la intervención de un órgano, por llevar directamente al juez el objeto de la prueba, y

Pruebas naturales y pruebas artificiales. Son medios probatorios naturales todos los que llevan el objeto sin mediación de inferencias o procesos lógicos. Las pruebas artificiales son las que entregan el objeto de manera indirecta por mediación de procesos lógicos.

### **C. LIBERTAD DE LA PRUEBA**

Si la prueba penal tiene por fin esclarecer ciertos elementos necesarios, es preciso, para poder conseguirlos cumplidamente, que la libertad más grande presida el desenvolvimiento de la prueba misma. En razón del principio de libertad de prueba, no existen en el proceso penal las limitaciones propias del proceso civil en cuanto a los medios; es así en razón de la necesidad de alcanzar la **verdad histórica**, para lo cual es menester eludir cualquier obstáculo que pudiera imposibilitar conocerla, de manera que todo se puede probar y por cualquier medio.

Sin embargo existen ciertas limitaciones que, por diversos motivos, tienden a garantizar tanto la celeridad del proceso como la eficacia de la prueba y los

derechos de las partes. Así no será necesario probar los hechos evidentes y normales, los hechos notorios, ni los que de ninguna manera estén relacionados con el objeto del proceso, o sea los impertinentes. Tampoco podrán ser objeto de prueba cuando exista una prohibición de la ley al respecto.

En cuanto al medio probatorio, cualquiera puede ser utilizado, aún cuando no este previsto legalmente. En este último caso se le aplicarán las normas que analógicamente resultan más compatibles con la índole y naturaleza del mismo. Pero no serán admisibles aquellos medios que afecten la moral o estén prohibidos por la ley, o de alguna manera resulten manifiestamente inconciliables con el sistema procesal aplicable. En otros supuestos excepcionales, será menester obligatoriamente acreditar ciertos hechos solo por los medios de prueba que la ley impone; así lo determina imperativamente la misma ley procesal al establecer que, en principio, las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba no son aplicables, salvo las relativas al estado civil de las personas. De manera que estos últimos extremos sólo podrán ser corroborados aun en el proceso penal, mediante los medios que establece el Código Civil al respecto, lo cual constituye el principal límite al principio de la libertad probatoria.<sup>38</sup>

Ha de regir en plenitud el principio de la libertad probatoria, además del de la libertad de los medios probatorios, lo que significa, que:<sup>39</sup>

- 1.- No se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, y si bien debe recurrirse al medio que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción alguna y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios;
- 2.- Es posible hacer prueba no solo con los medios expresamente regulados en la ley, sino con cualquier otro medio no reglamentado, siempre que sea suficientemente adecuado para descubrir la verdad.

---

<sup>38</sup> Ibid. p. 22.

<sup>39</sup> Ibidem. pp. 295-296.

Los códigos modernos imponen la obligación de ejecutar “todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad”. La libertad de los medios de prueba, entonces, se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

Por lo demás, cada prueba deberá ajustarse al trámite legalmente asignado; luego, cuando pueda optarse por un medio probatorio no previsto legalmente, deberá utilizarse el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente el más recomendable según su naturaleza y modalidades de aquel. El principio de libertad probatoria con relación a los medios de prueba reconoce ciertas excepciones, por lo que no corresponde admitir medios de prueba:

- a) que afecten la moral;
- b) expresamente prohibidos por la ley;
- c) incompatibles con nuestro sistema procesal;
- d) incompatibles con el ordenamiento jurídico general;
- e) no reconocidos científicamente, y
- f) que puedan producir alteraciones físicas o psíquicas.

En la materia el principio de **libertad de prueba**, se entiende en doble sentido:<sup>40</sup>

- a) En cuanto al objeto o libertad absoluta.
- b) En cuanto a los medios o libertad relativa.

Todos los objetos pueden ser llevados a prueba en el proceso y con cualquier medio probatorio, con tal de que no lo prohíba la ley ni se opongan a él los principios de nuestro sistema jurídico o las leyes de la moral social.

---

<sup>40</sup> FLORIAN, Eugene, Ob. cit., p. 170.

No obstante, existen algunas limitaciones al principio de la libertad de la prueba, de las que unas afectan al **objeto** y otras a los **medios**; y pueden ser entendidas de dos modos: como prohibición expresa, es la que existe cuando la ley dispone que determinada circunstancia (objeto) no se investigue en el proceso o que no se pruebe con medios distintos de los indicados expresamente en la ley; o sea que tales prohibiciones pueden ser absolutas o relativas.

Serán absolutas cuando encontramos ciertas circunstancias las cuales no pueden por ningún modo ni en ningún caso ser probadas en el proceso, y por lo que hace a las relativas, para la determinación de algún hecho no se admiten todos los medios de prueba indiferentemente, sino sólo algunos determinados. Las prohibiciones absolutas afectan al objeto; las relativas, a los medios de prueba.

El autor Eugenio Florián, menciona algunas causas que no pueden constituir objeto de prueba:<sup>41</sup>

- Los rumores corrientes entre el público en torno a los hechos que constituyen la inculpación; para probarlos no se admiten ni testigos ni lectura de escritos o informes.
- Cuando la ley ordena que determinado hecho sea entendido de un modo preciso o con significado preestablecido por ella misma.
- Siempre que exista una sentencia civil que resuelva una cuestión prejudicial remitida por el Juez penal. En este caso no se admitiría la prueba contraria de lo decidido en la sentencia civil. Este efecto jurídico de la sentencia que ha adquirido la fuerza de cosa juzgada es exactamente el mismo que el de las presunciones *juris et de jure*. Lo mismo se aplica al caso de una sentencia civil dictada con anterioridad al proceso.

---

<sup>41</sup> Ibid. p. 171.

En cuanto a las prohibiciones relativas, referentes con exclusividad a los medios de prueba, encontramos las siguientes causas:

- Para probar la notificación de los actos procesales penales no todos los medios de prueba son admitidos por la ley; sólo se vale la diligencia escrita por el funcionario judicial.
- El estado civil de las personas se prueba documentalmente, y sólo puede tener lugar según las reglas de las leyes civiles. Es decir, que el estado de las personas habrá de ser probado con documentos, sentencias, certificados de autoridad y semejantes.

El autor Víctor de Santo señala en su obra “La prueba judicial” que la libertad de medios significa que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar tal calificación al Juez; y en cuanto a la libertad de objeto, esta es la posibilidad de probar todo hecho que de algún modo influya en el pronunciamiento del mérito, y que los litigantes intervengan en ello. El segundo puede existir sin el primero, y no requiere norma legal.<sup>42</sup>

#### **D. PROCEDIMIENTO PROBATORIO**

Es natural que la prueba penal se someta a la disciplina que rige el desenvolvimiento del proceso. Debe obedecer a un orden; esta exigencia no sólo corresponde a una razón práctica, sino también de la tutela de los derechos de las partes, la cual debe de ser de una manera equitativa.

La actividad probatoria puede desenvolverse según los principios que regulan la actividad procesal en general, y así pueden presentarse dos hipótesis:

- a) atribución de la misma sólo a las partes (principio acusatorio);

---

<sup>42</sup> DE SANTO, Víctor, *La Prueba Judicial, Teoría y Práctica*, Editorial Universidad Buenos Aires, 1992, p.24.

b) atribución al Juez (principio inquisitorio).

En nuestro derecho positivo actúan ambos, pero prevalecen notablemente las facultades conferidas al juez en materia de prueba. Es lo contrario de lo que ocurre en el proceso civil, donde por regla general corresponde a las partes fijar los hechos relevantes para la causa y proponer los medios de prueba pertinentes.

En el proceso penal las partes tienen una función subordinada. Más amplia es la del juez, en razón a que lo más importante en él es el descubrimiento de la verdad histórica. La manifestación más importante de estos poderes autónomos de actividad probatoria que corresponde al juez la encontramos en el debate, donde sin necesidad de petición de las partes, éste tiene facultades de prueba supletoria.

El artículo 1. fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales señala que la instrucción es el procedimiento penal 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 inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

Podemos afirmar que la instrucción es el momento procesal indicado para que las partes e inclusive el juez, aporten al proceso todas las pruebas que estimen conducentes, para dar contestación a las interrogantes que surgen del conflicto de intereses que busca solución en la sentencia.<sup>43</sup>

En la instrucción se ofrecerán las pruebas, se admitirán por el Órgano jurisdiccional y se procederá a su desahogo en el proceso. Respecto al desahogo de las pruebas, deben recibirse en el curso de la instrucción del juicio.

Encontramos reconocida constitucionalmente la garantía del pronto proceso, y el artículo 20 apartado "A" fracción VIII Constitucional impide la prolongación

---

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, Ob. cit., p.173.

innecesaria del enjuiciamiento, estableciendo que si el delito materia del proceso tiene señalada en la ley una pena máxima que no exceda de dos años de prisión, éste deberá hacerse en un término inferior a cuatro meses. Para el caso de que la pena del delito exceda de dos años, el procesamiento se hará en un término máximo que no rebasará de un año, salvo que el procesado solicite mayor plazo para su defensa.

En nuestro sistema penal, la segunda etapa de la instrucción da origen ya sea al procedimiento sumario o al procedimiento ordinario; la apertura de este procedimiento la llevará a cabo de oficio el juez; así, el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal establece que: “Artículo 305. Se seguirá procedimiento sumario cuando se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el ministerio público o la autoridad judicial, o se trate de delito no grave...”.

Así; el artículo 306, del Código Adjetivo señala lo siguiente: “Reunidos los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el juez de oficio, declarará abierto el procedimiento sumario al dictar la formal prisión o la sujeción a proceso, haciéndolo saber a las partes. En el mismo auto se ordenará poner el proceso a la vista de éstas, para los efectos del artículo siguiente.

Sin embargo, en el auto de formal prisión necesariamente se revocará la declaración de apertura del procedimiento sumario para seguir el ordinario que señalan los artículos 314 y siguientes, cuando así lo solicite el inculpado o su defensor, en este caso con ratificación del primero, dentro de los tres días siguientes de notificado el auto relativo que incluirá la información del derecho aquí consignado”.

Una vez abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, para proponer pruebas, que se desahogarán en la

audiencia principal. El procesado o su defensor podrán renunciar a dichos plazos, cuando lo consideren necesario para ejercer el derecho de defensa.

La segunda etapa de la instrucción se reduce simplemente a la apertura de un término brevísimo, dentro del cual, tanto el agente del ministerio público, como el defensor, manifestarán toda la diligencia necesaria para cumplir lo ordenado para este tipo de procedimiento.<sup>44</sup>

Posteriormente, al aceptar el Juez las pruebas, dictará una resolución cuyo contenido se referirá a la mención pormenorizada de las pruebas ofrecidas y que posteriormente se desahogarán; después, ordenará el cierre de la instrucción, cuyo efecto procesal es la iniciación de la tercera etapa del procedimiento penal; es decir, el juicio, lapso dentro del cual también se aceptarán y diligenciarán pruebas y después concluir con la sentencia.

La audiencia se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo que sea necesario suspenderla para permitir el desahogo de pruebas o por otras causas que lo ameriten, a criterio del juez.

En este caso se citará para continuarla el día siguiente o dentro de tres días, a más tardar, si no bastará aquel plazo para la desaparición de la causa que hubiere motivado la suspensión, según se encuentra previsto en el artículo 311 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

Así, el procedimiento ordinario se distingue del sumario únicamente en cuanto a la mayor amplitud de los términos para el despacho de los actos probatorios, ya que en este procedimiento en el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen permitentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se

---

<sup>44</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit., p. 396.

practicarán, igualmente todas aquellas que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública.

Cuando el juez o el tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que notificará personalmente a las partes. Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo por cinco días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos, el tribunal, de oficio, y previa certificación que haga el secretario, dictará auto en que se determinen los cómputos de dichos plazos.

El procesado o su defensor podrán renunciar a los plazos señalados anteriormente, cuando así lo consideren necesario para ejercer el derecho de defensa, no obstante si el juez lo estima conveniente, podrá ordenar el desahogo de las pruebas que considere necesarias, en cuyo caso se llevará a cabo la audiencia principal, misma que se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo que tenga que suspenderse para el desahogo de pruebas o por otras causas que lo ameritan.

Transcurridos o renunciados los plazos, o si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del ministerio público y de la defensa, durante cinco días por cada uno, para la

formulación de sus conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día de plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 152, establece que el proceso se tramitará en forma sumaria en:

- a) En los casos de delito cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro de quince días. Una vez que el tribunal la declare cerrada, citará a la audiencia a la que se refiere el artículo 307;

En esta hipótesis se procura cerrar la instrucción dentro de quince días y a continuación se citará a una audiencia, la que se iniciará presentando el ministerio público sus conclusiones, mismas que se pondrán a la vista del acusado y su defensor para que las contesten.

Si las conclusiones del ministerio público fueren acusatorias, en la propia audiencia podrán interrogar al inculcado sobre los hechos del juicio: el juez, el ministerio público y la defensa.

De igual manera se dará lectura a las constancias que señalen las partes, se oirán sus alegatos y finalmente, en la propia audiencia se pronunciará la sentencia o bien dentro de los cinco días siguientes.

- b) Cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se este en cualquiera de los siguientes casos:

- I. Que se trate de delito flagrante;
- II. Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el ministerio público; o
- III. Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia a que se refiere el artículo 307, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes; y

- c) En cualquier caso en que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y las partes manifiesten al notificarse de ese auto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad y el Juez no estime necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia a la que se refiere el artículo 307 del citado código.

El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario. Las diferencias que encontramos entre el juicio sumario federal y el del Distrito Federal, podrían resumirse:

- a) En materia federal, anacrónicamente, para el seguimiento del juicio sumario se hace referencia al término medio aritmético de la pena aplicable del delito materia del proceso, según se encuentra establecido en el artículo 52, inciso b) fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que no acontece en materia común;
- b) En lo federal se requiere para la sumariedad, que la confesión ministerial sea ratificada ante la autoridad jurisdiccional, lo que no se requiere en materia común;

c) En tanto el Código Federal de Procedimientos Penales autoriza solo al procesado para solicitar la revocación de la sumariedad para optar por el juicio ordinario, esta facultad se extiende en el Código del Distrito Federal al defensor, si ratifica la petición respectiva el inculpado;

d) El Código Federal de Procedimientos Penales es omiso en cuanto al señalamiento del término para el ofrecimiento de pruebas en juicio sumario, pues el artículo 152, inciso a) y b), solamente alude a los parámetros dentro de los que habrá de cerrarse la instrucción. Por su parte, en el orden común, decretado el procedimiento sumario, el juez, abrirá un término de tres días para el ofrecimiento y cinco para el desahogo de pruebas, pudiendo otorgarse otros tres para ofrecer nuevos elementos y otros cinco para desahogar éstos;

e) El código adjetivo federal señala expresamente que al declararse cerrada la instrucción, se citará a la audiencia de derecho, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes y se iniciará ésta, formulando conclusiones el ministerio público, para que a continuación las conteste la defensa. El del Distrito Federal, no alude expresamente al cierre de instrucción, puesto que establece que desahogadas las pruebas en la audiencia principal, las partes formularán verbalmente sus conclusiones;

f) En el proceso sumario federal, la sentencia puede dictarse en la audiencia de derecho o dentro de los cinco días siguientes, en tanto que en el del Distrito Federal, podrá emitirla el Juez al terminar la audiencia principal o dentro de los cinco días siguientes, siendo apelables ambas sentencias.

## **E. OBLIGATORIEDAD DE LA PRUEBA.**

En el proceso penal, la prueba en sentido propio no es necesaria siempre, sino cuando haya que convencer al juez, el cual debe fundar su fallo, no en

apreciaciones personales o arbitrarias, sino en elementos reales, suministrados en el proceso.

Efectivamente, para que el proceso lleve a la condena del inculpado, o, por lo menos, al sometimiento del mismo a una medida de seguridad, es necesario indispensablemente que el juez esté convencido, según los resultados obtenidos en el debate, de que el delito o el hecho previsto como tal se ha cometido y lo ha sido por el inculpado, y de que éste es culpable o peligroso.<sup>45</sup>

La prueba es necesaria en el sentido de que debe absolverse no solo cuando falte ésta, sino cuando las pruebas sean, en la conciencia del Juez, insuficientes.

## **F. CARGA DE LA PRUEBA.**

La carga de la prueba consiste en la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer prueba de lo que afirma y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico.

El autor Manuel Rivera Silva nos señala que en materia penal no existe la carga de la prueba, pues nadie, en particular, está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos y todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica. No es válido el principio: “quien afirma está obligado a probar”, pues la búsqueda de la verdad, en materia penal, es independiente de que quién afirme pruebe.<sup>46</sup>

No encontrándonos completamente de acuerdo con su postura ya que si bien es cierto, todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica, también lo es que las partes que afirmen alguna situación o suceso están

---

<sup>45</sup> FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 174.

<sup>46</sup>RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., p. 198.

obligadas a comprobarlo, para que sea fehaciente su dicho y tenga un valor probatorio pleno.

Por lo que las pruebas deben ser ofrecidas por el agente del ministerio público, por el defensor y por el inculpado, teniendo también el juez facultades para decretar la práctica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, sin embargo en nuestros códigos penales del Distrito y el Federal dejan abierta la carga de la prueba para que el ofendido ofrezca sus pruebas.

En aquellos procesos en los que impera el principio de la carga de la prueba, su noción implica dos aspectos diferentes: por un lado, determina las reglas que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta cuando, debiendo resolver sobre un determinado hecho, no se ha producido la prueba sobre el mismo, estableciéndose que si la parte que tenía un interés jurídico en la existencia de ese hecho no produjo la prueba que verifique su afirmación, el juez debe tenerlo por no existente.

Como consecuencia, en segundo lugar, el principio señala cuál de las partes es la que “debe” probar determinado hecho para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión implica, debido ello a que esa parte tiene interés jurídico en que ese hecho se tenga como existente. Empero ello no obsta a que la parte que no tiene interés suministre la prueba, siendo igualmente obligatorio para el juez tenerlo por acreditado.

Lo que no puede el juez, en principio, es introducir oficiosamente la prueba del hecho, invadiendo de este modo los poderes dispositivos de las partes. Salvo que se trate de cuestiones de orden público. Incluso ciertas corrientes de la moderna doctrina procesal civilista han ampliado el margen de poder autónomo de investigación del juez civil. En el proceso penal no existe esta distribución de carga de la prueba, según la cual trae como consecuencia cierta fijación formal de los hechos constitutivos de la litis, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma.

Así, Manuel Rivera Silva afirma que el imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada “debe” probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia de que omita esa actividad no acarrea para él ningún perjuicio procesal. Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso hasta debe investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el imputado con independencia de la prueba que éste introduzca al respecto, pues el principio de investigación integral así lo impone.<sup>47</sup>

La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés de probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

La regla fundamental en materia probatoria es la siguiente: “Quien alega un hecho como acontecido es quien debe probarlo” y, generalmente es la parte que demanda (esto es, la que se halla en un posicionamiento activo) la que debe suministrar y actuar la prueba de sus afirmaciones. Y esto es así por la sola razón de que es ella la que pretende, al menos inicialmente, una declaración de certeza por parte de la jurisdicción.

Ahora bien, de la aplicación del principio de la comunidad de la prueba o de la adquisición procesal resulta que, si bien la carga de la prueba se halla distribuida entre cada una de las partes, los resultados de su actividad en tal sentido se adquieren no solo para una de ellas en lo particular, sino para el proceso en general, en forma definitiva, y con validez de proyección respecto de la parte renuente.

Cuando hay prueba no importa si la trajo el que estaba con el peso de la prueba sobre sí o si la trajo el adversario; entonces “todas las pruebas son del proceso y

---

<sup>47</sup> Ibid. p. 39.

están destinadas al Juez y el Juez puede valerse de ellas, ya sea que las trajera cualesquiera de las partes o que llegaran como producto de la actividad oficiosa u oficial del Juez cuando la ley le concede la producción de pruebas, medidas para mejor proveer.

El autor Escobar Fornos introduce el tratamiento del tema a partir de la siguiente distinción: “Dos son los aspectos fundamentales de la carga de la prueba:

- a) Distribuye entre las partes los hechos que cada una debe probar para acoger sus pretensiones o defensas. Esta distribución la debe hacer la ley y no el juez, a fin de evitar que quede al arbitrio de este la decisión de los hechos litigiosos.
- b) Faculta al juez –ante la insuficiencia o falta de prueba- para dictar sentencia de fondo en contra de quien tiene la carga de probar, evitando así una sentencia inhibitoria de fondo. Por tal razón, se afirma que la carga de la prueba es una regla de juicio dirigida al juez para que la aplique a falta o insuficiencia de la prueba”.<sup>48</sup>

El estudio del artículo 20 constitucional, apartado “A” fracción V, en relación con el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, tanto el ministerio público, en su calidad de autoridad en la investigación de los delitos y persecución de sus autores, ya convertido en parte en el proceso, y el acusado y defensor, gozan de plena libertad para hacer uso de los medios probatorios conducentes y permitidos por el Derecho, con objeto de afirmar sus pretensiones y aportar una convicción plena al órgano jurisdiccional, es, la concesión jurisdiccional del sistema libre de pruebas en el procedimiento penal mexicano.<sup>49</sup>

Por lo tanto, la carga de la prueba recae en quien al recurrir en determinado procedimiento afirma un hecho o derecho que le asiste. Sin embargo, en el procedimiento penal la carga de la prueba incumbe tanto al ministerio público

---

<sup>48</sup> BORTHWICK, Adolfo, Ob. cit., pp. 302-303.

<sup>49</sup> CRUZ AGUERO, Leopoldo de la, Ob. cit., p. 201.

como al acusado, e incluso al órgano juzgador en los casos en que la ley procesal lo señala.

Es decir, el ministerio público al ejercitar acción penal atribuye determinados hechos ilícitos al inculcado, por lo que para tal efecto deberá aportar las pruebas suficientes a sostener y comprobar su acusación y por su parte, también el procesado aporta las pruebas procedentes y necesarias a desvirtuar la imputación que le hace la representación social. El artículo 248 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece: “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 de un hecho.”

## **G. SISTEMAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.**

Respecto de la valoración de la prueba, se procura conocer:

- 1.- Qué eficacia tienen los distintos medios de prueba frente a sus posibilidades para justificar los hechos controvertidos;
- 2.- Cómo?, de qué manera?, mediante qué instrumentos o criterios debe el juez valorar los medios de prueba en el caso concreto que tiene sometido a su juzgamiento, y
- 3.- En qué momento debe apreciarse.

El valor de la prueba es la cantidad de verdad que posee (o que se le concede) a un medio probatorio. En otras palabras, la idoneidad que tiene la prueba para llevar al órgano jurisdiccional el objeto de prueba.

El valor de la prueba se refiere directamente a la verdad, entendiendo por verdad la comunión entre el intelecto y la realidad, pero como la realidad es un término equívoco, tenemos dos formas de entenderla: la primera realidad podremos calificarla de histórica y se refiere a la realidad real. Esta realidad se caracteriza

por su continuidad y su heterogeneidad. Debemos entender por continuidad el hecho de que la realidad no tiene suspensión, ni en el tiempo ni en el espacio. Por heterogeneidad debe entenderse la calidad consistente en que no hay dos objetos idénticos. La segunda forma de verdad es la formal, es la que acusa la fórmula creada.<sup>50</sup>

La cantidad de verdad a que hemos aludido al definir el valor de la prueba, puede referirse a la verdad formal o a la verdad histórica. Cuando la ley fija, de manera determinada, el valor de la prueba, nos hallamos con una verdad formalista, que motiva el llamado sistema de la prueba tasada.

El autor Manuel Rivera Silva, manifiesta que “La búsqueda de la verdad histórica motiva el sistema de la libre apreciación de la prueba, en el cual el juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación. No es la ley quien fija el valor a la prueba, es el juzgador, el juez debe señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma en que lo hizo, debe indicar porque determinadas pruebas tienen valor plenario y por qué otras no lo poseen “.<sup>51</sup>

Aunque en nuestro sistema penal mexicano, en su artículo 20, apartado “A”, fracción V, de nuestra Carta Magna, establece las pruebas a las que debe sujetarse el procesado, es decir, existe un sistema tasado, no siendo limitativo, pues las partes pueden ofrecer y desahogar todo elemento de prueba que no se encuentre especificado en la ley procesal, siempre y cuando no sean contra Derecho, la moral y las buenas costumbres.

Determinar de qué manera el juzgador debe valorar las pruebas es uno de los temas más trascendentales y propios de la ciencia procesal, habiendo dado origen, desde tiempos antiguos, a diferentes criterios al respecto, pudiendo sintetizarse en tres grandes sistemas existentes actualmente en el mundo, que

---

<sup>50</sup> RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., pp. 194-195.

<sup>51</sup> Idem.

son: el sistema de la íntima convicción o libre convencimiento, el de la prueba tasada y el del sistema mixto.

Establecer un sistema de valuación de la prueba importa entonces adherir a una determinada política procesal que indicará cuales son las formas en las que el juzgador debe ponderar la eficacia acreditante de las pruebas introducidas al proceso, y cómo debe, en consecuencia, expresar su conclusión decisoria en base a la meritación efectuada en esos términos<sup>52</sup>.

### **1. SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL O PRUEBA TASADA.**

Según este sistema, el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley. La valuación la hace el legislador de antemano recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba.

Se advierte entonces la verdad meramente formal que puede llegar a establecerse en muchos casos con este sistema, pues el juez tiene muy poco margen para decidir por su libre convencimiento en relación con el valor real que expresan las pruebas, ya que solo puede hacerlo de conformidad con la tasación previamente establecida en la ley, aun cuando este convencido de lo contrario y de las pruebas surja lógica y racionalmente una conclusión contraria. Y cabe destacar que bajo estos esquemas no solamente se regula en la ley la forma de valorar la prueba sino también al objeto de la prueba, los medios por los cuales se debe obtener el conocimiento del mismo y la forma de su ofrecimiento y desahogo.<sup>53</sup>

Históricamente, el sistema de la tarifa legal de las pruebas, introducido por el proceso inquisitorio que sustituyó, luego de larga lucha, el acusatorio del período primitivo posterior a la caída del imperio romano, representó un avance

---

<sup>52</sup> JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 45.

<sup>53</sup> Ibid. p. 48.

trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al desalojar los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron este último proceso; de manera que, por el aspecto histórico, la tarifa legal merece toda clase de elogios.<sup>54</sup>

Los autores suelen reconocerle las siguientes ventajas o beneficios a la tarifa legal: facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley; son formalidades “dirigidas a garantizar la salvación de la inocencia”; libra a las sentencias de todas las actitudes de arbitrariedad; suple la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, con reglas adoptadas como resultado de las enseñanzas de la experiencia, del estudio de la lógica y la psicología por personas doctas; orienta sabiamente al juez para la averiguación de la verdad, evitando la sobreestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso; permite que las sentencias sean uniformes en cuanto a la apreciación de las pruebas, ya que el magistrado poco acostumbrado a analizar claramente los movimientos de su conciencia, sin hacer otra cosa que seguir las prescripciones del legislador, se halla en posición de hacer en cualquier caso una segura aplicación de las leyes eternas, de donde éstas se derivan; el derecho prefiere la seguridad de la gran mayoría a la justicia de un caso particular y con tal sistema se ha procurado “más que una solución de justicia, una solución de paz”, puesto que “las pruebas legales, en sí mismas, están más cerca de la paz que de la justicia.”<sup>55</sup>

## **DESVENTAJAS O INCONVENIENTES DE LA TARIFA LEGAL.**

Si las ventajas de este sistema son actualmente aparentes, sus inconvenientes o desventajas resultan cada vez mayores; porque a medida que transcurre el tiempo, los estudios jurídicos en las universidades, la doctrina de autores y la jurisprudencia de tribunales crecen y se perfeccionan, de suerte que las razones

---

<sup>54</sup> Ibidem. p. 88.

<sup>55</sup> Ibidem. p. 90.

para otorgarle al juez libertad de apreciación del elemento probatorio se hace más poderosas y se acentúa la desproporción entre la camisa de fuerza de la tarifa legal y los reconocidos fines de interés público tanto del proceso como de la jurisdicción y la acción.

Pueden resumirse en tres los inconvenientes del sistema:

- a) Mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado;
- b) conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, por lo cual la doctrina suele hablar de que el proceso civil está condenado, cuando rige la tarifa legal, a tener como fin la declaración de la verdad formal y no de la verdad real; denominación aquella que, como hemos dicho, es inapropiada e ilógica, porque la verdad así no es, y en esa hipótesis se trata de considerar como verdad lo que puede ser apenas apariencia de verdad. Lo real o lo formal, es la certeza obtenida con uno u otro sistema, por eso el autor Forno propone hablar más bien de “certeza histórica judicial” (para cuando hay libertad de valoración) y de “certeza histórica legal” (cuando existe tarifa legal);
- c) como consecuencia de ello, se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia, se convierte el proceso en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas y se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia. No hay duda que con este sistema es más difícil de obtener esa finalidad.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Ibidem.

## **2. EL SISTEMA DE LA ÍNTIMA CONVICCIÓN O DEL LIBRE CONVENCIMIENTO.**

Este método es característico del juicio por jurados, adoptado, por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón. Importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio. Y, por otro lado, el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia.

De esta manera el juzgador percibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado de la misma y decide por su convicción íntima, por lo que le dicta la intimidad de su conciencia. Así el jurado, al momento de resolver sólo debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sólo en base a su íntimo convencimiento y sin necesidad de fundar su determinación.

Generalmente este sistema exige como estructura procesal coherente el juicio oral, la adopción del sistema preponderantemente dispositivo y acusatorio, y el juzgamiento de las cuestiones de hecho a cargo de un jurado integrado por legos, junto al magistrado letrado que dirige el debate y resuelve las cuestiones de Derecho.<sup>57</sup>

Este sistema presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto del conocimiento.

---

<sup>57</sup> Ibid. p.46.

Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Alcanza también al principio de la libertad de la prueba según el cual todo se puede probar y por cualquier medio. En la sentencia el juez debe imperativamente expresar cuales son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cual fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental.

Se le han dado distintas denominaciones a este sistema: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales.

El autor Hernando Devis Echandia, en su *Teoría General de la Prueba Judicial*, manifiesta 1º) que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, denominación ésta que es más aconsejable; 2º) que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las leyes de la lógica, la experiencia, la psicología, la sana crítica, y no arbitraria, requisitos que no es necesario exigirlos expresamente; 3º) que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo para cumplir los requisitos de publicidad y contradicción, que forman parte del principio constitucional del debido proceso y del derecho de defensa; 4º) que el sistema de la libre apreciación presenta algunas modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia, en cuanto están eximidos de motivar la decisión y suelen ser personas de escasa cultura, especialmente en psicología, lógica y derecho, aunque sin embargo en algunos países, como Colombia, el juez de la causa tiene cierto control sobre sus

decisiones, ya que puede rechazar el veredicto declarándolo contrario a la evidencia, a lo menos por una vez .<sup>58</sup>

Por cuanto al sistema libre se refiere, en la especie se toma como ejemplo el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales que dispone: “Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, apartado “A”, 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.”

### **3.-SISTEMA MIXTO.**

Se estima al sistema mixto como la combinación que surge entre el sistema libre y el sistema tasado, o sea, que además de que las partes deben sujetarse a las pruebas que señala el artículo 20, apartado “A”, en la fracción V constitucional y el 206 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la obligación del juzgador de observar las reglas para su valoración, las partes pueden ofrecer y desahogar todo elemento de prueba no especificado por la ley procesal, siempre y cuando no sean contra derecho y vayan contra la moral y buenas costumbres.

En cuanto a su justipreciación, para ciertos medios de prueba atiende a reglas prefijadas; en cambio, para otros, existe libertad.

---

<sup>58</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 100.

### **CAPÍTULO III**

#### **MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.**

#### **A. ANÁLISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL APARTADO “A”.**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

“ARTICULO 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II. 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;

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV. Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quién deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VII. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

VIII. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios o defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII Y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

La fracción V, apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra entre las garantías del inculpado que se le reciban las pruebas que ofrezca durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites establecidos en la ley, entre ellos, que no se entorpezca la averiguación.

Por lo anteriormente citado, el derecho a ofrecer medios de prueba que puedan crear una convicción ante el juez, es una garantía que, en los términos y condiciones respectivas, la propia Constitución otorga al inculpado desde antes de ser sometido a proceso formal, situación en la que expresamente se incluye la etapa de averiguación previa, de manera que, de ser el caso, el juez resolverá en su momento sobre la situación jurídica del indiciado, y para ello se deberán tomar

en consideración, desde luego, también las probanzas aportadas por éste en la etapa de averiguación previa; por lo tanto, la indebida negativa a la admisión oportuna de esa clase de probanzas tanto en la averiguación previa como en el proceso, indudablemente repercute en perjuicio del indiciado como consecuencia de la afectación a lo establecido en la propia Constitución Federal, obviamente, sin prejuzgar respecto del fondo del asunto.

De ahí que si el inculpado ofreció diversos medios de prueba los cuales no le fueron admitidos por la representación social en su función de órgano investigador de delitos, desde luego, sí afecta el interés jurídico del mismo, dado que se transgredió en su perjuicio uno de los derechos públicos subjetivos que contempla en su favor el apartado "A" del artículo 20 constitucional, relativo a que también durante la averiguación previa, en todo asunto de índole penal, deben observarse los derechos del inculpado relativos a sus garantías de defensa, siempre que estas se hayan aportado con las condiciones que la propia ley establece.

No obstante, aunque en este capítulo se hace referencia al estudio del apartado A del artículo 20 Constitucional, ello no significa que la víctima del delito no cuente con garantías constitucionales, pues, en el proceso penal, la aplicación de dichas garantías deben procurarse simultáneamente conforme a los fines del debido proceso y no con base en un orden de importancia, encontrando el fundamento jurídico de las garantías de la víctima en el apartado "B" del artículo de referencia.

Pues, resulta **sin efectos** el concepto en el que se sostiene que la garantía en cuanto a la duración del proceso debe prevalecer ante los posibles derechos de la víctima, pues bajo el argumento de que las prerrogativas establecidas en favor del procesado son de orden preferente tratándose del proceso penal, en tanto que los derechos de la víctima deben hacerse valer, en su caso, dentro de los plazos legales, ya que no se trata de establecer un orden de preferencia, puesto que al tener el mismo rango de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, es obvio que el órgano judicial debe prever lo necesario para respetar ambas prerrogativas dentro de los límites legales a fin de lograr el

desarrollo de un debido proceso en el que se cumpla con los principios de equidad y equilibrio procedimental, sin desconocer el fin procesal de búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para lo cual el juzgador, tiene la facultad incluso de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer.

Esto es, que los fines del proceso no giren exclusivamente en torno a la conveniencia e intereses particulares del procesado y su defensa, sino también a un fin de interés público, el cual es como ya se ha dicho, la verdad histórica de los hechos.

En materia de pruebas, el 3 de septiembre de 1993, fue reformado el artículo 20 Constitucional, apartado "A", fracción V, el cual a la letra dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso".

El hecho de que el juez no advierta la falta de desahogo de alguna prueba ofrecida y admitida viola lo dispuesto en la fracción V del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en consecuencia, lo procedente es reponer el procedimiento para tal efecto el juez deberá señalar nueva fecha y hora para su desahogo con el fin de agotar los medios necesarios y no dejar a una de las partes en estado de indefensión.

## **B. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

### **1. FEDERAL.**

La legislación procesal federal, no contiene una relación de medios probatorios, tal y como la contiene la del Distrito Federal; reglamenta como medios probatorios la confesión, la inspección, peritos, testigos, confrontación, careos y documentos, sin

embargo en el Título Sexto “Prueba”, Capítulo I “Medios de prueba” artículo 206 establece: “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.”

## **LA CONFESIÓN**

En el Capítulo II, artículo 207 del referido ordenamiento se encuentra regulada la confesión, el cual a la letra dice lo siguiente:

“Artículo 207. La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

La Constitución en su artículo 20, Apartado “A”, fracción II, entre las garantías individuales del procesado reconoce la de que no se le podrá obligar a declarar, prohibiendo toda incomunicación, intimidación o tortura, que serán sancionadas por la ley penal y establece categóricamente que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o ante éstos sin asistencia del defensor, carecerá de todo valor probatorio. Así mismo encontramos en el artículo 3, párrafo último del Código Federal de Procedimientos Penales, que se prohíbe estrictamente a la Policía Judicial Federal, en el ejercicio de la función investigadora, recibir declaraciones del indiciado.

## **LA INSPECCIÓN.**

El Capítulo III se refiere a la prueba de inspección, en la cual el artículo 208 establece: “Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente

apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso. Para su desahogo se fijará día, hora y lugar, y se citará oportunamente a quienes hayan de concurrir, los que podrán hacer al funcionario que la practique las observaciones que estimen convenientes, que se asentarán en el expediente si así lo solicitan quienes las hubiesen formulado o alguna de las partes. Si el Ministerio Público o el juez lo consideran necesario, se harán acompañar de testigos y asistir de peritos que dictaminarán según su competencia técnica”.

Cuando por la complejidad de la inspección haya necesidad de preparar el desahogo de esta, el ministerio público o el juez podrán ordenar que alguno de sus auxiliares realicen los trámites conducentes a precisar la materia de la diligencia y a desarrollar ésta en forma pronta y expedita, conforme a las reglas aplicables.

El ministerio público o el juez, según el caso, para la descripción de lo inspeccionado podrán emplear dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el acta cuál o cuales de aquellos, en qué forma y con qué objeto se emplearon.

Deberá hacerse la descripción por escrito de todo lo que hubiere sido posible efectuar por los medios antes referidos, procurándose fijar con claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito dejare, el instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se hubiere usado.

Al practicarse una inspección podrá examinarse a las personas presentes, que puedan proporcionar algún dato útil a la averiguación previa o al proceso, según el caso, a cuyo efecto se les podrá prevenir que no abandonen el lugar. El ministerio público o el juez, podrán hacerse acompañar de los peritos que estimen

necesarios al realizar la inspección.

El artículo 212 establece el supuesto de que se trate de lesiones, en la cual, al sanar el lesionado, deberá hacerse la inspección y la descripción de las consecuencias apreciables que hubiere dejado, en cuyo caso deberá hacerse una valoración médica por un médico oficial.

Así mismo en el caso de delitos sexuales y el aborto podrán recurrir al reconocimiento que practiquen los médicos, el funcionario que conozca del asunto si lo estima indispensable.

La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de los hechos y su objeto será apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado. Se podrá llevar a cabo cuando por la naturaleza del delito y las pruebas rendidas en la averiguación previa o en el proceso así lo requieran para un mejor esclarecimiento de los hechos, esto se hará a juicio del servidor público que conozca del asunto, aún durante la vista del proceso, si el tribunal lo estima necesario. Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 214 del Código Federal adjetivo.

Los requisitos para poder llevar a cabo una reconstrucción de hechos es que deberá practicarse precisamente a la hora y el lugar en donde se cometió el delito, cuando sea el caso de que las circunstancias tengan influencia en la determinación de los hechos que se reconstruyan; en caso contrario, podrá efectuarse en cualquier hora y lugar.

No podrá llevarse a cabo una reconstrucción de hechos si no se han examinado todas las personas que hayan intervenido en los hechos o que los hayan presenciado y deban tomar parte en ella, siendo un requisito además el que se haya realizado con anterioridad la simple inspección del lugar. En el caso de que hubieren versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos, se practicarán si fueren conducentes al esclarecimiento de los mismos, las

reconstrucciones relativas a cada uno de los hechos controvertidos y en caso de que se haga necesaria la intervención de peritos, éstos determinarán cual de las versiones pueda acercarse más a la verdad.

## **LA PRUEBA PERICIAL.**

El Capítulo IV del Código Adjetivo Federal regula todo lo relativo a la intervención de los peritos; el artículo 220 establece:

“Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales se procederá con intervención de peritos”.

En el caso de que el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena el ministerio público o el juez podrá allegarse de dictámenes periciales a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto de la cultura media nacional. Dicha calidad quedará acreditada con la sola manifestación de quién la haga. Cuando el juez tenga duda de ello o fuere cuestionado el dicho del inculpado en juicio, se solicitará a la autoridad correspondiente de dicha comunidad la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad.

Los peritos que intervengan en la averiguación previa o en el proceso serán dos o más, pero bastará uno cuando solamente éste pueda ser habido, o cuando el caso sea urgente.

Con independencia de las diligencias periciales desahogadas en la averiguación previa, la defensa y el ministerio público podrán nombrar hasta dos peritos en el proceso, para dictaminar sobre cada punto que amerite la intervención pericial, el tribunal hará saber a los peritos su nombramiento y les ministrará todos los datos que fueren necesarios para que emitan su opinión una vez que hayan aceptado el cargo conferido. Dichos peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte en la que fueren a intervenir, en el caso de que la profesión o arte estuvieren

reglamentadas; en caso contrario se nombrarán peritos prácticos. En el supuesto de que el inculpado pertenezca aun grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena.

Para el caso de que no hubiere peritos titulados en el lugar en que se siga la instrucción; podrán ser nombrados peritos prácticos, en este caso, se librárá exhorto o requisitoria al tribunal del lugar en que los haya, para que, en vista del dictamen de los prácticos emita su opinión.

La designación de peritos hecho por el tribunal o por el ministerio público deberá recaer en las personas que desempeñen este empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo, o bien en personas que presten sus servicios en dependencias del Gobierno Federal, en Universidades del país, o que pertenezcan a asociaciones de profesionistas reconocidas en la República, en el caso de que no hubiera peritos a los que nos hemos referido y si el tribunal o el ministerio público lo estiman conveniente podrán nombrar otros. En estos casos los honorarios se cubrirán según lo que se acostumbre pagar en los establecimientos particulares del ramo de que se trate a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo que los peritos debieron ocupar en el desempeño de su comisión.

Los peritos que acepten el cargo, con excepción de los oficiales titulares, tienen obligación de protestar su fiel desempeño ante el funcionario que practique las diligencias.

En materia federal, en el capítulo correspondiente a las pruebas de peritos, encontramos que el artículo 239 establece:

“Cuando se niegue o ponga en duda la autenticidad de un documento podrá pedirse y decretarse el cotejo de letras o firmas, que se practicará conforme a las siguientes reglas:

I. El cotejo se hará por peritos, pudiendo asistir a la diligencia respectiva el funcionario que esté practicando la averiguación, y, en ese caso, se levantará el acta correspondiente; y

II. El cotejo se hará con documentos o con los que las partes de común acuerdo reconozcan como tales; con aquellos cuya letra o firma haya sido reconocida judicialmente, y con el escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique.”

En cambio, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal incluye este precepto en el capítulo referente a las pruebas documentales.

## **LA PRUEBA TESTIMONIAL.**

El capítulo V, regula lo correspondiente a las pruebas de testigos, de los artículos 240 al 257 del Código Federal adjetivo;

El artículo 240 establece: “El tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes”; por su parte el artículo 241 regula lo relacionado a los testigos ausentes y establece: “También mandará examinar, según corresponda a los testigos ausentes, sin que esto estorbe la marcha de la instrucción, ni la facultad del tribunal para darla por terminada, cuando haya reunido los elementos bastantes.”

Toda persona que sea testigo está obligada a declarar respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos. El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desecharamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el Juez ordenará que sea presentado a declarar.

Aunque existen excepciones, ya que no se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieren voluntad

de declarar, se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración.

El artículo 244 del Código Federal adjetivo establece: "Si el testigo se hallare en el lugar de la residencia del funcionario que practica las diligencias, pero tuviere imposibilidad física para presentarse ante él, dicho funcionario podrá trasladarse al lugar donde se encuentre el testigo para tomarle su declaración.

El artículo 245 se refiere al supuesto de que al testigo al que hubiere que tomarle su declaración fuere un alto funcionario de la federación, pues en este caso, la persona que deba de realizar dicha diligencia se deberá trasladar a la oficina de la persona o personas para tomarles su declaración, o si lo estiman conveniente, solicitará de aquellos que la rindan por medio de oficio, sin perjuicio de que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente.

Los testigos deben ser examinados separadamente y solo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

- I. Cuando el testigo sea ciego;
- II. Cuando sea sordo o mudo; y
- III. Cuando ignore el idioma castellano.

En el supuesto de que el testigo sea ciego, el funcionario que practique las diligencias designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado; en los casos de las fracciones II y III se procederá conforme a lo dispuesto por el Capitulo III del Titulo Primero del Código Federal Adjetivo.

Así mismo antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad o se niegan a declarar. Esto se podrá hacer hallándose reunidos todos los testigos. A los menores de dieciocho años, en vez de hacérseles saber las penas en las que incurren los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se

conduzcan con verdad.

Después de tomarle la protesta de decir verdad, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación; si se haya ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualesquiera otros y si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos.

Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias. El ministerio público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendido, tendrán derecho de interrogar al testigo; el juez o tribunal tendrán la facultad de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes y, además, podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

Siempre que se examine a una persona cuya declaración de falta de veracidad, se hará constar esto en el acta. En el momento de la diligencia, el ministerio público, el inculpado o su defensor podrán manifestar los motivos que tuvieren para suponer falta de veracidad en el declarante, e inclusive ofrecer pruebas al respecto, que se agregarán al expediente.

Una vez que se da por concluida la diligencia, se deberá leer al testigo su declaración o la leerá él mismo, si quisiere, para que la ratifique o la enmiende, y después de esto será firmada por el testigo y su acompañante si lo hubiera.

## **CONFRONTACIÓN**

El artículo 258 del Código Federal adjetivo establece:

“Toda persona que tuviere que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, mencionando, si le fuere posible, el nombre, apellido,

habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarla.”

Cuando el que declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, el tribunal procederá a la confrontación. Lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce.

Al practicar la confrontación se cuidará de:

- I. Que la persona que sea objeto de ella no se disfrace, ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla;
- II. Que aquélla se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aún con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible; y
- III. Que los individuos que acompañen a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.

El que deba ser confrontado puede elegir el sitio en que quiera colocarse con relación a los que lo acompañen y pedir que se excluya del grupo a cualquier persona que le parezca sospechosa. El tribunal podrá limitar prudentemente el uso de este derecho cuando lo crea malicioso .

En la diligencia de confrontación se procederá colocando en una fila a la persona que deba ser confrontada y a las que hayan de acompañarla, y se interrogará al declarante sobre:

- I. Si persiste en su declaración anterior;
- II. Si conocía con anterioridad a la persona a quién atribuye el hecho o si la conoció en el momento de ejecutarlo; y
- III. Si después de la ejecución del hecho la ha visto, en que lugar, por qué motivo y con qué objeto.

Se le llevará frente a las personas que formen el grupo; se le permitirá mirarlas

detenidamente y se le prevendrá que toque con la mano a la de que se trate, manifestando las diferencias o semejanzas que tuviere entre el estado actual y el que tenía en la época a la que se refirió en su declaración; según lo establece el artículo 263 del Código Federal de Procedimientos Penales.

## **CAREOS**

El Código Federal adjetivo establece en su artículo 265.- “Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, que sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción. El careo solamente se practicará entre dos personas y no concurrirán a la diligencia sino las que deban ser careadas, las partes y los intérpretes, si fueren necesarios.

Los careos, salvo los exceptuados en el artículo 265, se practicarán dando lectura a las declaraciones que se reputen contradictorias, llamando la atención de los careados sobre sus contradicciones, a fin de que discutan entre sí y pueda aclararse la verdad.

## **DOCUMENTOS**

El Capítulo VIII en su artículo 269 al 278 regula todo lo relacionado a las pruebas documentales que deberán presentar las partes y las cuales deberá recibir el tribunal.

Cuando alguna de las partes pidiere copia o testimonio de un documento que obre en archivos de dependencias u organismos públicos, el tribunal ordenará a la autoridad correspondiente que expida y le remita copia oficial de dicho documento. Con la solicitud presentada por alguna de las partes, se dará vista a la otra, para que, dentro de tres días, pida a su vez se adicionen las constancias que crea

convenientes acerca del mismo asunto. En todo caso, el tribunal resolverá de plano, si son procedentes las peticiones que las partes formulen.

Los documentos existentes fuera de la jurisdicción del tribunal en el que se siga el procedimiento, se compulsarán a virtud de exhorto que se dirija al del lugar en que se encuentren.

Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, que se presenten por otro, se reconocerán por aquél. Con este objeto se le mostrarán originales y se le dejará ver todo el documento.

Cuando el ministerio público estime que puedan encontrarse pruebas del delito que motiva la instrucción en la correspondencia que se dirija al inculpado, pedirá al tribunal y este ordenará que dicha correspondencia se recoja, según se encuentra establecido en el artículo 273 del ordenamiento citado. Así mismo el artículo 274 establece: La correspondencia recogida se abrirá por el juez en presencia de su Secretario, el ministerio público y del inculpado si estuviere en el lugar. En seguida el juez leerá para sí la correspondencia; si no tuviere relación con el hecho que se averigua, la devolverá al inculpado o a alguna persona de su familia, si aquél no estuviere presente; si tuviere relación, se le comunicará su contenido y la mandará agregar al expediente.

Cuando a solicitud de una de las partes, el tribunal mande sacar testimonio de documentos privados existentes en los libros, cuadernos o archivos de comerciantes, industriales o de cualquier otro particular, el que pida la compulsa deberá indicar la constancia que solicita y el tribunal ordenará la exhibición de aquellos para que se inspeccione lo conducente.

Los documentos redactados en idioma extranjero se presentarán originales, acompañados en su traducción al castellano. Si está fuere objetada, se ordenará que sean traducidos por los peritos que designe el tribunal.

## 2. DISTRITO FEDERAL

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal regula en su Título Segundo, Capítulo IV. "De las Pruebas", artículo 135 los siguientes 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 admitirán como prueba en 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 de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en la averiguación previa.

Del contenido de este precepto, se desprende la inutilidad de la enumeración que le antecede, pues como queda indicado el mismo tiene un carácter enunciativo, más no limitativo, toda vez que serán admitidos todos aquellos medios de prueba siempre que no atenten contra el derecho.

Es por lo anterior que consideramos que todo medio de prueba obtenido en contravención a la Constitución y a la propia ley procesal, carecerán de validez y no deberán de ser tomadas en cuenta por el juzgador, en ningún momento procedimental para fundarse en ellas.

A continuación entraremos al estudio de cada una de los medios de prueba que regula el Código Adjetivo de la materia en el Distrito Federal.

a. **CONFESIONAL.**

Este medio de prueba se encuentra regulado en el Título Segundo, Capítulo V. De la confesión, artículo 136 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

“La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el ministerio público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del hecho delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

La palabra confesión, del latín *confessio*, significa etimológicamente declaración que uno hace de lo que sabe, bien sea espontáneamente o a pregunta de otro; o reconocimiento que hace una persona, contra ella misma, de la verdad de un hecho.<sup>1</sup>

Al respecto, el autor Julio Antonio Hernández Pliego, refiere que no todo lo que declara el inculpado es una confesión, aunque toda confesión represente una declaración del inculpado. Es decir, la declaración es la manifestación que formula el inculpado, ante el ministerio público o juez, acerca de lo que sabe del hecho delictivo, siendo la confesión, esa parte de la declaración en la que reconoce haber participado en la comisión del delito.<sup>2</sup>

El artículo 137, establece: “La confesión es admisible en cualquier estado del proceso, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva”.

---

<sup>1</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Editorial Porrúa, México 2000, p. 295.

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003, p. 468.

No obstante, no es suficiente, lo anterior, para constituir la declaración del indiciado o procesado, con la calidad de confesión, pues para ello, se requiere además, otros requisitos, entre los cuales están que se haya hecho en presencia de su defensor o persona de su confianza que hubiere designado y esta se encuentre corroborada por otros medios probatorios que lo hagan cierta y creíble, en caso contrario, estaría no ante una confesión, sino a una declaración de aceptación de hechos punibles o aceptación de su participación en el evento típico, lo anterior conforme a lo dispuesto por el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal en su fracción V.

La prueba confesional en cuanto a su valoración, deberá seguir las reglas establecidas en el Capítulo XIV, teniéndose como sistema el de la "Sana Crítica", el cual atiende, al análisis y justipreciación de las pruebas, de acuerdo al principio de la lógica y de las máximas de la experiencia del Juez, ello, dentro del marco de la ley, teniendo valor solo aquéllas que se ajusten a dicha normatividad.

Y en lo referente a la prueba en cuestión se le otorga valor de indicio de conformidad al artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando satisfaga los requisitos del artículo 249 del código citado, los cuales son:

- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral;
- Que sea de hecho propio;
- Que sea hecha ante el ministerio público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza, y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento; y,
- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio del ministerio público o del juez.

También es importante señalar lo dispuesto, en el párrafo final del artículo 59 del Código Procesal Penal, en el sentido, de que sí sólo existiera como único

elemento dicha prueba, no podrá consignarse a ninguna persona, así mismo, la Policía Judicial solamente esta facultada para rendir informes, pero no para obtener confesiones y que si lo hace, estas carecerán de valor probatorio, estando acorde a la fracción II apartado A, del artículo 20 de nuestra carta magna.

#### **b. DOCUMENTAL.**

Esta prueba se encuentra regulada en el Título Segundo, Capítulo XII, del referido código, en sus artículos 230 al 244.

Para un mejor entendimiento, debemos tomar en cuenta, cuales son los documentos públicos y cuales son los privados.

El artículo 230 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que son documentos públicos y privados aquellos que señala con tal carácter el Código de Procedimientos Civiles.

Dicho Código establece en su artículo 327.- “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 refiera al ejercicio de sus funciones;
- III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno federal, de los Estados, 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 públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;
- VI. La certificación de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refiere a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces, con arreglo a derecho;
- VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociados, universidades siempre que estuvieren aprobadas por el

gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX. 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;

X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley”.

El artículo 334 establece.- “Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y los demás escritos firmados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente”.

Encontramos en la siguiente tesis jurisprudencial, la definición de documentos públicos:

“DOCUMENTOS PÚBLICOS, CONCEPTO DE, Y VALOR PROBATORIO. Tienen ese carácter los testimonios y certificaciones expedidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y, por consiguientes, hacen prueba plena. SCJN, Jurisprudencia número 226. Primera Parte, Tomo vi, Materia Común, Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Quinta Época.”

El autor Julio Antonio Hernández Pliego señala que la importancia de este medio probatorio, se debe a que la autoridad ministerial o la judicial pueden obtener el conocimiento de manera directa, sin intermediarios, y ello es posible que ocurra con el propio documento tomado en su puro aspecto exterior, sin considerar su contenido, cuando por ejemplo cuando se le examina para apreciar si presenta huellas de alteraciones, o bien cuando se trata propiamente de la parte intrínseca del mismo, o sea, de lo que está inserto en él.<sup>3</sup>

Por su parte el autor Marco Antonio Díaz de León, manifiesta que dentro de los documentos se encuentran enmarcados los móviles jurídicos de aquellos que intervinieron en su celebración, lo que explica su confiabilidad, y su fuerza probatoria depende de la mayor o menor probabilidad de que sea original, así

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, Ob. cit., p. 516.

mismo dicho documento es un producto de la voluntad del hombre, es decir, donde se plasman los actos y no un acto como el testimonio o la confesión.<sup>4</sup>

Los documentos públicos o privados podrán presentarse en el proceso hasta antes de que se declare visto el mismo, y no se admitirá después, sino con protesta formal que haga quien los presente, de no haber tenido noticia de ellos, lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los documentos privados y la correspondencia procedente de uno de los interesados, que presente el otro, se reconocerán por aquél. Con este objeto, se le mostrarán originales de modo que pueda ver todo el documento y no solo la firma.

Cuando el ministerio público creyere que puedan encontrarse pruebas del delito en la correspondencia que se dirija al indiciado, pedirá al juez y éste ordenará que se recoja dicha correspondencia. Dicha correspondencia se abrirá por el juez en presencia del Secretario, del agente del ministerio público y del procesado, si estuviere en el lugar. También el juez ordenará a petición de parte, que cualquiera administración telegráfica le facilite copia de los telegramas por ella transmitidos, siempre que esto pueda contribuir al esclarecimiento de un delito.

Cuando se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento, podrá pedirse y decretarse el cotejo de letras o firmas, que se practicara conforme a las siguientes reglas, según lo dispuesto por el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal:

I. El cotejo se hará por peritos, pudiendo asistir a la diligencia respectiva el funcionario que esté practicando la averiguación y, en ese caso, se levantará el acta respectiva;

II. El cotejo se hará con documentos indubitables, o con los que las partes de común acuerdo, reconozcan como tales; con aquellos cuya letra o firma haya sido reconocida judicialmente y con el escrito

---

<sup>4</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco A., Ob. cit., p. 209.

impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquél a quien perjudique; y

III. El ministerio público o el juez, podrán ordenar que se repita el cotejo por otros peritos.

Los documentos introducidos al proceso se desahogan dada su propia y especial naturaleza y en cuanto al valor jurídico de éstas, los artículos 250 y 251 de la ley procesal de la materia establecen que los instrumentos públicos harán prueba plena, salvo los derechos que tengan las partes para objetarlos de falsos y para pedir su cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos; y por lo que hace a los documentos privados sólo harán prueba plena contra su autor, si fueren reconocidos judicialmente por él o no los hubiere objetado, a pesar de saber que figuran en el proceso.

Los documentos provenientes de un tercero tendrán el valor de presunción; así mismos dichos documentos si fueren comprobados por testigos se considerarán como prueba testimonial.

### **c. LA PRUEBA PERICIAL.**

El perito es un sujeto necesario de la relación procesal penal, que por medio de sus conocimientos especializados, suministra a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia, la forma y medios de interceptar y apreciar los hechos que le son sometidos a su pericia.<sup>5</sup>

También señala que algunos autores afirman que es más un acto procedimental que una prueba, ya que solo reconoce una ya existente, es decir, es útil nada más para valorarla.

Por lo que hace a la prueba pericial, esta se encuentra regulada en el Título Segundo, Capítulo VIII, del citado código adjetivo, en los artículos 162 al 188.

---

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., *El Proceso Penal Mexicano*, Ob. cit., p. 501.

Establece en su artículo 162.- “Siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos”.

Los peritos son personas ajenas a las partes, los cuales son llamados para que transmitan a la autoridad sus observaciones sobre los hechos, objetos o personas analizadas, así como las inducciones que de ello puedan obtenerse.

Se dice que el dictamen pericial deberá versar sobre personas, objetos o hechos, y contendrá las partes siguientes: las incógnitas a despejar a través de la peritación, es decir, los puntos cuestionados que se someten al conocimiento de los expertos, que deberán ser perfectamente aclarados, porque las soluciones que encuentren tendrán que ser congruentes con ellos; deberá contener también las consideraciones que constituyen la parte más importante del peritaje, en ellas deberán expresarse los caminos aconsejados por la ciencia, arte o técnica en la que son expertos para encontrar las soluciones y los procedimientos que emplearon en la solución de las cuestiones planteadas, con los resultados obtenidos.<sup>6</sup>

Cuando la parte que promueve lo haga a través de defensor de oficio, por alguna circunstancia no le sea posible contar con un perito, o no tenga los medios económicos para cubrir los gastos que esto implique, el juez previa la comprobación de dicha circunstancia, de oficio o a petición de parte, nombrará un perito oficial de alguna institución pública a fin de no dejar en estado de indefensión al inculcado.”

Como regla general se encuentra establecido que los peritos que examinen deberán ser dos o más; pero bastará uno, cuando sólo éste pueda ser habido, cuando haya peligro en el retardo o cuando el caso sea de poca importancia.

---

<sup>6</sup> Ibid. pp. 502-503.

El artículo 165 establece que cuando se trate de lesión proveniente de delito y la persona lesionada se encontrare en algún hospital público, los médicos de éste se tendrán por peritos nombrados, sin perjuicio de que el juez nombre otros, si lo creyere conveniente, para que, junto con los primeros, dictaminen sobre la lesión y hagan su clasificación legal.

El artículo 165 bis menciona “Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.”

No obstante, lo anterior, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 11 once de junio del año 2002 dos mil dos, establece como información reservada los datos personales de un individuo, siendo éstos su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad; y dicha información por tanto requiere del consentimiento de los individuos para su difusión; por tanto el inculpado deberá dar su consentimiento al juez de la causa para que éste le designe peritos traductores en el caso de que pertenezca a un grupo étnico o indígena y poder tener una defensa adecuada.<sup>7</sup>

El juez fijará a los peritos el tiempo en que deban desempeñar su cometido. Transcurrido éste, si no rinden su dictamen, serán apremiados por el juez, del mismo modo que los testigos y con iguales sanciones.

---

<sup>7</sup> Ley de Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/244.pdf>.

Si a pesar del primer apremio, el perito no presentare su dictamen, será procesado por los delitos previstos en el Código Penal vigente para el Distrito Federal para estos casos.

En el caso de que los peritos nombrados discordaren entre sí, el Juez los citará a una junta, en la que se decidirán los puntos de diferencia. En el acta de la diligencia se asentará el resultado de la discusión.

Los peritos para poder desarrollar su trabajo deberán contar con título oficial en la ciencia o arte en la que se refiere el punto sobre el cual deben dictaminar, si la profesión o el arte están legalmente reglamentadas; en caso contrario, el juez nombrará a personas prácticas. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena.

También podrán ser nombrados peritos prácticos, cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción; pero en este caso se libraré exhorto o requisitoria al juez del lugar en que los haya, para que, en vista de la declaración de los prácticos, emita su opinión.

El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra pero sin sugestión alguna, los datos que consten en el expediente y se asentarán éstos hechos en el acta de la diligencia respectiva.

Los peritos deberán emitir su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial, en el caso en el que sean objetados de falsedad, o el ministerio público o el juez lo estimen necesario. Cuando las opiniones de los peritos discreparen, el juez nombrará un tercero en discordia.

La designación de peritos, hecha por el juez o por el ministerio público, deberá recaer en las personas que desempeñen este empleo por nombramiento oficial y a

suelo fijo. Si no hubiere peritos oficiales, se nombrará de entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas nacionales, o bien, de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno.

Si no hubiere peritos y el juez o el ministerio público lo estimaren conveniente, podrán nombrar otros. En este caso los honorarios se cubrirán según lo que se pague por costumbre en los establecimientos particulares de que se trate, a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo que los peritos debieron ocupar en el desempeño de su comisión.

El artículo 183 establece: “Cuando el inculpado, el ofendido o la víctima, el denunciante, los testigos o los peritos no hablen el idioma castellano, el ministerio público o el juez nombrarán uno o dos traductores mayores de edad, que protestarán traducir fielmente las preguntas y respuestas que deben transmitir. Sólo cuando no pueda encontrarse un traductor mayor de edad, podrá nombrarse uno de quince años cumplidos, cuando menos.” En este caso las partes podrán recusar al interprete, fundando su recusación y el juez fallará el incidente de plano y sin recurso.

Tratándose de peritajes en materia penal, éstos deben ser impugnados por la parte a quien afectan, durante la instrucción del proceso penal respectivo, y mediante el desahogo de pruebas idóneas para desvirtuarlos, por lo que si la parte que trata de impugnarlo, muestra simple inconformidad mostrada al contestar las conclusiones del ministerio público o en los agravios de la segunda instancia, es extemporánea y carece además de consistencia por falta de apoyo probatorio.

El titular del órgano judicial es quien tiene a su cargo la valoración de todas y cada una de las pruebas que obran en autos y por ende goza de la más amplia libertad para calificar la fuerza probatoria de los dictámenes periciales, esto es atiende al sistema de valoración de los medios de prueba de la libre apreciación y puede concederles el valor de prueba plena o negarles eficacia probatoria, por considerar

que están en desacuerdo con una interpretación lógica o porque existan en autos otros elementos de convicción que unidos entre sí conduzcan al juzgador a desestimar las opiniones emitidas en los dictámenes periciales.

Podemos considerar, que en caso, de que le de algún valor el juez, puede ser, este, de indicio, y se estaría a lo preceptuado, por el artículo 261 del propio ordenamiento citado, referente a la prueba circunstanciada.

Encontramos así la siguiente Jurisprudencia que confirma lo anteriormente expuesto:

“PERITOS. EL JUEZ GOZA DE LA MÁS AMPLIA LIBERTAD PARA CALIFICAR EL VALOR PROBATORIO DE LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR AQUÉLLOS. El titular del órgano jurisdiccional es quien tiene a su cargo la valoración de todas y cada una de las pruebas que obran en autos y por ende goza de la más amplia libertad para calificar la fuerza probatoria de los dictámenes periciales y puede concederles el valor de prueba plena o negarles eficacia probatoria, por considerar que están en desacuerdo con una interpretación lógica o porque existan en autos otros elementos de convicción que unidos entre sí conduzcan al juzgador a desestimar las opiniones emitidas en los dictámenes periciales. OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 734/97. Banca Cremi, S.A. 11 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro.

#### **d. INSPECCION Y RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS.**

Este medio de prueba se encuentra regulado en el Título Segundo, Capítulo VI, en los artículos 139 al 151 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

El autor Julio Antonio Hernández Pliego define a la inspección como “la percepción, examen y descripción, directamente por parte de la autoridad, de personas, cosas, lugares, huellas y otros efectos materiales del delito,

considerando que la ley procesal autoriza inspeccionar todo aquello que pueda ser apreciado por la autoridad que conozca del caso.”<sup>8</sup>

El artículo 139 establece: “la inspección puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados y hacer las observaciones que estimen oportunas”.

El ministerio público o el juez, al practicar la inspección procurarán estar asistidos de los peritos que deban emitir posteriormente su dictamen sobre los lugares u objetos inspeccionados, así mismo a juicio de éstos o a petición de parte se levantarán los planos o se tomarán las fotografías que fueren conducentes. De las diligencias se levantará acta circunstanciada, que firmarán los que en ella hubieren intervenido. El funcionario que practique una diligencia de inspección deberá cumplir en lo conducente, con las reglas contenidas en el Capítulo I, de la Sección I, del Título II.

En el caso de lesiones, al sanar el herido, el ministerio público, los jueces o los tribunales, según el caso, darán fe de las consecuencias que hayan dejado aquéllas y sean visibles, practicando inspección, de la cual se levantara el acta respectiva.

Cuando alguna de las partes solicite la reconstrucción deberá precisar cuáles son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiéndose repetir la diligencia cuantas veces sea necesario, a juicio del inculpado, de su defensor, del ministerio público, del juez o del tribunal.

La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado, se practicará dentro de la averiguación previa únicamente cuando el ministerio público que practique las diligencias lo estime

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 509.

necesario, en todo caso deberá practicarse cuando ya este terminada la instrucción, siempre que la naturaleza del hecho delictuoso cometido y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del juez o tribunal.

También podrá practicarse durante la vista del proceso, cuando el juez o el tribunal lo estimen necesario, aún cuando no se hayan practicado en la instrucción.

Esta diligencia deberá practicarse precisamente en el lugar en el 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.

La reconstrucción de los hechos nunca podrá practicarse sin que previamente se haya practicado la simple inspección ocular del lugar y hayan sido examinados el acusado, ofendido o testigos que deban intervenir en ella.

Asimismo en el artículo 148 se establecen los requisitos que deben concurrir en la práctica de esta diligencia:

“Artículo 148.- A estas diligencias deberán concurrir: I. El juez o el ministerio público que ordene la diligencia con su secretario o testigos de asistencia; II. La Persona que promoviere la diligencia; III. El inculpado y su defensor; iv. El agente del ministerio público; V. Los testigos presenciales, si residieren en el lugar; VI. Los peritos nombrados, siempre que el juez o las partes lo estimen necesario; y VII. Las demás personas que el ministerio público o el juez crean conveniente y que expresen en el mandato respectivo.”

Para practicar ésta, el personal del ministerio público o del juzgado; se trasladará al lugar de los hechos juntamente con las personas que deban concurrir, tomará a testigos y a peritos la protesta de conducirse con verdad, designará a la persona o personas que sustituyan a los agentes del delito que no estén presentes, y dará fe de las circunstancias o pormenores que tengan relación con éste. Enseguida leerá la declaración del inculpado y hará que éste explique prácticamente las

circunstancias del lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos. Lo mismo se hará con cada uno de los testigos presentes.

Entonces los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas y de las huellas o indicios existentes, atendiendo a las indicaciones y preguntas que haga el ministerio público o el juez, los que procurarán que los dictámenes versen sobre puntos precisos.

El artículo 253 del cuerpo normativo procesal de la materia, dispone, que en la inspección, en sus dos acepciones: simple, ya sea ministerial o judicial, tendrá el valor de prueba plena, cuando se ajuste a los requisitos que prevé el propio código.

#### **e.- PRUEBA TESTIMONIAL.**

Etimológicamente testimonio viene del latín *testimonialis*, que significa aseveración o atestación de una cosa y testigo procede de *testiguar*, persona que da testimonio de una cosa, o lo atestigua; persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa.<sup>9</sup>

El autor Florian señala que el testigo transmite al juez lo que cualquiera puede conocer con las facultades comunes y corrientes del hombre, y que él, por circunstancias especiales del momento, estuvo en condiciones de percibir, de modo que hace llegar al juez el resultado de lo percibido.<sup>10</sup>

La prueba testimonial se encuentra regulada en el Título Segundo, Capítulo IX, en los artículos 189 al 216 del Código de Procedimientos Penales Vigente Para el Distrito Federal.

---

<sup>9</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Ob. cit., pp.1319-1320.

<sup>10</sup> FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales, Tomo I*, Ob. cit., p. 202.

El artículo 189, establece: “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 las circunstancias o del inculpado, el ministerio público o el juez deberán examinarlas.”

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 el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, sin que esto demore la marcha de la instrucción o impida al juez darla por terminada, cuando haya reunido los elementos necesarios.

Toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el ministerio público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte sean inconducentes; y además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

Así mismo encontramos excepciones respecto de la calidad de las personas que pueden ser testigos, encontrando en el artículo 192 del ordenamiento Adjetivo que no se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercero inclusive ni a los que estén ligados con el acusado por el amor, respeto o gratitud. Si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esta circunstancia.

En materia penal no puede oponerse tacha a los testigos; pero de oficio o a petición de parte, el ministerio público o el juez, harán constar en el expediente todas las circunstancias que influyan en el valor probatorio de los testimonios.

Debiendo los testigos dar siempre la razón de su dicho, lo cual deberá hacerse constar en la diligencia.

Para el caso de que los testigos que deban ser examinados estuvieren ausentes, serán citados por medio de cédulas o por telefonema que reúna los requisitos que se encuentran previstos en el artículo 196 y que a la letra dice:

“Artículo 196. La cédula contendrá:

- I. La designación legal del tribunal o juzgado ante quién deba presentarse el testigo;
- II. El nombre, apellido y habitación del testigo, si se supieren, en caso contrario, los datos necesarios para identificarlo;
- III. El día, hora y lugar en que deba comparecer;
- IV. La sanción que se le impondrá si no compareciere; y
- V. Las firmas del juez y del secretario.”

La citación puede hacerse en persona al testigo en dondequiera que se encuentre, o en su habitación, aún cuando no estuviere en ella; pero en este caso se hará constar el nombre de la persona a la que se le entregue la cédula. Si aquella manifiesta que el citado está ausente dirá donde se encuentra, desde qué tiempo y cuándo se espera su regreso. Todo esto se hará constar para que el ministerio público o el juez dicte las providencias procedentes. También podrá enviarse la cédula por correo.

Si el testigo fuere militar o empleado de algún ramo del servicio público, la citación se hará por conducto del superior jerárquico respectivo, a menos que la eficacia de la averiguación exija lo contrario. Pero para el caso de que el testigo se encontrare fuera de la población, pero en el distrito jurisdiccional, el juez podrá hacerlo comparecer, librando orden para ello a la autoridad del punto en que se encuentre. Esta orden se extenderá en la misma forma que la cédula citatoria. Agregando a los autos las contestaciones que dé la autoridad requerida.

Si el testigo estuviere impedido para comparecer, el juez podrá comisionar a la autoridad más próxima para que le tome su declaración, salvo lo dispuesto por el artículo 39 del referido código adjetivo en el cual se establece que cuando tuviere

que practicarse una diligencia judicial fuera del ámbito territorial del juzgador, se encargará su cumplimiento por medio de exhorto o requisitoria al funcionario correspondiente de la entidad en que dicha diligencia deba practicarse. Debiéndose emplear la forma del exhorto, cuando se dirija a un funcionario igual o superior en grado, y de requisitoria cuando se dirija a un inferior.

Si el testigo se hallare fuera del ámbito territorial, se le examinará por exhorto dirigido al juez de su residencia, o con base en los oficios de colaboración a que se refiere el artículo 199 de la Constitución. Si aquélla se ignorare, se encargará a la policía judicial que averigüe el paradero del testigo y lo cite. Si esta investigación no tuviere éxito, el ministerio público o el juez podrá hacer la citación por medio de edicto en el periódico oficial.

Si el testigo se hallare en la misma población pero tuviere imposibilidad física, para presentarse al ministerio público o al juzgado, éstos, según el caso se trasladarán a la casa del testigo o el lugar donde se encontrare a efecto de recabarle su declaración.

Sin embargo cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la federación, quién practique las diligencias se trasladará al domicilio u oficinas de dichas personas para tomarles su declaración o, si lo estima conveniente, solicitará de aquellos que la rindan por medio de oficio, sin perjuicio de que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente.

En artículo 203 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, establece que los testigos deben ser examinados separadamente por el ministerio público o por el juez, en presencia del secretario.

Sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en el supuesto de que el testigo sea ciego, cuando sea sordo o mudo, y cuando ignore el idioma castellano, en este caso el ministerio público o el juez, designarán para que acompañe al testigo, a otra persona que firmará la declaración, después de que aquél la ratifique.

Antes de que los testigos comiencen a declarar, el ministerio público o el juez, los instruirá de las sanciones a las cuales pueden hacerse acreedores y las cuales se encuentran previstas en el Código Penal para el Distrito Federal, referente a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley.

Una vez hecho lo anterior, se preguntara a cada testigo su nombre, apellidos, edad, nacionalidad, lugar de origen, profesión o ejercicio, si se halla ligado al inculpado o a la víctima, al ofendido del delito o querellante por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivos de odio o rencor contra alguno de ellos. Debe quedar asentado en el acta cual es la razón de su dicho y si tienen algún interés jurídico en las diligencias en las cuales intervienen.

Los testigos deberán declarar de viva voz, sin que se les permita leer las respuestas que lleven escritas, sin embargo podrán ver algunas notas o documentos que llevarán, según la naturaleza de la causa en la cual intervienen, quedando al arbitrio del ministerio público o del juez.

Así mismo en la causa podrá el Ministerio Público y el defensor examinar a los testigos haciéndoles preguntas las cuales deberán estar previamente calificadas de legales y tengan relación con la causa en la cual se esta interviniendo, esto es, que puedan aportar algún elemento para el esclarecimiento de los hechos de que se trate. Las declaraciones deberán ser redactadas con claridad y usando, hasta donde sea posible las mismas palabras utilizadas por el testigo. Siendo permitido dictar o escribir su declaración, si éste quisiere hacerlo así.

Si la declaración se refiere a algún objeto puesto en depósito o a disposición del ministerio público, después de interrogar al testigo acerca de las características que identifican a dicho objeto, se le mostrará para que lo reconozca y firme sobre él, si fuere posible. En el caso de que la declaración del testigo se refiera a un hecho que hubiere dejado vestigios podrá ser conducido a dicho lugar, para que

haga las explicaciones convenientes, según se encuentra establecido en el artículo 209 del código adjetivo.

Una vez concluida la diligencia se deberá leer al testigo el contenido de su declaración o podrá leerla el mismo si así lo quisiere, a efecto de que la ratifique o la modifique; una vez hecho lo anterior el testigo firmará esta declaración o lo hará por él la persona que legalmente le acompañe. Si no supiere o no quisiere firmar se hará constar esta circunstancia en el acta respectiva.

El artículo 212 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal establece los supuestos de que se le tome la declaración a un menor de edad, a un pariente del inculpado, o a cualquiera otra persona que por circunstancias especiales sea sospechosa de falta de veracidad o de exactitud en su dicho, se hará constar este hecho. Por cuanto hace a los menores de dieciocho años, en vez de exigírseles protesta de decir verdad, se les exhortará para que la digan.

Si de las actuaciones aparecieren indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha producido con falsedad o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, quedará inmediatamente a disposición del ministerio público y se formará por separado el expediente correspondiente, sin que por este motivo se suspenda la causa que se esté siguiendo.

El ministerio público o el juez, podrán dictar las providencias necesarias para que los testigos no se comuniquen entre sí, ni por medio de otra persona, antes de rendir su declaración.

El código procesal penal, en el artículo 255, deja al juzgador, la apreciación y el otorgamiento de valor a la declaración testimonial, pero debe de atender, a diversas reglas:

- 1.- Que no sea inhábil por alguna causa;

- 2.- Que el testigo por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para apreciar el acto;
- 3.- Que de acuerdo a su probidad, independencia y antecedentes, tenga completa imparcialidad;
- 4.- Que el hecho lo conozca por medio de sus sentidos y por sí mismo y no por inducciones o referencias de terceros;
- 5.- Que su deposado sea claro y preciso, sin dudas ni reticencias, sobre el fondo o circunstancias del hecho; y
- 6.- Que no haya sido obligado, ni impulsado por engaño, error o soborno, aclarando el legislador que el apremio judicial no tiene dicha naturaleza.

Atento a lo dispuesto por el artículo anterior, la declaración testimonial debe ser considerada como un indicio y por lo tanto, caería para efectos de su valoración, dentro de la prueba circunstancial, del artículo 261 del ordenamiento de referencia, indicio que vinculado con otros, podrían llegar a constituir prueba plena.

No es suficiente el testimonio singular, y tampoco lo será, cuando se haya tenido conocimiento, a través de terceros, pues en estos supuestos y muy específicamente en el primero, tendríamos una insuficiencia probatoria, ya que la declaración del testigo tendría el valor probatorio de un indicio único, que por sí mismo no constituye prueba plena y en el segundo de los casos carecería de idoneidad por no haberlo percibido directamente y por consiguiente, el testimonio, carecería de valor, y ni siquiera llegaría a constituir un indicio secundario.

Lo anterior se encuentra sustentado con las siguientes tesis jurisprudenciales:

*“TESTIGO ÚNICO. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR PARA FUNDAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA.* Por regla general, en el procedimiento penal una sentencia condenatoria no puede sustentarse en el dicho de un solo testigo. Sin embargo, para que el testimonio de la única persona que presencié los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con su dicho,

bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad. Por lo que el juzgador, a efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además, a que lo testificado por éste se encuentre adminiculado con el resto de las pruebas indirectas que determinen fehacientemente la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado. De donde se sigue que si de autos se advierte que por la hora y forma de comisión del hecho delictivo, éste se realizó en presencia de un solo testigo; que no se advierte que trate de perjudicar al quejoso; y, además, que su manifestación se encuentre adminiculada con el resto de las pruebas existentes en el sumario, por tanto, es evidente que el testimonio de éste adquiere valor preponderante y, por ende, es suficiente para fincar responsabilidad penal al quejoso en la comisión del delito que se le reprocha. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo directo 71/2003. 21 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Juan Manuel Morán Rodríguez. Tomo: XVIII, Septiembre de 2003. Tesis: XX.2o.27.”

*“TESTIGOS, INVEROSIMILITUD DE SU DICHO.* No producen convicción las declaraciones de los testigos rendidas seis meses después de producidos los hechos sobre los que declaran, en forma detallada y en términos similares porque presupone un aleccionamiento previo a fin de exculpar al acusado, ya que es inverosímil que los testigos recuerden detalles accidentales en forma pormenorizada y con notable precisión; además declaren en términos similares pues, si bien es lógico que la memoria retenga por determinado tiempo, hechos que se consideran importantes o que por su propia naturaleza causan impacto en el momento, no lo es cuando en forma detallada los testigos, recuerdan accidentes secundarios en relación con dichos hechos y, además, los narran en forma similar, amén de estar en contradicción con otras pruebas aportadas en la instrucción. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 441/95. Gabriel Escalante González. 13 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Olivia Heiras de Mancisidor. Secretario: Jesús G. Luna Altamirano.”

#### **f. PRESUNCIONAL.**

Al respecto, el autor Julio Antonio Hernández Pliego define a la prueba presuncional como “una prueba indiciaria o circunstancial”, pues refiere que se integra con una serie de indicios o circunstancias vinculadas entre sí, en una relación causal que es materia de un juicio lógico basado en el raciocinio, a través

del cual se accede, casi necesariamente, de la verdad conocida, a la que se busca.<sup>11</sup>

Por su parte, el autor Manuel Rivera Silva considera que la presunción es la interpretación de los hechos, con las leyes de la razón, y no es una prueba, sino el resultado del análisis y ponderación de los hechos conocidos.<sup>12</sup>

Esta prueba la encontramos regulada en el Título II, Sección I, Capítulo XIII en el artículo 245, el cual establece: “Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.

Hay confusión en el legislador ya que considera a las presunciones y a los indicios, como uno y mismo medio de prueba, y no es así. La presunción es una operación lógica partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro hecho desconocido o evento que se busca.

En cambio el indicio es un hecho cierto y conocido, pero que por sí mismo no aporta convicción alguna sino que requiere del actuar intelectual humano, para que en base a él, se cree una hipótesis, por lo tanto, no son los indicios los que hacen la prueba, más bien, es el raciocinio que hace que la persona en base a los indicios para crear una presunción de algo y con ello formar una verdad histórica aproximada.

Por lo tanto para que los indicios sean apreciados legalmente a través de la construcción de la presunción, se requiere un vínculo más o menos necesario, natural, lógico y jurídico, ante lo cual estamos ante una prueba indirecta o perfeccionadora de otras.

---

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., *El Proceso Penal Mexicano*, Ob. cit. p. 519.

<sup>12</sup> RIVERA SILVA, Manuel, Ob. cit., p. 279.

Es oportuno recordar que dentro de la doctrina hay divergencia en cuanto a si las presunciones son medios de pruebas o no, el grupo mayoritario acepta que sí son pruebas, pero sus contrarios que no son pocos, no aceptan tal argumentación, sustentado que las presunciones en sus dos tipos no son pruebas, con independencia que sean *lure et de lure* (reglas legales o de derecho) o las *lure tantum* (humanas o judiciales), ya que las primeras, propiamente no son presunciones sino disposiciones legales, por estar previstas en una ley, ante lo cual no puede hablarse de presunción, sino de un dispositivo normativo que no admite prueba en contra. En cambio las segundas sólo se diferencian de las primeras en que sí admiten la prueba en contra por que son derivadas del conocimiento genérico o del actuar específico del juzgador el cual puede ser desvirtuado cuando se demuestra su incorrecta estructuración del raciocinio.

Así tenemos que las presunciones en general por ser una norma, no son medio de prueba, como tampoco lo es el indicio, porque éste es un elemento objetivo que no aporta por sí mismo un elemento de convicción y sería el Juzgador en su momento quien las valore en cuanto a su eficacia probatoria.

## **LOS CATEOS Y VISITAS DOMICILIARIAS**

Si bien, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la confrontación, los cateos y las visitas domiciliarias no se encuentran señaladas en el artículo 135 del referido código, por lo que hace a los careos y visitas domiciliarias, y en el Capítulo XII de los artículos 217 al 224, hace referencia a la confrontación. Pero como ya se había manifestado que este artículo es de carácter enunciativo mas no limitativo, como lo establece en sus últimos párrafos, por lo que procederemos a su estudio.

El artículo 152, establece:

“El cateo solo podrá practicarse en virtud de orden escrita, expedida por la autoridad judicial, en la que se exprese el lugar que ha de

inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan, a lo que únicamente deberá de limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Cuando durante las diligencias de averiguación previa, el Ministerio Público estime necesaria la práctica de cateo, acudirá al juez respectivo, solicitando la diligencia, expresando el objeto de ella y los datos que la justifiquen. Según las circunstancias del caso, el juez resolverá si el cateo lo realiza su personal, el Ministerio Público o ambos. Cuando sea el Ministerio Público quien practique el cateo, dará cuenta al juez con los resultados del mismo”.

Por lo que hace a las visitas domiciliarias solo podrán practicarse durante el día, desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde, a no ser cuando la diligencia sea urgente, la cual deberá ser declarada así en la orden respectiva.

El artículo 154, establece las reglas que deben observarse para solicitar un cateo:

“Cuando un funcionario de los que tienen facultades para ordenar el cateo usare de ella, observará las reglas siguientes: I. Si se trata de un delito flagrante, el juez o funcionario procederán a la visita o reconocimiento sin demora, en los términos del artículo 16 de la Constitución Federal; II. Si no hubiere peligro de hacer ilusoria o difícil la averiguación se citará al acusado para presenciar el acto. Si estuviere libre o no se le encontrare, o si, estando detenido, estuviere impedido de asistir será representado por dos testigos a quienes se llamará en el acto de la diligencia para que presencie la visita; y III. En todo caso el jefe de la casa o la finca que deba ser visitada, aunque no sea reo presunto del hecho que motiva la diligencia, será llamado también para presenciar el acto en el momento en que tenga lugar, o antes, si por ello no es de temerse que no dé resultado dicha diligencia. Si se ignorare quién es el jefe de la casa, si éste no se hallare en ella o si se tratare de una que tuviere dos o más departamentos, se llamará a dos testigos, y con su asistencia se practicará la visita en el departamento o departamentos que fueren necesarios”.

El artículo 155 establece que si la inspección tuviere que practicarse dentro de algún edificio público, se avisará a la persona a cuyo cargo esté el edificio, con una hora por lo menos de anticipación a la visita, salvo caso de urgencia.

Si la inspección tuviere que hacerse en la casa oficial de algún agente diplomático, el juez solicitará instrucciones de la Secretaria de Relaciones Exteriores, y

procederá de acuerdo con ellas, mientras las recibe, tomará en el exterior de la casa las providencias que estime convenientes.

El artículo 157 del citado ordenamiento establece: “Toda inspección domiciliaria se limitará a la comprobación del hecho que la motive, y de ningún modo se extenderá a indagar delitos o faltas en general.”

Encontrándonos en el supuesto de que se tratare de casas que estén habitadas, la inspección se verificará sin causar a los habitantes más molestias que las que sean indispensables para el objeto de la diligencia. Toda vejación indebida que se cause a las personas, será castigado. Si de una inspección domiciliaria resultare casualmente el descubrimiento de un delito que no haya sido objeto directo del reconocimiento, se procederá a levantar el acta correspondiente, siempre que el delito no fuere de aquellos en que, para proceder se exija querrela necesaria (art. 159).

A excepción de los objetos que tengan relación con el delito que motivase el reconocimiento o con el que se descubra, todos los demás quedarán a disposición de su poseedor.

## **LOS CAREOS Y SU VALORACIÓN.**

Dicha probanza esta prevista y regulada, por el Capítulo XI, Título Segundo de los artículos 222 a 229 del Código Procesal Penal del Distrito Federal.

Siendo de dos especies, los de carácter constitucional a que alude la fracción IV del apartado A del artículo 20 de nuestra Carta Magna y que se deberán de practicar solamente cuando el indiciado lo solicite ante el ministerio público o juez, bajo pena de nulidad, por lo cual excluye su solicitud al ministerio público, al juez, y al defensor, ya sea particular u oficial o la persona de confianza designada por el indiciado-procesado para hacer dicha petición de careos por tratarse una garantía constitucional estrictamente personal.

También existen los careos denominados procesales, que son aquellos que se suscitan cuando hay contradicción substancial entre los testigos, entre éstos y el procesado o el ofendido, debiéndose aclarar dichas divergencias, los careos procesales se ordenarán de oficio, debiendo estar presentes las partes, los interpretes si se requirieren y la autoridad que los practique, según la etapa procedimental en que se celebren.

Dicha diligencia se iniciará dando lectura a las declaraciones de los careados, señalándoles la autoridad, los puntos de contradicción específicos sobre los cuales debe de versar la discusión, para que se pronuncien al respecto, pudiendo intervenir las partes, a efecto de hacer notar al juez, otros puntos contradictorios o que se asiente correctamente, obviamente, cuando no se este haciendo, las respuestas y actitudes de los careantes.

Una vez finiquitado el careo y previa lectura del mismo por los careados, firmarán el acta levantada al respecto, ante la presencia de la autoridad que los practico, ello como un requisito de validez y autenticidad, que no se puede dejar pasar por alto so pena de nulidad, a no ser que los careantes se nieguen a firmar el acta, ante lo cual el juez deberá dejar constancia de dicha negativa.

La ley procesal, dispone, que tratándose de menores de edad, víctimas o testigos de algún delito grave contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a petición de la víctima, testigo, su representante o el ministerio público, el careo se llevará en recintos separados con ayuda de algún medio electrónico visual, para que el procesado pueda interrogarlos, sin confrontarlos físicamente, en cambio la fracción V del apartado B, del artículo 20 constitucional, dispone que no están obligados a carearse los menores de edad, cuando sean víctimas u ofendidos en los delitos de violación o secuestro.

Para la valoración de los careos, se debe de estar a lo dispuesto, en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a los cuales se

les deberá otorgar el valor de indicio, que enlazado con otros en forma material, lógica y jurídica, pudieran llegar a integrar la prueba circunstancial plena.

### **C. COMPARATIVO CON OTROS PAISES.**

El proceso de reforma judicial en América Latina ha ocupado uno de los lugares importantes en la agenda política de nuestros países en los últimos tiempos.

Esta situación ha sido producto de la restauración de incipientes democracias en la región a partir de la extinción de regímenes militares dictatoriales que desaparecieron por diversas vías: elecciones, procesos revolucionarios impulsados por movimientos populares o golpes de Estado encabezado por grupos de militares, en algunos casos actuando bajo presión de la sociedad civil.

Enseguida estudiaremos algunos de los procesos penales en América Latina, haciendo énfasis principalmente a las garantías individuales del procesado, la regulación de las pruebas, así como su valoración.

#### **SISTEMA PENAL ARGENTINO**

El sistema penal Argentino se encuentra regido por el principio de legalidad procesal, entendido como la obligación de los órganos de la persecución penal de promover la investigación frente a la noticia de la presunta comisión de un delito.

Garantías individuales del procesado.

Las garantías y derechos procesales del imputado esta constituido por los artículos 18 y concordantes de la Constitución Nacional, que ordena la realización de un juicio público previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ante jueces imparciales (jurados) como condición imprescindible para la imposición de

una pena, juicio en el cual el acusado debe poseer las facultades de intervención y de llevar una defensa en su favor, la reciente reforma constitucional (1994) ha incorporado al texto constitucional la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de lo que resulta que las garantías judiciales contenidas en ambos instrumentos internacionales conforman ahora Derecho Constitucional de la República Argentina.<sup>13</sup>

Encontramos así que el texto Constitucional Argentino, en sus artículos 17 y 18 a la letra dicen:<sup>14</sup>

**“Artículo 17.-** La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4o. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. “

**“Artículo 18.-** Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

---

<sup>13</sup> MAIER Julio B.J., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, 1ª. Edición, editorial Ad-Hoc, Argentina, 2000, p. 39.

<sup>14</sup> [www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Argentina/argen94.htm](http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Argentina/argen94.htm). “Constitución Argentina”. 17 de septiembre del 2005.

De lo anterior se puede desprender que el artículo 18 contiene las tres garantías siguientes:

1.- Derecho a ser informado de la imputación obligatoriamente antes de su primera declaración, en la etapa de investigación preliminar (instrucción); formulada la acusación contra el imputado, ella debe ser notificada para que él se pueda oponer o señalar sus defectos.

2.- Derecho a la defensa: este derecho obliga a garantizarle al imputado el acceso, desde el inicio del procedimiento y, en todo caso, siempre antes de su primera declaración a un defensor para que lo asista, elegido por él frente a la imposibilidad o la simple y llana negativa de hacerlo por parte del imputado, el Estado se encuentra obligado a proporcionarle un defensor de oficio, la autodefensa es admitida en el derecho procesal penal argentino, pero en rigor, solo como un supuesto de excepción.

3.- Derecho a obtener la comparecencia de testigos y de contradicción: se trata de otra consecuencia necesaria de la garantía de defensa de juicio, contenida en una de las fuentes del Derecho Comparado de la Constitución Nacional, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, y reforzada mediante la incorporación del Pacto Internacional y de la Convención Americana, implica según su desarrollo dogmático, el derecho del acusado a confrontarse con la prueba de cargo, a producir prueba de descargo, a obtener la comparecencia de testigos y analizar y criticar el valor de la prueba producida, abarca también la facultad de discutir la valoración jurídica del hecho que se atribuye al imputado.

Encontramos dentro del Derecho Procesal, varios principios, entre los que se encuentran el de la presunción de inocencia.

Este principio obliga a tratar a toda persona como inocente, desde el punto de vista jurídico, mientras no se haya dictado una sentencia penal condenatoria; las consecuencias inmediatas del principio en análisis se manifiestan en la regla *in*

*dubio pro reo* en la carga de la prueba u *onus probandi* y en los límites materiales y temporales a la utilización de la coerción procesal, fundamentalmente, el uso de la prisión provisional.

El *in dubio pro reo* consiste en la necesidad de que la sentencia condenatoria esté basada en la certeza del tribunal de juicio sobre la existencia de un hecho punible atribuible al imputado. La ausencia de ella implica la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia construida legalmente a modo de presunción que ampara al imputado, y precisamente por ello, dicha ausencia conduce inevitablemente a la absolución.

Nemo Tenetur se Ipsum Accusare.

Este principio está expresamente consagrado en la Constitución Nacional de Argentina, en su artículo 18, su reglamentación en el Derecho Procesal Penal Argentino presenta las siguientes consecuencias: a) facultad del imputado de abstenerse de declarar sin que ello pueda producirle consecuencia negativa alguna; b) la voluntariedad necesaria de la declaración del imputado, lo que impide la utilización de cualquier medio de interrogatorio que la afecte, tales como sueros de la verdad, hipnosis, detectores de mentiras, etc.; c) libertad de decisión del imputado durante su declaración, que prohíbe la aplicación de cualquier tipo de coacción –física o moral: tortura, amenaza, juramento de decir verdad, cansancio, etc. – o la utilización de engaño o la formulación de promesas ilegítimas de conceder ventaja. La lesión a estas reglas impide la valoración judicial de la declaración del imputado y de la información allí contenida (prohibición de valoración probatoria), salvo que las afirmaciones irregularmente obtenidas lo favorezcan.

El Derecho Constitucional Argentino consagra un ámbito de intimidad protegido frente a injerencias estatales o de terceros, lo cual se encuentra previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional; junto con ello, la libertad ambulatoria de los ciudadanos también obtiene protección constitucional (artículo 14) al igual que de la propiedad privada (artículo 17). En consecuencia, cualquier injerencia estatal

que afecte estos derechos debe estar, en primer lugar, específicamente reglamentada (principio de reserva de ley) y dicha reglamentación no pueda alterar el derecho afectado (supremacía constitucional).

Es tarea del Derecho Procesal Penal el reglamentar las posibilidades de injerencia estatal en estos derechos durante el curso de un procedimiento penal, esta reglamentación es, en algunos casos, correcta y respetuosa de la garantía en juego (un ejemplo es la regulación del allanamiento domiciliario) y en otros, sin embargo constituye una afectación excesiva e incluso desproporcionada de los derechos involucrados (intervenciones telefónicas, utilización de agentes encubiertos, facultades de la privación de la libertad durante el procedimiento).

El Código de Procedimientos Penales Argentino permite las intervenciones telefónicas, las cuales son admitidas para todos los delitos, aún los menos graves que tiene pena de multa o inhabilitación, dichas intervenciones no se encuentran sujetas a un límite temporal ni sometidas a resguardos que garanticen la integridad y reserva de las comunicaciones privadas de los afectados; por lo que hace a la utilización de los agentes encubiertos, se autoriza, entre otras cosas, la comisión de delitos por parte del agente encubierto, a lo que se agrega la permisiva interpretación de las reglas aplicables por parte de los jueces argentinos, que a partir de ellas admite la provocación de delitos por parte del personal policial. Por lo demás, el principal mecanismo de control que la ley procesal penal Argentina prevé para el ejercicio de las facultades de injerencia estatal está constituido por el requisito de autorización judicial previa.<sup>15</sup>

Encontramos en el Proyecto del Código Procesal Penal del Dr. Julio B. Maier. Ley Nº 4566, Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, en el Libro II Derechos, garantías y deberes de los intervinientes, Título I El imputado, en los

---

<sup>15</sup> MAIER, Julio B.J., Ob. cit. p. 45.

artículos 148 y 149 las reglas a las prohibiciones probatorias; los cuales a la letra dicen: <sup>16</sup>

**“148. Extensión de la prueba.** Prohibiciones probatorias. Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, por cualquier medio de prueba. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas.

Son inadmisibles como medios de prueba aquellos que la ley prohíbe expresamente por su modo de realización o que suprimen derechos y garantías individuales de la Constitución provincial o nacional, reglamentadas en este Código, o aquellos que afectan el sistema institucional, tales como la tortura o las declaraciones coactas, la indebida intromisión en la intimidad de la persona, del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones, de los papeles y de los archivos privados.

También son inadmisibles como medios de prueba aquellos que, a pesar de estar permitidos, hayan sido posibles de obtener sólo a través de la realización de un medio de prueba prohibido.”

**“149. Valoración. Prohibiciones.** Las reglas sobre la incorporación de medios de prueba a las respectivas audiencias determinan, junto a las demás reglas de este capítulo, aquellos elementos de prueba que pueden ser valorados por los jueces que dictan la resolución respectiva.

Los elementos de prueba admisibles y correctamente incorporados serán valorados según las reglas de la sana crítica, a menos que la ley, específicamente, determine otro modo de valoración.

Un elemento de prueba que, a pesar de estar permitido y haber sido correctamente incorporado a una audiencia, haya sido posible de obtener sólo a través de la realización de un medio de prueba prohibido, es invalorable para fundar la decisión, a menos que él favorezca al imputado.”

De lo anteriormente expuesto se puede determinar que el procedimiento penal Argentino, prevé que aquella prueba obtenida por medios ilegales o irregulares – sobre todo por aquellos métodos que implican una violación de garantías constitucionales o de derechos humanos fundamentales- no puede ser

---

<sup>16</sup> [www.juschubut.gov.ar/normativo/codigos/proyecto\\_penal/cpp-indice.html](http://www.juschubut.gov.ar/normativo/codigos/proyecto_penal/cpp-indice.html). “Proyecto del Código de Procedimientos Penales de Argentina”. Maier Julio B. J. 17 de septiembre del 2005.

validamente incorporada al procedimiento penal, ni valorada por el tribunal de juicio (prohibiciones de valoración probatoria).

La Corte Suprema Argentina ha hecho suya, la regla de exclusión y su complemento, la doctrina del fruto del árbol venenoso (prueba obtenida legalmente, pero sólo conocida a partir de una acción inicial ilegítima), doctrinas que estudiaremos en el siguiente capítulo.

La Corte también ha admitido algunas de las excepciones a las reglas establecidas en la jurisprudencia norteamericana, particularmente la existencia de una “fuente independiente” (cuando existe un cauce de investigación en curso distinto al ilegítimo), la “atenuación por hechos intervinientes” (por ejemplo testimonios con origen irregular, pero prestados por “personas dotadas de voluntad autónoma”) y finalmente, la excepción del “descubrimiento inevitable” (curso causal hipotético que hubiera desembocado en el hallazgo de la misma prueba).

La legislación procesal penal Argentina tanto federal como provincial contienen, normas que, con mayor o menor grado de precisión, excluyen del procedimiento la prueba irregularmente adquirida.

El Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional de 1889, se enlaza en la tradición inquisitiva, en la cual la concepción del imputado como objeto de procedimiento, lejos de ser visto como un sujeto procesal pleno, con las correspondientes facultades y derechos que lo colocarían en un pie de igualdad con el acusador, se veía reducido, en un mero objeto de indagación estatal, prácticamente carente de facultades sustanciales de intervención, la etapa de investigación penal era secreta para él, aún en lo atinente a la producción de actos definitivos e irreproducibles. Su declaración se encontraba reglamentada a la usanza de un método de obtención de información, y no de defensa.

La incomunicación del imputado se encontraba autorizada por un período prolongadísimo y abarcaba, incluso las comunicaciones con el abogado

defensor, lo cual vedaba toda posibilidad de comunicación previa a la primera declaración del imputado, así mismo la prisión preventiva constituía la regla general y obligatoria frente a la atribución de un hecho punible, aún cuando se tratara de delitos que ameritaban penas de multa o inhabilitación. Para la valoración de la prueba obtenida tenía el sistema de la prueba legal o tasada.<sup>17</sup>

## **BRASIL**

El ordenamiento jurídico brasileño, ya sea en la Constitución Federal vigente promulgada el 5 de octubre de 1988, como en las demás disposiciones legales, contempla hasta los más variados derechos humanos. De tal manera que la mencionada Carta Magna de la República Federativa de Brasil, Capítulo I del Título II “De los Derechos y Garantías Fundamentales” “De los derechos y deberes individuales y colectivos”, se plantean los derechos del ciudadano, siendo estos los derechos a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los términos del artículo quinto, en cuyos incisos están especificados, entre otros los siguientes:<sup>18</sup>

“Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa que no sea en virtud de la ley” (inc. II).

“Nadie será sometido a tortura ni a trato inhumano o degradante” (inc. III).

“El domicilio es asilio inviolable del individuo, nadie podrá penetrar en él sin consentimiento del morador, salvo en casos de flagrante delito o desastre, o para prestar ayuda, o durante el día por determinación judicial” (inc. XI).

“Es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de comunicaciones telefónicas, salvo en último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley estableciere para los fines de la investigación criminal o de la instrucción procesal penal” (inc. XII).

La realidad es muy distinta y en casi todo contraria a los ordenamientos legislativos, pues encontramos diversos factores determinantes de esa grave discrepancia entre el ordenamiento jurídico y las situaciones que ocurren, entre las

---

<sup>17</sup>MAIER, Julio B. Ob. cit. pp. 51-52.

<sup>18</sup> [www.constitution.org/cons/brazil.html](http://www.constitution.org/cons/brazil.html). “Constitución Brasil”. 17 de septiembre del 2005.

que encontramos: a) la manifiesta desigualdad en la distribución de la riqueza, b) la violencia policial, c) la impunidad de las élites económica y política, d) la equivocada elaboración legislativa, subsiguiente a la reforma penal de 1984 y a la edición de la Constitución Federal de 1988 y f) un sistema penitenciario inhumano.<sup>19</sup>

## **BOLIVIA**

Las bases jurídico-políticas del procedimiento penal están establecidas en la Constitución Política del Estado de fecha 2 de febrero de 1967, reformada en fecha 12 de agosto de 1994. Como un primer límite al uso del poder se declara que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, que goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos constitucionalmente, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política, origen, condición económica o social, u otra cualquiera, y se consagra, además, que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables y que respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

Bajo el Título Segundo denominado Garantías de la Persona, la Constitución Boliviana consagra los principios del juez natural, de inocencia, de inviolabilidad de la defensa y del juicio previo, principios que se complementan con límites concretos al uso de la coerción estatal, tales como el de la detención limitada a los casos y según las formas establecidas por la ley y en virtud de un mandamiento emanado siempre por autoridad competente y por escrito; el de la incomunicación aplicable sólo a los casos de notoria gravedad y en ningún caso por más de 24 horas; la prohibición de toda especie de torturas, coacciones, o cualquier forma de violencia física o moral; la inviolabilidad de la correspondencia y los papeles privados, salvo orden escrita y motivada de autoridad competente; la prohibición absoluta de interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas; la

---

<sup>19</sup> MAIER, Julio B. Ob. cit. p.117.

inviolabilidad del domicilio y la prohibición de su allanamiento en horas de la noche.<sup>20</sup>

Todas estas garantías se complementan además con la cláusula contenida en el artículo 35 de la Constitución que establece que las declaraciones, derechos y garantías proclamados constitucionalmente no pueden ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados.

Por otra parte Bolivia ha ratificado como leyes de la República, entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al respecto, si bien la Constitución no señala el rango de legal de los pactos y convenios internacionales, en razón de que Bolivia ha suscrito la Convención de Viena se halla obligada a cumplir tales instrumentos internacionales.

Entonces se puede concluir que las bases jurídico-políticas del procedimiento penal responden al ideal republicano de una delimitación precisa al uso del poder estatal y por consiguiente la estructuración de un proceso democrático, en el que por una parte las funciones de acusar y juzgar se hallan claramente diferenciadas y encomendadas a órganos distintos, y por la otra, que la defensa se halla reconocida constitucionalmente como un derecho inviolable, tal y como se encuentra establecido en su Constitución, en el artículo 20, el cual establece: “I. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos. II. Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones ni comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.”

El artículo 16 de la Constitución Política del Estado contempla las garantías individuales del imputado, entre las que se encuentra el derecho de defensa de la

---

<sup>20</sup> Ibid. pp. 75-76.

persona en juicio es inviolable; desde su detención o apresamiento los detenidos tiene derecho a ser asistidos por un defensor, así como el principio de inocencia, que en su párrafo I dispone: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”.

El artículo 12 de la Constitución prohíbe toda especie de torturas, coacciones o cualquier forma de violencia física o moral y en los artículos 20 y 21 consagra como derechos fundamentales, entre otros la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones privadas, lo que nos lleva a concluir que la Constitución consagra el principio de legalidad de la prueba, aunque no establezca expresamente y con carácter general la prohibición de utilizar pruebas obtenidas ilícitamente, salvo respecto de los documentos privados, puesto que el artículo 20 señala “No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos.”

En consecuencia, las facultades de injerencia estatal en la privacidad están limitadas constitucionalmente ya que según el mismo artículo 20 señala que la correspondencia y los papeles privados únicamente pueden ser incautados en los casos determinados y por orden escrita y motivada de autoridad competente: igualmente el allanamiento de domicilio sólo procede en horas del día y siempre mediante orden escrita y motivada de la autoridad competente, quedando expresamente prohibido el allanamiento en horas de la noche; así mismo, está absolutamente prohibida la interceptación de conversaciones y comunicaciones privadas ya que la fracción II del artículo 20 dispone textualmente: “Ni la autoridad pública ni persona ni organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.”

Por otra parte, cuando la Constitución exige para los casos de injerencia estatal la orden escrita y motivada de autoridad competente, debe entenderse que esta autoridad no puede ser otra que el juez, consiguientemente, que esta injerencia necesariamente debe ser controlada judicialmente.

## CHILE

La característica principal de la legislación chilena en materia procesal penal le da una fundamental contradicción entre sus dos sistemas normativos; por una parte están el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Chile forma parte, los que establecen un conjunto de principios y garantías que recogen los principios básicos reconocidos actualmente como estándares del debido proceso; por otra parte se encuentra el sistema consagrado a nivel legal, fundamentalmente el Código de Procedimientos Penales, cuyo texto data de 1906, y el cual consagra básicamente un sistema inquisitivo, este Código que es el que en la práctica gobierna la actuación de los órganos del sistema de justicia criminal no está estructurado sobre la base de reconocimiento de derechos básicos, sino que por el contrario da cuenta de una lógica preliberal, en la cual el poder del Estado se ejerce de modo prácticamente absoluto respecto del imputado, quién queda sometido casi por completo frente a los órganos de la persecución en una condición de una extrema vulnerabilidad.

No obstante durante los siglos XIX y XX se han dictado algunas normas legales que han establecido algunas garantías muy elementales destinadas a disminuir las expresiones más violentas del sistema; así por ejemplo se han establecido reglas destinadas a limitar las facultades policiales de detención, a regular la libertad provisional, a limitar el uso de la incomunicación (aislamiento), a permitir algunas expresiones específicas del derecho a la defensa y a cautelar la privacidad frente a las investigaciones. Todas estas disposiciones, sin embargo, no han cambiado las características básicas del sistema, que sigue siendo fundamentalmente el mismo en todas sus estructuras básicas.<sup>21</sup>

El sistema jurídico chileno contempla las garantías básicas del proceso penal, ya sea en la Constitución o por la vía de la incorporación de los Tratados Internacionales, estas garantías no están consagradas en el nivel de la legislación

---

<sup>21</sup> Ibidem. pp. 167-169.

específica y, por lo tanto no tienen ninguna operatividad práctica. La defensa penal tiene un rol muy limitado que cumplir en el procedimiento. Durante la etapa del sumario, que es la más importante desde el punto de vista de la prueba; la regla general es que éste sea secreto, por lo tanto la defensa no tiene acceso a la práctica de las actuaciones ni aún a la lectura de las actas en las que éstas quedan registradas. La defensa en esta etapa se limita a procurar, evitar o levantar la prisión preventiva y a formular solicitudes de diligencias de indagación que pueden o no ser acogidas por el juez. Una vez concluido el sumario se abre la posibilidad de la defensa (plenario), la que se practica por escrito y en general se limita sólo a comentar la prueba acumulada durante el sumario, la que será valorada en la sentencia. Desde el punto de vista de la prueba, en esta etapa del plenario se admite la presentación de pruebas por el imputado y se permite a éste confrontar las pruebas del sumario si es que lo solicita expresamente, no obstante aún en éste último caso, si no es posible repetir la prueba que se ha pedido confrontar, ello no impide que sea valorada en la sentencia.<sup>22</sup>

Durante el proceso, el juez puede detener al imputado hasta por cinco días si tiene fundadas sospechas de su participación en un delito. Después de ese tiempo el juez es el que debe decidir si es que le formula cargos sometiéndolo a proceso, caso en el cual debe declarar la existencia de presunciones fundadas de su participación. Desde ese momento el imputado quedará formalmente sometido al proceso y será objeto de un conjunto de privaciones de derechos establecidas por la ley, la principal de estas privaciones es la prisión preventiva.

Tradicionalmente el sistema ha tenido un sistema de valoración de las pruebas bastante rígido (prueba tasada), lo que constituía una forma de control sobre la actividad del juez. El Código chileno establece esta clase de reglas, pero al mismo tiempo permite al juez evitarlas por la vía de admitir el “uso excepcional” de prueba de indicios. En la práctica el sistema de prueba tasada terminó por ser llevado a su mínima expresión en los años 50’s cuando la ley de Estados Antisociales

---

<sup>22</sup> Ibidem. pp. 171-172.

estableció que en los casos de delitos contra la propiedad, el juez debería apreciar la prueba “en conciencia”, lo que significa enfatizar la convicción personal del juez por sobre los criterios tradicionales de plena prueba.

## **COLOMBIA**

En Colombia al igual que en otras legislaciones, impera el concepto de promoción de la acción penal por órganos del Estado constituidos para las labores de persecución criminal. Tal tarea la realizan en el país la Fiscalía General de la Nación, los tribunales militares, algunas autoridades policiales para el caso de contravenciones, la Corte Suprema de Justicia y la Cámara de Representantes del Congreso de la República. Las dos últimas con relación con las personas que poseen fuero constitucional.

La Constitución Nacional en su artículo 29 establece que el indiciado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se presenten en su contra y además consagra la sanción de nulidad de pleno derecho para las pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

En el ordenamiento procesal penal se hace explícita la libertad de la prueba, al decir que cualquier medio probatorio es viable para demostrar la responsabilidad del imputado, los elementos del hecho punible y la cuantía de los perjuicios.

Como complemento del principio de averiguación de la verdad material, existe posibilidad de rechazar las pruebas inconducentes, así como las obtenidas ilegalmente. Siempre rige la necesidad de la prueba como soporte en las decisiones judiciales, además de la exigencia de eficacia de las mismas que se refiere a la posibilidad de la certeza que brinden las pruebas en la demostración del hecho y la responsabilidad.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 206.

La Constitución establece en el artículo 33 la garantía según la cual nadie puede declarar contra sí mismo y la extiende a las personas del cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

El desarrollo de esta garantía en el Código de Procedimiento Penal implica que para los casos de la prueba de confesión, la persona que confiese haya sido informado del derecho de no declarar en contra de sí mismo, en el mismo sentido cuando se adelanten pruebas testimoniales, el funcionario respectivo tiene la obligación de hacer saber esta garantía a todo imputado que vaya a ser interrogado y a toda persona que deba rendir testimonio.

Así mismo la Constitución consagra la regla, según la cual nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente, expedido por las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, según se encuentra establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

La misma disposición constitucional consagra que la persona detenida debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 treinta y seis horas siguientes para que adopte la decisión que legalmente corresponda, y en cuanto al *habeas hábeas* se consagra que quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí mismo o por interpósita persona, una acción pública para que se decida dentro de las 36 horas siguientes sobre su libertad.

## **COSTA RICA**

En el sistema penal la ley detalla las garantías relativas a los principios de defensa y debido proceso legal en el artículo 36 de la Constitución Política.

En primer término la ley es muy clara en señalar que el derecho de defensa es irrenunciable, según se encuentra establecido en el artículo 13 párrafo 2º. El

imputado tiene derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen los elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas (artículo 12). Cuando el imputado este privado de libertad, el encargado de custodiarlo debe transmitir al tribunal las peticiones u observaciones que aquél formule, dentro de las 12 horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor (artículo 12. párrafo 3º).

En materia de prueba se establecen los principios de libertad probatoria, por lo que es posible probar cualquier hecho de importancia para la decisión, por cualquier medio de prueba lícito (artículo 182); así como el principio de libre valoración de la prueba o sistema de la sana crítica, según el cual el juzgador es libre de asignar el valor a los medios lícitos de prueba, pero debe indicar en cada caso concreto las razones que para ello tuvo, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano (artículo 184).

Existen una serie de limitaciones probatorias, que prohíben determinados medios de prueba o determinados métodos de prueba, a menos que favorezca al imputado, no puede utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión de la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas (artículo 181).<sup>24</sup>

## **CUBA**

Cuba fue el último país latinoamericano en obtener su independencia de España, cuyas leyes, con ligeras modificaciones, imperaron en la isla durante el coloniaje manteniendo una poderosa influencia hasta nuestros días.

---

<sup>24</sup> Ibid. pp. 274.

La demora en alcanzar la independencia permitió que en 1888 se pusiera en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, promulgada en el año de 1882, la que resumió las ideas progresistas de la época en esta materia, conformando un proceso penal mixto, especialmente acusatorio en la fase del plenario, con garantías para el acusado, instaurando el juicio oral, el que se mantiene hasta hoy como el pilar principal sobre el que se asienta el proceso penal cubano.

Por su parte, la primera intervención militar norteamericana de 1898-1902 mediante la Orden Militar 213 del 25 de mayo de 1900 implantó una instancia judicial en Cuba, inspirado en el sistema de enjuiciar anglosajón, distinto del europeo- continental que trajera la metrópoli española.

Esta inserción de algunas instituciones de corte netamente acusatorio en nuestra realidad jurídica, como lo fue la creación de juzgados correccionales. Para conocer de delitos de faltas de poco monto y con sanciones de hasta 6 meses de privación de libertad , con un procedimiento oral muy ágil y expedito, la que se mantuvo hasta la década de los años 60.

Éstos, a grandes rasgos, eran los antecedentes que existían en Cuba cuando el 25 de junio de 1973 se promulgó la Ley 1251 del Procedimiento Penal, que derogó la hasta entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, las modificaciones más importantes que introdujo tiene que ver con la supresión del juez de instrucción para las investigaciones previas a la apertura del juicio oral y sustitución por la policía. Se establece la audiencia verbal para el aseguramiento de los acusados con la participación de las partes y se responsabiliza al fiscal con el asesoramiento, intervención y dirección de las diligencias previas. Otra modificación fue la eliminación de los juzgados correccionales.

En la actualidad la Ley de Procedimiento Penal cubano, actualmente vigente mantiene un carácter mixto, en la que durante la fase instructiva o preparatoria, predominan rasgos inquisitivos, mientras que en el plenario o judicial resulta de carácter acusatorio. En la fase instructiva o preparatoria se realizan las diligencias

previas dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y asegurar en su caso la persona de éstos.

En cuanto al debido proceso la Constitución cubana de 1976 tal como quedó redactada por la reforma de 1992 establece entre otras, las siguientes garantías en el proceso penal.<sup>25</sup>

1.- La inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones cable gráficas, telegráficas y telefónicas (arts. 56 y 57 de la Constitución), el cual ésta complementado con los artículos 215 y siguientes de la Ley del Procedimiento Penal que establece que el instructor o el fiscal pueden decretar la entrada y registro de día y de noche en los edificios y lugares públicos y en el caso del domicilio privado siempre que exista consentimiento del interesado, a falta de consentimiento se requiere de resolución fundada firmada por el instructor con aprobación del fiscal, con el nombre del funcionario que la realizará y podrá llevarse a cabo entre las 05:00 am. y las 10:00 pm.

En cuanto al registro de libros y documentos y de la retención y apertura de la correspondencia, escrita, telegráfica y cablegráfica, están reguladas en los artículos 228 y siguientes de la Ley de Procedimiento Penal que expresa que sólo se ordenará el registro de documentos y correspondencia del acusado o de otras personas, cuando haya indicios de que de esta diligencia podría resultar el descubrimiento o la comprobación del hecho delictivo que se investiga o circunstancias importantes del mismo. Para la práctica de estas diligencias se requiere resolución fundada del instructor con determinación precisa de la correspondencia postal, telegráfica, cablegráfica o radio telegráfica que haya de ser retenida o de la que se expedirá copia.

---

<sup>25</sup> Ibidem. pp. 329-331.

2. Libertad o inviolabilidad de la persona, el detenido o el preso es inviolable en su integridad personal (artículo 58 de la Constitución). No existe un delito específico que sancione esta conducta, en caso de que se produzcan agresiones contra el detenido tiene que perseguirse por los delitos contra la vida que están previstos en el Código Penal.

3.- Todo acusado tiene derecho a la defensa (artículo 59 de la Constitución). Según el artículo 249 de la Ley de Procedimiento Penal desde el momento en que se dicta resolución decretando cualquiera de las medidas cautelares que autoriza esta ley, el acusado será parte en el proceso y podrá proponer pruebas a su favor su representado.

4.- No se ejercerá violencia ni coacción sobre las personas para forzarlas a declarar (artículo 59 de la Constitución). El artículo 166 de la Ley de Procedimiento Penal establece que no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Toda declaración obtenida con infracción de este precepto será nula, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

#### Prohibiciones Probatorias

La Ley de Procedimiento Penal no establece prohibiciones probatorias expresas. Sin embargo existen regulaciones en la ley para la inspección en el lugar de los hechos, para tomar declaraciones a los acusados, a los testigos, dictámenes periciales, para la entrada y registro en lugares públicos, en domicilio privado y en naves o aeronaves extranjeras en los artículos 123 al 140 de la Ley de Procedimiento Penal. No existen recursos expresos de procedimientos de nulidad en la vía judicial cuando las pruebas han sido practicadas indebidamente. Solo puede interponerse procedimiento de revisión según el artículo 456-1 de la Ley de Procedimiento Penal, cuando se haya quebrantado en la tramitación del proceso algunas de las formalidades o garantías esenciales del procedimiento o no se hayan practicado pruebas de importancia especial.

## **EL SALVADOR**

Establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal, procurando evitar el uso arbitrario de ésta, teniendo como objetivo proteger la libertad y la dignidad del hombre, es la visión doctrinaria que impulsa el proceso penal salvadoreño vigente, respondiente de esta forma al texto constitucional.

La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 preveía que “en toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir prueba en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable.”

Podemos decir que en El Salvador hay un ejercicio irrestricto del derecho de defensa, tanto material como técnica; por un lado ejerciendo el ciudadano su garantía básica, su derecho inherente que se manifiesta a través de la defensa material derivada en actos ejercidos por él mismo, tales como las declaraciones que no deben ser valoradas como elementos de prueba, la reconstrucción de los hechos, el nombramiento de defensor de su confianza, así como también a ser informado sin demora de la acusación, ser oído al inicio y al final del juicio, estar presente en todo el juicio, contar con un interprete, contar con tiempo y medios para preparar la defensa, interrogar testigos, peritos y la fundamentación de las decisiones judiciales.<sup>26</sup>

## **PROHIBICIONES PROBATORIAS**

La esencia de las prohibiciones probatorias estriba en la necesidad que existe de limitar al Estado en el uso del poder punitivo, sobre todo porque es lógico pensar que siendo el titular de la acción penal, está obligado a la investigación de los hechos punibles para probar en juicio las imputaciones dada la obligación que en

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 388.

el Código de Procedimientos Penales tiene la carga de la prueba, según se encuentra regulado en el artículo 4. En este sentido la prueba juega un papel preponderante, ya que es el mecanismo más confiable y seguro que tiene el Estado para descubrir la verdad real; investigación y actividad probatoria son dos caras de una misma moneda. Pero la prueba no solo es ese mecanismo para descubrir la verdad, sino que también es una garantía para evitar los excesos de poder y la arbitrariedad estatal manifestada en las actuaciones fiscales y en las decisiones judiciales. Se entiende como garantía porque no puede incorporarse al proceso cualquier medio probatorio –pese al principio de libertad probatoria que rige el Código de Procedimientos Penales- solo es posible la prueba si ésta ha sido obtenida e incorporada de la forma prescrita por la ley, de una forma lícita y que además derive del mundo exterior para cumplir con el principio de la objetividad.<sup>27</sup>

Los límites a la actividad probatoria en el Código Procesal Penal responden a los anteriores planteamientos, en el primero de los casos no se puede incorporar como prueba los dichos del abogado del imputado en relación con los hechos a controvertir, debido a que bajo los términos del secreto profesional el artículo 187 regula el deber de abstención. En esa misma disposición se regula la obligación de no declarar de los funcionarios públicos en razón del secreto de Estado. No sucede así en el caso de los cónyuges, convivientes o parientes del imputado que en el código anterior sí tenían el deber de abstención. En el Código Procesal Penal se establece como una facultad de abstención por lo que no podemos afirmar que estamos en este caso frente a una prohibición probatoria. Por otra parte no puede incorporarse al debate aquella prueba que ha sido obtenida mediante medios ilícitos. En este sentido el artículo 15 del Código Procesal Penal que dispone el principio de legalidad de la prueba establece en sus incisos 2º y 3º que: “...no tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. ... Se prohíbe toda clase de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 392.

que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas...”. No obstante en el proyecto de reformas que se discute se trata de incluir una norma que quitaría las prohibiciones probatorias.

Tal propuesta de reforma es el artículo 15 del Código Procesal Penal en el que se establece: “tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil o la Fiscalía General de la República, bajo la autorización del Fiscal General de la República, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales...” No obstante lo dispuesto en el inciso 1º del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma deberá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica”.

La disposición citada regula lo que en doctrina se conoce como regla de exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso. En los dos supuestos estamos frente a la actividad probatoria que vulnera derechos y garantías fundamentales, que es el segundo grupo de prohibiciones probatorias que la doctrina reconoce. En ese sentido podemos decir que no se debe dar valor probatorio a evidencia que es obtenida mediante mecanismos ilegales como el allanamiento de domicilio sin orden judicial y sin estar frente a los supuestos de excepción debido a que el medio por el cual se obtuvo la evidencia es ilícito y por ende deberá excluirse como prueba. De otra forma si la prueba es obtenida utilizando un medio lícito pero proveniente de un acto ilícito, la prueba no debe valorarse.

Es necesario destacar que el Código Procesal Penal no obstante de garantizar la vigencia de la regla de exclusión, establece un mecanismo de incorporación excepcional de evidencia y de inicio de investigación bajo el supuesto de hallazgo casual; tal y como se encuentra establecido en el artículo 173 inciso 3º parte final al regular el registro dispone: “... Si en la práctica de la diligencia se encontraren efectos concernientes a acciones delictivas distintas a la que se investiga, la policía deberá incautarlos y entregarlos al juzgado que libró la orden de registro,

junto con un informe pormenorizado de su actuación...”. Lo que no debemos perder de vista es que la prueba será legal sólo si es obtenida por medios lícitos y su valoración se fundamentará en el principio de libertad probatoria, limitada por las reglas de la sana crítica, como se encuentra regulado en el artículo 162 del Código Procesal Penal de El Salvador.<sup>28</sup>

La Constitución Salvadoreña establece en su artículo 20 que la morada es inviolable, ya que solo podrá ingresarse a ella por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración y por grave riesgo de sus personas. Por su parte el Código Procesal Penal al desarrollar esta garantía establece en el artículo 173 que cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público o privado existen objetos relacionados con la comisión del hecho punible que se investiga, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona sospechosa, el fiscal o la policía deberán solicitar al juez la expedición de una orden de registro en ese lugar.”; el artículo 176 disponía las horas en que debían practicarse los registros, con o sin allanamiento, estableciendo un horario entre las 06:00 de la mañana y las 18:00 horas. Pero con la reforma de septiembre del año de 1988 la citada disposición quedó redactada de la siguiente manera: “Los registros y allanamientos se podrán practicar las 24 horas del día con orden judicial”.

Además de la reforma anterior, encontramos otra serie de reformas entre las que se plantea agregar una causal que permita a la policía a ingresar a una vivienda sin orden judicial, solo con orden fiscal cuando se presuma que en el lugar hay drogas, armas, explosivos u otros efectos de un delito, vulnerando de esa forma lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución; en ese sentido existen sentencias en las cuales los tribunales han avalado actuaciones policiales que han derivado primero en allanamientos sin la respectiva orden judicial y sin estar en los supuestos de excepción que se encontraban regulados.

---

<sup>28</sup> Ibidem. p. 393.

Por lo que hace a la correspondencia y a las comunicaciones privadas, éstas encuentran protección constitucional en el artículo 24 cuando se establece la prohibición de violar la correspondencia, y además interferir e intervenir las comunicaciones telefónicas; en ese sentido podemos decir que si la intimidad, vía comunicaciones privadas, se protege por mandato constitucional, toda información que se haga llegar por esta vía deberá someterse a la regla de exclusión probatoria y por ende, no tendría valor, igual regla deberá aplicarse en los casos de información que se adquieren en los allanamientos sin orden judicial.

Por lo que respecta a la prohibición de la tortura, el texto constitucional salvadoreño no establece expresamente prohibición a la tortura, esta se puede inferir a la luz de la interpretación de los artículos 12 y 27 inciso 2º de la Constitución, dado que ambas disposiciones protegen la dignidad humana como bien jurídico afectado a partir de la práctica de tormentos, infamias o torturas por parte de los agentes estatales en aras de descubrir la verdad. El Código Procesal Penal establece la prohibición de la tortura, reconocida además en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

Por otra parte también encontramos la prohibición de métodos prohibidos, los cuales se encuentran regulados en el artículo 262 en el inciso 2º, el cual menciona: “Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis”.<sup>29</sup>

No obstante lo anterior, diversos países latinoamericanos han firmado tratados internacionales a efecto de respetar los derechos y libertades de las personas, los cuales adquieren obligatoriedad para ser respetados por los estados miembros; una de ellas es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de

---

<sup>29</sup> Ibidem. p. 400.

San José), el cual fue firmado en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y entre los estados que firmaron dicha convención se encuentran Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador y México. Dicha convención regula en la Parte I. “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, Capítulo II “Derechos Civiles y Políticos”, en su artículo 5º párrafo segundo, en el cual establece que nadie deberá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; así mismo el artículo 11, en su párrafo segundo establece: “2º Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”<sup>30</sup>

## **PROCESOS PENALES EN EUROPA**

### **SISTEMA ALEMAN**

En el Sistema Alemán, por lo que hace a las pruebas que pueden ser admitidas, se encuentran, entre ellas:

Las escuchas telefónicas se admiten a condición de que:

-existan indicios para pensar que un individuo ha cometido, personalmente o como cómplice, una infracción grave, como por ejemplo traición, asesinato, genocidio, violación, tráfico de estupefacientes, criminalidad organizada; la sospecha sea fundada (no basta una simple presunción); y que las investigaciones no puedan hacerse de otro modo.

Estas son acordadas por el juez de instrucción o, en caso de urgencia, por el fiscal, cuya decisión ha de confirmarse entonces por el juez de la instrucción. La orden que autoriza las escuchas confiere, igualmente el derecho de grabar en

---

<sup>30</sup> [www.oas.org/juridico/spanish/tratados.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados.html), “Pacto de San José” 17 de septiembre del 2005.

cinta magnética. En la audiencia, el tribunal puede optar por la difusión de la cinta o por la lectura de la transcripción escrita de la grabación.

Cacheos y exámenes corporales.- Estos son practicados en la persona del acusado, con respeto de su dignidad y de su pudor, se dirigen a descubrir un indicio disimulado o el objeto del delito. La doctrina considera que el registro corporal de una persona que no es sospechosa es igualmente lícito. El examen corporal debe ser ordenado por el juez de instrucción, por el ministerio fiscal o por sus policías auxiliares en caso de urgencia, y se realiza por un médico para hacer constar o descubrir elementos determinantes para el proceso, como tomas de sangre, análisis genéticos, encefalogramas.

Otras personas pueden ser también objeto de una intervención médica, siempre que una secuela o un elemento de la infracción (bala, veneno, esperma, etc.) se encuentre en su cuerpo. Si no consintieran la operación se les podría aplicar medidas coercitivas cuando, a pesar de la condena a pagar una multa, mantienen su posición o cuando la intervención es urgente.

El domicilio es inviolable, y encontramos regulada dicha garantía en la Constitución Alemana en su Capítulo Primero, “De los Derechos Fundamentales”, en el artículo 13, el cual a la letra dice: <sup>31</sup>

- 1.- El domicilio será inviolable.
- 2.- Los registros sólo podrán ser ordenados por la autoridad judicial y, cuando sea peligroso demorarlos, por los demás órganos previstos en las leyes y únicamente podrán realizarse en la forma establecida.
3. Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpaado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la

---

<sup>31</sup> [www.constitucion.es/otras](http://www.constitucion.es/otras) “Constitución Alemana” 26 de marzo de 1998. 17 de septiembre del 2005.

demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único Juez...”.

Registros domiciliarios.- Los registros son ordenados por el juez de instrucción, el ministerio fiscal o, en caso de urgencia, por sus policías auxiliares; la persona afectada y los objetos buscados se consignan en el acta con los motivos del registro domiciliario. El acusado tiene derecho a asistir al registro o a estar representado si está ausente, y puede, además, exigir un escrito en el que se detalle su desarrollo así como la lista de los objetos que se remitan al ministerio fiscal. Los registros nocturnos están prohibidos, excepto en caso de urgencia, de flagrante delito, de búsqueda de un preso evadido, cuando han comenzado de día o cuando, tienen por objeto ciertos locales abiertos de noche al público o que gocen de una mala reputación.

El registro de vehículos sólo puede ser efectuado en el marco restringido de las infracciones graves.

Secuestro de bienes.- Los objetos descubiertos en un cacheo o en un registro domiciliario pueden ser secuestrados si son útiles para el descubrimiento de la verdad por orden del juez de instrucción, del ministerio fiscal o de sus policías auxiliares.

Igualmente el poseedor de uno de estos objetos debe remitirlo a instancia de las autoridades, y su negativa puede traer como consecuencia la adopción de medidas coercitivas. Los documentos cuya divulgación sería atentatoria contra los intereses del Estado, o violara la intimidad de la persona (ficheros médicos, correspondencia, etc.), no pueden ser presentados como prueba.

El sistema penal alemán regula los medios de prueba tasados. La prueba es llamada “libre” cuando los medios de prueba y su práctica se dejan a la apreciación soberana de los jueces del enjuiciamiento del asunto, con respeto evidentemente, de las normas del Estado de Derecho. A la inversa, la prueba es

“legal” cuando se limita a los medios de prueba taxativamente enumerados, es decir, que la ley impone un formalismo riguroso para su práctica.

El Derecho Alemán aunque consagra el principio de la prueba libre, impone algunos límites legales previendo cinco medios legales de prueba: la audiencia del acusado, de los testigos y de los peritos; y dos medios de prueba objetivos: el reconocimiento judicial y los documentos.

La prueba libre sólo se acepta hoy en la práctica para ciertas resoluciones de carácter procedimental (apertura del juicio oral, negativa del juez de instrucción a firmar un mandamiento, etc.).

Por lo que hace a la carga de la prueba, no siendo el proceso alemán un proceso entre partes, el ministerio fiscal está investido del deber de extender sus investigaciones a los datos favorables del acusado. La base del proceso alemán dispone que el tribunal debe extender sus investigaciones a los elementos de prueba que sean importantes para la resolución del asunto. El acusado ve así implícitamente reconocido el derecho a la búsqueda de la verdad material por el juez. Éste solamente decide cual de los medios de prueba es pertinente o útil para el descubrimiento de la verdad. Así, las confesiones del acusado no le dispensan de oír testigos para corroborar su versión. Igualmente, si la defensa presenta una coartada, el juez puede pedir la práctica de un medio de prueba para corroborarlos.<sup>32</sup>

Los participantes en el proceso pueden pedir en el momento del primer interrogatorio del acusado, la práctica de cualquier medio de prueba en descargo del acusado que juzguen útil. La solicitud posterior de practicar un medio de prueba adicional corresponde solamente al poder discrecional del fiscal que es quien decide sobre la admisión o no de la petición. Sin embargo cuando el acusado es interrogado por el juez de instrucción, este último debe admitir la

---

<sup>32</sup> DELMAS- MARTY, Mireille, *Procesos Penales de Europa*, editorial Edijus, 2000, p. 121.

práctica del medio de prueba solicitado si lo estima útil, si teme su destrucción, o incluso, si puede conducir a la puesta en libertad. Pero contra la negativa del juez de instrucción no cabe recurso.

En el derecho procesal alemán la sentencia solo puede fundarse sobre los hechos y las pruebas aportadas y discutidas contradictoriamente en la vista.

De acuerdo con los principios de oralidad e inmediación esta regla conoce, dos excepciones: 1.- En primer lugar no tienen que probarse los hechos de notoriedad pública, como la referencia a hechos históricos; y 2.- Tampoco han de probarse las normas jurídicas que son necesariamente conocidas por el tribunal porque son parte de su cultura judicial o universitaria. Este conocimiento debe distinguirse de los conocimientos personales del magistrado sobre los cuales no puede fundarse su resolución.

Las pruebas prohibidas

En el Derecho Procesal Alemán algunos límites legales se oponen a la práctica libre de la prueba. Así serán ilegales:<sup>33</sup>

- Ciertos temas de la prueba, como la revelación sin autorización de un secreto de Estado por un funcionario.
- Ciertos medios de prueba, como la declaración de un testigo que no ha sido informado de su derecho al silencio.
- Ciertos métodos de obtención de pruebas, como la coacción física (malos tratos, cansancio, fatiga, sevicias, intervenciones médicas u operaciones, administración de sustancias) o psíquica (engaño, hipnosis, droga, promesa de provecho o de ventajas, expresiones vejatorias), o cualquier otro método que atente a la libre determinación de la voluntad (memoria o discernimiento);

---

<sup>33</sup> Ibid. p.123.

- Pruebas practicadas sin autorización de la autoridad competente, como las escuchas telefónicas realizadas por la policía sin autorización judicial.

La prohibición de hacer uso de una prueba ya practicada no está prevista por la ley. La única excepción sin embargo, es la que prohíbe no solo la obtención de una confesión por la fuerza, sino su admisión en juicio.

## SISTEMA INGLES

EL derecho probatorio parece estar regido en Inglaterra por el hecho de que las pruebas sólo adquieren verdaderamente dicha calidad en la vista del juicio oral. La prueba se realiza desde la fase de investigación hasta la fase de enjuiciamiento. Esta fase está sometida al principio de oralidad. Ello implica que solamente el testimonio oral permite establecer la culpabilidad del acusado. Por ello la calidad del testimonio es muy importante. De ahí la necesidad de normas de exclusión de ciertos medios de prueba. Los testimonios deben ser directos, lo que excluye la prueba de oídas. Pero existen cada vez más excepciones a esta exclusión.

En lo que se refiere a la exclusión de medios de obtención de pruebas, es decir, de pruebas obtenidas ilícitamente, ha de subrayarse que esta exclusión no puede realizarse antes de la fase de enjuiciamiento, lo que significa que dichas pruebas si son admitidas, y es hasta la fase de la sentencia donde se realiza la exclusión.

El papel del juez consiste en oír los testimonios y velar para que las partes respeten las normas de prueba que les han sido impuestas. Podrá rechazar pruebas ilícitamente obtenidas, pero no está obligado a ello, salvo que se trate de una confesión obtenida por coacción, o cuando existe el riesgo de que la confesión sea falsa. Tiene un importante papel de árbitro, pues bajo su control se practican las pruebas y va a poder, en virtud del principio de la libre apreciación de las pruebas, juzgar sobre la culpabilidad del acusado. Se comprende mejor la función de árbitro del juez cuando se tiene en cuenta que los testigos son los testigos de una parte, y por ello escogidos para testificar en el sentido de esa

parte. El aparente distanciamiento del juez debe permitirle resolver el conflicto con toda imparcialidad. La Jurisprudencia no le prohíbe intervenir ocasionalmente para interrogar a los testigos; pero un juez que participe demasiado en el interrogatorio de los testigos corre el riesgo de ver su resolución recurrida en apelación.

Las investigaciones son efectuadas por la propia policía o en virtud de un mandamiento judicial. Cuando la fase de investigación y de ejercicio de la acción penal ha terminado ya no hay nuevas investigaciones en la práctica, aunque ningún precepto lo prohíbe. La única limitación consiste en la prohibición de interrogar al acusado sin su consentimiento una vez que la policía ha formulado la acusación.

Las escuchas telefónicas se encuentran reguladas por la *Interception of Communication Act 1985*; las cuales solo pueden realizarse en virtud de mandamiento del Ministro del Interior, válido por seis meses y renovable. La policía actuando por mandamiento del Secretario de Estado, puede proceder a efectuar escuchas telefónicas en tres casos:

- Cuando la seguridad nacional esté en peligro;
- Para prevenir la comisión de una infracción castigada con tres años de prisión, o que implique el uso de la violencia, o que pongan en peligro un interés financiero importante, o que se realice por un gran número de personas que actúen con un mismo fin;
- Cuando esté en peligro la seguridad económica del país.

El juez no tiene ningún poder de control sobre las escuchas. Las personas que descubren haber sido objeto de escuchas pueden interponer un recurso ante un tribunal especial compuesto por abogados nombrados por el Gobierno. El tribunal que conozca del caso tiene el deber de comprobar si se han aceptado las condiciones legales de la escucha realizada.

Por lo que respecta a los registros domiciliarios, estos pueden ser efectuados por la policía por propia iniciativa o en virtud de mandamiento del juez de paz. No se requiere del consentimiento del afectado.

La policía puede actuar sin mandamiento cuando tiene razones serias para creer que un sospechoso se encuentra en el lugar donde ha de efectuarse el registro. La policía puede también proceder al registro en el domicilio de la persona legalmente detenida, siempre que esta persona ha cometido una infracción cuya pena determinada por la ley se eleva a cinco años de prisión. Fuera de este caso la policía debe solicitar un mandamiento del juez de paz.

Por lo que hace a los cacheos, éstos se autorizan después de la detención de la persona. La policía podrá entonces proceder a ello si tiene motivos suficientes como para creer que el detenido posee objetos relacionados con la infracción o que le permitirían fugarse. Si el cacheo tiene lugar en un lugar público la policía no puede requerir a la persona para que se despoje de otras prendas de vestir que no sean el abrigo, la chaqueta o guantes.

En la etapa policial la búsqueda de las pruebas corresponde a la policía y al acusado. La policía tiene en principio un deber de buscar las pruebas de cargo y de descargo. El acusado tiene un derecho teórico de buscar las pruebas, pero en la práctica sólo dispone de pocos medios para hacerlo, pues no tiene poder coactivo, ni en general, medios económicos suficientes.

El juez participa indirectamente en la búsqueda de las pruebas mediante los mandamientos que permiten a la policía actuar. Una vez recogidas por la policía las diferentes pruebas, corresponde a las partes servirse de ellas y practicarlas en la vista del juicio; la búsqueda de las pruebas se realiza en la fase de investigación y de juicio oral cuando el acusado no se ha declarado culpable. La prueba no puede practicarse libremente, pero los límites impuestos a la práctica de la prueba no se refieren a los mismos extremos en la fase de investigación policial que en la fase de juicio.

En cuanto a la admisión de pruebas, ésta corresponde al juez, como encargado de velar por la equidad de los debates, el juez debe rechazar los medios ilícitos de obtención de pruebas y los medios ilícitos de pruebas. La admisión se limita por el hecho de que el juez puede rechazar las pruebas obtenidas ilegalmente.

En la práctica, los tribunales no rechazan siempre los indicios sólidos de la policía, incluso si han sido obtenidos ilegalmente, por lo que hace a las confesiones obtenidas ilegalmente, obliga al tribunal rechazarlas, siendo considerada ésta como ilegal si fue obtenida por presión o amenaza, o si ha sido obtenida de manera que la priva de fuerza probatoria (por ejemplo, si el sospechoso se encontraba en un estado de debilidad mental en el momento de su confesión).

En Inglaterra el principio que rige para la valoración de las pruebas es el de la prueba libre, pero este principio tiene dos excepciones al principio de la libre valoración de la prueba. La primera esta unida a la peculiaridad del procedimiento cuando el acusado se declara culpable, la segunda excepción se deriva de la fuerza que reviste el derecho del acusado a guardar silencio en el proceso penal inglés. Cuando el acusado se declara culpable, el juez debe condenarlo automáticamente, sin que se practiquen pruebas. Pero en este caso no se trata de una valoración de la prueba por el juez, sino de una aprobación por éste de la declaración de culpabilidad del acusado.

El jurado solo interviene en el caso de que el acusado alega no ser culpable ante el *Crown Court*. Su función es la de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado, pero tiene la misma limitación que el juez cuando aprecia las pruebas. Estas tienen que practicarse ante él, y el juez debe informarle de las normas relativas a la apreciación de las pruebas.

## SISTEMA FRANCÉS

En el Derecho Procesal Francés se reconoce un poder de investigación a todos los sujetos públicos del proceso:

- la policía encargada de buscar a los autores de infracciones y de reunir las pruebas realiza investigaciones; sus poderes son más extensos en materia de *crimes o delits* flagrantes que en el marco de una investigación preliminar;
- El Fiscal de la República realiza u ordena realizar las actuaciones necesarias para la investigación y persecución de las infracciones penales; a este fin dirige la actividad de los oficiales de la policía judicial y tiene los mismos poderes de investigación que éstos, puede además, requerir la apertura de una instrucción;
- El juez de instrucción realiza todos los actos de instrucción que considere útiles para el descubrimiento de la verdad, ya directamente, ya por mediación de un oficial de la policía judicial (por exhorto).
- El tribunal enjuiciador puede ordenar ciertas investigaciones, incluso designar a uno de sus miembros para que realice una información suplementaria; puede ordenar cualquier acto de instrucción útil; y, después durante la vista adoptar las medidas que crea útiles para el descubrimiento de la verdad, como llamar u oír a cualquier persona o hacer que se practique cualquier diligencia nueva.

Durante mucho tiempo, la escucha de conversaciones telefónicas de una persona sospechosa de estar implicada en un *crime o delit* sólo tuvo como único fundamento legal el artículo 81 del Código Procesal Penal; la jurisprudencia, sin embargo había determinado condiciones mas precisas para la licitud de este medio de investigación.

Con posterioridad con la ley de 10 de julio del 1991, la interceptación, la grabación y la transcripción de correspondencias emitidas por la vía de telecomunicaciones, pueden ordenarse por el juez de instrucción (si la pena en que se incurra es superior o igual a dos años de prisión ), por una duración máxima de cuatro meses, y en una línea identificada. Estas operaciones pueden ser efectuadas, bajo la autoridad y control del juez, por un oficial de la policía judicial designado por aquél, eventualmente asistido por un agente de telecomunicaciones. Las fechas y

las horas del comienzo y del fin de cada operación son recogidas en un acta. Las correspondencias que puedan ser útiles para el descubrimiento de la verdad son transcritas (traducidas si están en lengua extranjera). Las grabaciones son destruidas al vencer el plazo de prescripción de la acción penal.<sup>34</sup>

Ninguna interceptación puede tener lugar en la línea telefónica de un abogado (o de un parlamentario) sin que el juez de instrucción haya informado al decano (o al presidente de la Asamblea Nacional o del Senado).

Por lo que hace a los registros éste implica la búsqueda, en el interior de un lugar normalmente cerrado, especialmente en el domicilio de un particular, de indicios que permitan acreditar la existencia de una infracción o de terminar el autor.

Los registros pueden efectuarse por el juez de Instrucción en todos los lugares donde pueden encontrarse objetos útiles para el descubrimiento de la verdad.

En ausencia de un exhorto del juez de instrucción, los oficiales de la policía judicial no pueden efectuar registros en el domicilio de una persona sin su consentimiento, excepto cuando aparezca que ha participado en un *crime o delit* flagrante, revelado por un indicio de conducta delictiva, o si parece que esta en posesión de piezas u objetos relativos a esos hechos.<sup>35</sup>

Fuera de estos casos, los registros solo pueden ser efectuados con el consentimiento expreso y escrito de la persona en cuya casa tiene lugar. Los registros no pueden realizarse antes de las seis horas ni después de las veintiuna horas, salvo a petición del interior de la casa.

En este sistema los medios de prueba son numerosos (actas oficiales, indicios, piezas de convicción, confesiones o declaraciones del acusado, testimonios) y su modo de obtención está estrictamente regulado por el Código Procesal Penal

---

<sup>34</sup> Ibidem. p.302.

<sup>35</sup> Idem.

(actas, reconocimiento judicial, pericias, registros y secuestros, interrogatorios, careos y audiciones).

La búsqueda de prueba de una infracción incumbe al ministerio fiscal y a la policía, así como al juez que conoce del asunto. Por lo que hace a su admisión, solo puede admitirse una prueba cuando se ha obtenido legalmente y sin lesionar los derechos de la defensa. Por ejemplo no se admiten las confesiones hechas bajo hipnosis, o la comprobación de infracciones consecuencia de una investigación policial desleal, o las actas e informes irregularmente obtenidos.

Además en la vista del juicio, solamente se admiten las pruebas practicadas durante la audiencia y debatidas contradictoriamente. Sin embargo el principio de legalidad, que limita la admisión de pruebas, sólo rige para los sujetos públicos del proceso penal. En efecto, el tribunal de casación ha declarado que los jueces penales no pueden excluir los medios de prueba presentados por las partes por el único motivo de haber sido obtenidos de manera ilícita o desleal; les corresponde solamente apreciar el valor probatorio. La justificación de esta excepción se funda en parte en el hecho de que los actos realizados por la parte civil, o por el acusado no son actos de instrucción, y que, en consecuencia, escapan a la nulidad.

Valoración de la prueba.- En principio, las infracciones pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, y el juez decide según su libre convicción. Las pruebas se dejan a su libre apreciación (incluidas la confesión o las conclusiones de perito), por lo que no tiene que dar explicaciones sobre las que retiene o excluye.

## SISTEMA ITALIANO

La Constitución Italiana regula en sus artículos 13 al 15, las garantías y derechos de los ciudadanos, entre los que se encuentran la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, los cuales establecen: <sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> [www.der.uva.es/constitucional/verduga/constitucion\\_italiana](http://www.der.uva.es/constitucional/verduga/constitucion_italiana). “Constitución Italiana” 17 de septiembre del 2005.

“Artículo 13.- La libertad personal es inviolable. No procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por razonado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y del modo previstos por la ley. En casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley, la autoridad de orden público para adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por esta en las cuarenta y ocho subsiguientes, se consideraran revocadas y no surtirán efecto alguno. Se castigará toda violencia física y moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad. La ley establecerá los límites máximos de la detención preventiva.

Artículo 14.- El domicilio es inviolable. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales.

Artículo 15.- Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismos solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley. “

En el sistema italiano el control de la identidad corresponde a la policía judicial, esta puede proceder a la identificación de la persona contra la que se ha abierto una investigación y de las personas que puedan proporcionar datos útiles para la reconstrucción de los hechos.

Los careos y reconocimientos son de la competencia del ministerio fiscal, que puede, sin embargo, delegarlos a la policía judicial cuando la persona objeto de la investigación debe participar en ellos y no están en prisión provisional. El ministerio fiscal, cuando se hace necesaria para continuar la investigación, puede acordar el reconocimiento de personas o de cosas y de cuanto puede ser objeto de percepción sensorial.

La inspección de personas, de lugares y de cosas es una actuación que el ministerio fiscal puede delegar en la policía judicial. Se acuerda por auto motivado de la autoridad judicial cuando resulta necesario hacer constar las huellas y los

efectos materiales de la infracción. La operación debe ejecutarse respetando la dignidad y, dentro de lo posible, el pudor de la persona objeto de la misma. Un cacheo puede acordarse si hay motivo para pensar que una persona disimula en ella el cuerpo del delito o cosas relacionadas con la infracción. El cacheo debe ejecutarse dentro de los límites establecidos para la inspección.

En los casos especiales de flagrancia o de evasión, los oficiales de policía judicial están habilitados para proceder al registro del lugar por su propia iniciativa. El acta debe remitirse sin demora, y en todo caso dentro de las 48 horas, al ministerio fiscal, que convalida el registro cuando se han cumplido las condiciones legales.

El Código Italiano distingue el secuestro probatorio de los secuestros con fines de conservación y prevención. Respecto al secuestro del cuerpo del delito o de cosas en relación con la infracción que son necesarias para la acreditación de los hechos, la autoridad judicial lo lleva a efecto ella misma a menos que haga uso de una delegación de competencia a favor de los oficiales de la policía judicial.

Los oficiales de la policía judicial pueden proceder, en su caso, al secuestro del cuerpo del delito y de los objetos que tienen relación con el mismo en caso de comprobaciones urgentes, remitiendo en este caso el acta al ministerio fiscal dentro de las 48 horas para la convalidación o para la restitución de los objetos.

Por lo que hace al secuestro de la correspondencia, puede realizarse en las oficinas de correos el secuestro de objetos de correspondencia que la autoridad judicial crea fundadamente que están destinados al acusado o que están relacionados con la infracción.

En caso de urgencia, los oficiales de la policía judicial pueden ordenar al encargado de correos la suspensión de su distribución, que será efectuada si en las 48 horas siguientes el ministerio fiscal no ha acordado el secuestro<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, Ob. cit. p. 377.

## Pruebas

Los límites generales a la admisibilidad de una prueba forman parte de lo que puede calificarse de “estatuto” de la prueba regulada por el Código. A la delimitación del tema de la prueba corresponde una mayor libertad respecto a los medios de prueba, pudiendo el juez en lo sucesivo estimar una solicitud de admisión de una prueba no prevista por la ley. La obtención de una prueba no puede, en todo caso, resultar de la utilización de métodos o técnicas que alteren la autodeterminación del individuo o su capacidad de recordar los hechos y de apreciarlos. La sanción general aplicable a las pruebas obtenidas al margen de las prescripciones de la ley es la imposibilidad de utilizarlas y promover su nulidad.

### **PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS PENALES DE EUROPA**

En el Derecho Francés es fundamental de que la culpabilidad del acusado sea acreditada mediante pruebas, e igual ocurre con los Derechos Alemán y Belga.

En estos sistemas de inspiración francesa, esta obligación no desaparece en el caso de que el acusado, en la fase preparatoria o del enjuiciamiento se declare culpable; si el acusado admite los hechos, su confesión no es una prueba como las demás, pues, el tribunal no está obligado a admitirla y conserva su libertad de dictar la absolución; al contrario en Inglaterra como en los demás países de Common Law, el hecho de que el acusado se declare culpable es concluyente; la persecución queda inmediatamente dispensada de su carga probatoria, y el tribunal solo puede condenar al acusado, incluso si no está íntimamente convencido de su culpabilidad.

En toda Europa la presunción de inocencia es reconocida como un principio cardinal del sistema penal. En los cuatro países continentales, donde el Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica directamente, la presunción de inocencia encuentra una base legal, la cual dice “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente

declarada; en Francia y en Italia, la presunción se basa igualmente en el derecho interno. En Francia, el principio se deriva de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 actualmente incorporada al “bloque constitucional”; y en Italia está reconocida constitucionalmente; en Inglaterra, el principio carece de base legal, como casi todos los demás principios fundamentales del proceso penal.

Hay casos en los que la carga de la prueba de los hechos justificativos o de causas de ininputabilidad recae sobre el acusado. El Derecho Francés, parece imponer al acusado la carga de la prueba de hechos justificativos como la legítima defensa, y también de causas de inimputabilidad como la fuerza o la enajenación mental que priva de discernimiento. En Derecho Ingles ocurre lo mismo como la demencia, pero actualmente la situación respecto a la mayor parte de los demás medios de defensa es inversa: el acusado tiene la obligación de alegarlas aportando las pruebas, pero una vez planteada la cuestión corresponde a la prosecución convencer al tribunal de que el hecho justificativo o la causa de inimputabilidad no existen.

En la mayoría de los países europeos la prueba es libre, en el sentido de que todo medio pertinente puede, en principio, servir de prueba, a diferencia de otros sistemas no emplean la prueba legal.

## LA PRUEBA ILEGAL O ILÍCITAMENTE OBTENIDA

Una categoría presente es la de la prueba viciada, por la razón del medio empleado para obtenerla. La admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas por haber sido obtenida de manera lícita o ilícita, plantea cuestiones contradictorias.

Por una parte, la noción relativamente sencilla de que ciertas normas sobre la búsqueda de la prueba existen para asegurar la calidad de las pruebas, implica que la violación de tales normas debe llevar a rechazar la prueba en la medida en que este incumplimiento ponía en duda la fiabilidad de la prueba. Pero la cuestión

es más complicada. La idea de que la ley, sin tener en cuenta la fiabilidad o no fiabilidad de las pruebas, debe estimular a la policía a respetar los límites de sus poderes; además las normas que limitan los poderes de la policía están para proteger la libertad del ciudadano, ejerciendo siempre una presión en sentido inverso, existe la necesidad de castigar los criminales, sobre todo los que han cometido delitos muy graves. Si los cacheos y los registros ilegales son deplorables, infracciones como la violación, la tortura, el homicidio y el robo a mano armada son evidentemente mucho peores. Cuando un indicio ilegalmente obtenido prueba que un acusado es culpable de alguna de esas infracciones, trae como consecuencia suprimir dicho indicio, de manera que el criminal puede escapar de la justicia. Además la ley tiene la difícil tarea de conciliar estas diversas exigencias y de encontrar un equilibrio entre estas tensiones que la influyen en dirección opuesta.

En Italia, parece haber una posición más estricta en materia de pruebas ilegalmente obtenidas. El artículo 191 del Nuevo Código Procesal Penal Italiano dispone que: “las pruebas adquiridas en violación a las prohibiciones previstas por la ley no pueden ser utilizadas”.

La posición del Derecho Inglés es más flexible. El artículo 76 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* impone una prohibición total de utilización como prueba de una confesión que ha sido, obtenida mediante presión, o como consecuencia de un comportamiento que tiende a hacer la confesión del sospechoso menos creíble. Además el artículo 78 de la ley concede al tribunal el poder discrecional de rechazar la prueba propuesta por el fiscal. Este artículo permite rechazar una confesión que si bien no ha sido obtenida en las circunstancias en las que el artículo 76 prohíbe su utilización, lo ha sido sin respetar las normas sustanciales, en especial no respetando las normas sobre la redacción de las declaraciones que sofocaba la fiabilidad de la declaración hecha ante la policía, o por no respetar el derecho a la asistencia de abogado en la comisaría. Permite igualmente rechazar una confesión que la policía ha obtenido mediante una astucia que el tribunal considera gravemente ilícita. El artículo 78

concede al tribunal, sin embargo, el poder discrecional de rechazar una prueba más que imponerle que lo haga. En asuntos graves, los tribunales ingleses se inclinan a admitir la prueba de la confesión obtenida por medios discutibles, al menos cuando no hay duda de su veracidad.

En Francia como en Inglaterra, no hay prohibición total respecto a la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas. La ley, sin embargo es más complicada. En Francia el resultado no depende de la valoración discrecional del tribunal, como ocurre en Inglaterra, sino de la naturaleza de la norma que ha sido vulnerada. La prueba puede ser viciada de nulidad cuando no se respetan ciertas normas sobre la búsqueda de la prueba. Existen dos clases de nulidades: la primera es la nulidad legal en la que se incurre cuando la ley sanciona expresamente con la nulidad la inobservancia de una norma. La segunda es la nulidad sustancial o virtual, que se produce cuando la jurisprudencia, no obstante la ausencia de texto legal que prevea expresamente la sanción de nulidad, estima que la norma es lo suficientemente importante para acordarla.

En el Derecho Francés, en caso de violación de las formas previstas por la ley bajo sanción de nulidad o de inobservancia de formalidades esenciales, el órgano judicial que conoce de una petición de nulidad o que la advierte de oficio sólo puede declarar la nulidad cuando atenta a los intereses de la parte afectada.

En Bélgica, estas cuestiones se plantean en términos de nulidad procesal. En el derecho belga, la evolución de la jurisprudencia lleva a la posición de cuando el procedimiento de investigación utilizado, o las condiciones en las que la prueba ha sido obtenida, son susceptibles de nulidad, la persecución penal esta irremediabilmente viciada y la sentencia que se funde después sobre esta prueba es nula.

El Derecho Alemán a este respecto es bastante complicado, ya que impone la prohibición total de utilizar como prueba confesiones obtenidas por métodos expresamente prohibidos. Por lo demás, no obstante, el derecho es ampliamente

jurisprudencial. Esta jurisprudencia distingue dos conceptos: *Beweiserhebungsverbot*, que es la prohibición de un cierto método para obtener una prueba; y *Beweisverwertungsverbot*, que es la prohibición impuesta al tribunal de utilizar una cierta prueba. Para que el tribunal tenga que suprimir una prueba, es preciso que se trate de un *Beweisverwertungsverbot* mas que de un *Beweiserhebungsverbot*. Por ejemplo, los resultados de una escucha telefónica legalmente autorizada en un determinado asunto no son utilizables como prueba en un asunto distinto. La jurisprudencia ha llegado a admitir también casos de invalidez de la prueba para proteger la intimidad de la vida privada; así ha rechazado en varias sentencias las grabaciones clandestinas.

La declaración del acusado obtenida en violación de su derecho al silencio constituye uno de los aspectos del problema de las pruebas obtenidas por medios inaceptables. La cuestión más o menos discutida a este respecto es la de la posibilidad de utilizar la declaración del sospechoso hecha sin haber sido advertido de su derecho a callarse.

## **CAPÍTULO IV**

### **¿PRUEBA IRREGULAR O PRUEBA ILÍCITA?**

Comenzaremos el presente capítulo, definiendo lo que son los elementos de prueba, no obstante que se hayan estudiado los mismos en el capítulo segundo de presente trabajo.

Entendemos como elementos de prueba los datos o circunstancias debidamente comprobados mediante la producción de los medios de prueba que se introducen objetiva y regularmente al proceso, los cuales le son útiles al juez para llegar a la verdad histórica buscada.

Así, los elementos de prueba son obtenidos e incorporados al proceso mediante procedimientos que la ley procesal de la materia prevé para tales supuestos.

En consecuencia, siendo necesario el obtener dichos elementos por ser útiles en una causa penal ante la investigación de un delito, la Constitución permite que dichas garantías, que no son absolutas sino limitadas para supuestos como estos, se proceda a la obtención del elemento probatorio mediante los procedimientos procesales que siendo reglamentarios de las garantías constitucionales constituyen las vías para el logro del elemento y su incorporación a la causa, por ejemplo: mediante el allanamiento de domicilio con orden judicial y la interceptación de comunicaciones también con orden fundada del Órgano Judicial.

Por lo que, las leyes procesales normativizan sobre: el registro de lugares o domicilio, el allanamiento de domicilio, la requisa personal, el secuestro, la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones telefónicas; temas que no encontramos dentro del concepto de medios probatorios sino que, por su naturaleza, son medidas de coerción real, no obstante

que ambos, tengan la misma finalidad que es la obtención e incorporación al proceso de elementos de prueba.<sup>1</sup>

El ser humano está protegido de las molestias o indiscreciones, que le produce el hecho de que otro u otros tomen conocimiento de hechos personales que desea mantener ocultos. Por lo que a efecto de que su integridad moral y anímica no se vea perturbada, el orden jurídico tutela sus derechos velando por el respeto a su intimidad y privacidad inherentes a la persona humana.

La protección jurídica del derecho a la intimidad la encontramos regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como en otras disposiciones internacionales, tales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12; en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del artículo 11, incisos 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la Conferencia Nórdica celebrada en Estocolmo el 22 y 23 de mayo de 1967, a iniciativa de la Sección Sueca de la Comisión Internacional de Juristas, a la que asistieron juristas de diversas partes del mundo, se estimó necesario hacer una enumeración de los supuestos de vulneración a la vida privada, estableciéndose los siguientes:

- 1) El registro de la persona.
- 2) La entrada a recintos y otras propiedades y su registro.
- 3) Los exámenes médicos y psicológicos y pruebas de aptitud física.
- 4) Las declaraciones embarazosas, falsas o fuera de propósito acerca de una persona.
- 5) La violación de la correspondencia.
- 6) La interceptación de instalaciones telefónicas o telegráficas.
- 7) El uso de vigilancia electrónica u otros dispositivos de espionaje.

---

<sup>1</sup> JAUCHEN, Eduardo M., Ob. cit., p. 54.

- 8) Las grabaciones de sonidos y las tomas de vistas fotográficas o cinematográficas.
- 9) Las importunidades de la prensa u otros medios de comunicación de masas.
- 10) La revelación de información, ya sea dada a asesores privados o autoridades publicas obligadas al secreto profesional, o recibida de ellos.
- 11) La revelación pública de asuntos privados.
- 12) El hostigamiento de la persona (acosar, observar, exponer a llamadas telefónicas).

A continuación, estudiaremos algunos de los procedimientos procesales que se utilizan para la obtención de elementos de prueba, los cuales no se encuentran dentro de los medios de prueba, sin que ello quiera decir que los mismos se encuentren prohibidos por la norma, ya que son permitidos siempre y cuando se cumpla con las formalidades que exijan los mismos.

#### **A. REGISTRO DOMICILIARIO.**

CONCEPTO. El registro de lugares o domicilios es la actividad cumplida por el Órgano Jurisdiccional (o por funcionarios de la policía o el fiscal como delegados de aquél), con la finalidad de hallar a un imputado, objetos o rastros relacionados con el delito, los cuales se encuentran situados en un determinado lugar, generalmente cerrado, para proceder a su incautación, ya sea detención o secuestro, y a su conservación a los fines del proceso.<sup>2</sup>

Por “lugar” debe entenderse todo sitio de algún modo delimitado y dentro del cual alguna persona o autoridad tiene la posesión o tenencia con derecho a la exclusión de otros.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ibid. p. 64.

<sup>3</sup> Ibidem. p. 77.

El concepto de entrada es muy amplio, pues no solo ha de entenderse por tal la penetración directa, sino también la realizada por medio de aparatos mecánicos, electrónicos y otros análogos, alcanzando la regla de la inviolabilidad del domicilio.

Por lo que respecta a la definición de domicilio, el Derecho Español en sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1996, estableció el siguiente concepto: a) el espacio en que la persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convencionalismos sociales; b) el lugar en el que el sujeto ejercita su libertad más íntima, como emanación natural de la propia persona, en definitiva donde se desarrolla lo que se ha denominado la privacidad de la persona a través de la cual proyecta su “yo anímico” en múltiples direcciones; y c) el local, por precaria y humilde que sea su construcción, en donde la persona vive y se cobija, para cumplir con sus obligaciones y con el ejercicio de sus derechos, lo mismo si es habitual, que si es accidental o transitorio, sin llevar consigo necesariamente ni la propiedad ni la posesión arrenditicia.<sup>4</sup>

## **1. FUNDAMENTO LEGAL.**

La meta de la averiguación de la verdad real en el proceso penal y su consecuente principio de la “libertad probatoria” tiene su limitación en la Constitución al establecer en su artículo 16, párrafo primero que dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

La primera cuestión de relevancia respecto a su reglamentación es establecer cuál es la “autoridad competente” para ordenar legítimamente el registro de un domicilio, pues la Constitución no lo dice expresamente. Sin embargo de una correcta interpretación de la ley suprema, se desprende que dicha autoridad es la judicial. Está por ende dentro de las facultades de los jueces el determinar en qué

---

<sup>4</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La Prueba Ilícita Penal: estudio y jurisprudencia*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 150.

casos procede un registro o allanamiento domiciliario y ordenarlo conforme a las leyes que reglamentan este procedimiento.

Así también encontramos que la ley reglamentaria de la garantía a que se refiere la Constitución, es la ley que regula el procedimiento penal, toda vez que la misma es la que determina los medios de prueba, los métodos de investigación y sus formas; en consecuencia corresponderá, conforme al régimen local al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el de cada uno de los Estados y en materia federal al Código Federal de Procedimientos Penales.

Así, la protección jurídica del domicilio, a nivel internacional lo encontramos regulado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”); La Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950), dispone en su artículo 8.1 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y en el apartado 2, que “no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de éste derecho sino en tanto en cuanto esta inferencia éste prevista por la ley y constituya una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.<sup>5</sup>

Se protege la inviolabilidad del domicilio con carácter de derecho fundamental frente a invasiones o agresiones de otras personas o de la autoridad pública, ya que constituye una manifestación de la protección constitucional de la vida privada de las personas y de su intimidad personal y familiar.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba Penal*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 795.

<sup>6</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Ob. cit., p. 141.

El Autor Eduardo Jauchen establece que la palabra “registro” no esta empleada en su sentido gramatical sino en el de búsqueda, pesquisa, escudriñamiento de lugares en procura del hallazgo de objetos relacionados con el delito objeto del proceso y a los fines de su incautación. Asimismo la ley, con respecto al registro no alude al término “domicilio” como destino del mismo, sino al de “lugares”, aun cuando dentro de este último concepto quede comprendido un domicilio. De donde se concluye que la disposición está destinada a regular la búsqueda en lugares que de alguna manera se encuentran delimitados, o dentro de los cuales alguna persona o autoridad tiene la posesión, tenencia o cualquier derecho real con exclusión de otra persona.<sup>7</sup>

## **2.- EXCEPCIONES**

Por tratarse de una medida procesal que establece una excepción a la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, es imprescindible que se presenten ciertos requisitos y exigencias para poder proceder al mismo, sin los cuales la diligencia podría declararse nula y se aplicaría la regla de exclusión probatoria con su proyección de invalidez de los elementos incautados y de todos aquellos que se conocieren con posterioridad a raíz del mismo.

El primer requisito que la ley exige es que el Órgano Jurisdiccional, en el curso de una investigación, adquiera mediante otros datos, objetivamente ya conocidos, la sospecha fundada de que en determinado lugar se puede encontrar algún elemento de prueba relacionado con el delito, o la detención del imputado o evadido o sospechoso de criminalidad. De esta manera la norma establece el límite a la arbitrariedad del Juez al exigir indicios o motivos suficientes, y al mismo tiempo garantiza al ciudadano la garantía constitucional. Sin embargo es preciso señalar que no resulta suficiente cualquier indicio o dato, éstos no pueden basarse en meros rumores o comentarios equívocos, sino en datos previamente comprobados objetivamente en la causa por el juez o por la autoridad policial

---

<sup>7</sup> JAUCHEN, Eduardo M., Ob. cit., p. 77.

como auxiliar en la investigación. Sólo de esta forma puede el juez evaluar la procedencia y necesidad de la medida y en consecuencia tener los elementos suficientes para fundar su orden de registro determinando el lugar preciso y detallando los elementos a secuestrar o personas a detener.

Una vez que el juez ha verificado la existencia de datos objetivos que indiquen la necesidad y la justificación de ordenar el registro, puede personalmente realizar la diligencia o bien delegar dicha actividad en el ministerio público o autoridad policial, pero en ambos supuestos es indispensable el previo dictado de una resolución que se exige bajo la forma de “auto fundado”; este requisito debe contener en forma motivada las razones por las cuales el juez considera necesario la realización de la medida, los motivos que la inducen –los cuales deberán surgir de los datos objetivos obtenidos o suministrados de los cuales se deberá dejar constancia en la resolución-, debiendo especificar el lugar preciso donde debe llevarse a cabo el registro, individualizándolo de la mejor manera posible con todos los datos con que cuenta, y finalmente especificar cuál es la finalidad de la medida. Así mismo debe contener el auto con precisión que es exactamente lo que la policía está facultada a revisar y eventualmente a secuestrar, con lo cual se limita razonablemente su accionar sólo a los fines de proceder en congruencia con los motivos que suscitan la medida.

Sin embargo, cuando el juez opte por delegar la diligencia en los funcionarios policiales o el ministerio público, la ley requiere el libramiento de una “orden escrita”, la cual deberá contener la identificación de la causa en la que se libra, la indicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad con que se practicará el registro y la autoridad que lo llevará a cabo, así como también si éste queda autorizado para comisionarla a subalternos; la omisión de la orden escrita conlleva siempre a la nulidad de la medida por derivación de la garantía constitucional que tutela el objeto de la misma.

Una vez practicado dicho registro se deberá elaborar el acta correspondiente en la que conste toda la actividad llevada a cabo y fundamentalmente las descripciones

e individualizaciones de los objetos secuestrados o rastros hallados, para lo cual deberán valerse de la asistencia de dos testigos de actuación, ya que sin la presencia de dichos testigos, puede declararse nula dicha diligencia; asimismo deberá ser efectuado en un horario diurno, de las seis de la mañana a las seis de la tarde, a no ser cuando la diligencia sea urgente, declarada así en la orden previa, lo anterior con fundamento en el artículo 153 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal.

A dicha diligencia pueden asistir las partes, en cuyo caso podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen pertinentes o pedir que se haga constar en el acta cualquier irregularidad; si el juez niega alguna de estas pretensiones, su resolución es irrecurrible.

Los defensores de las partes tienen derecho a asistir a los registros domiciliarios, siempre que por la naturaleza y características deban considerarse definitivos e irreproducibles, también podrán asistir el imputado y el ofendido, sin embargo no debe notificárseles previamente, lo anterior a efecto de no frustrar el éxito del procedimiento.

Por lo anterior, es que tratándose de aquellas diligencias de entrada y registro en las que no existe autorización judicial o consentimiento del interesado, son nulas de pleno derecho, ya que no nos encontramos ante un supuesto establecido por la ley, y estaríamos ante pruebas obtenidas con violación de un derecho o libertad fundamental; al respecto el autor Eduardo de Urbano Castrillo manifiesta que en dicha diligencia se habrá cometido un delito de allanamiento de morada,<sup>8</sup> ante lo cual habría que ponderar la trascendencia de lo omitido o irregularmente realizado en relación con el derecho fundamental de que se trata, si se ha producido o no indefensión, ya que la diligencia puede ser nula, o solo meramente anulable, ya que en el primero de los casos el precepto infringido es esencial, tanto por la magnitud de la vulneración de las normas y principios procesales, como por su

---

<sup>8</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Ob. cit., p. 144.

efecto; y por lo que hace al segundo de los casos no se vulnera un requisito esencial.

Así mismo encontramos dentro de este tipo de pruebas el allanamiento de domicilio el cual se define como “un acto de coerción real limitativa de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quién está protegido por esa garantía, cumplido por una autoridad judicial con fines procesales, y legitimado solamente cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley normativa aplicable a dicho acto.”<sup>9</sup>

No cualquier registro de un lugar lleva a un allanamiento sino sólo cuando se deba registrar una morada, o sea en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, quedando excluido cualquier lugar que aunque se encuentre cerrado no esté destinado a la habitación particular, no obstante dicha diligencia tiene los mismos requisitos de procedencia del registro, correspondiendo a la legislación procesal determinar como ley reglamentaria de la garantía constitucional, los casos en los que el allanamiento es procedente y los requisitos para el mismo.

El allanamiento domiciliario debe cumplirse por el juez personalmente, o bien, por la autoridad pública en que éste haya delegado expresamente su realización, con la debida individualización del comisionado. En caso de delegación resulta necesaria la orden escrita emanada del propio juez. Éste es el principio, previendo las leyes procesales la clara enumeración de las excepciones en las cuales la autoridad policial está facultada para proceder directamente sin orden judicial.

## **PROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO DOMICILIARIO**

Al igual que para el registro, el allanamiento de domicilio no sólo lo puede decidir el juez de oficio, sino que están facultadas las partes para proponerlo como

---

<sup>9</sup> JAUCHEN, Eduardo M, Ob. cit., p. 79.

diligencia durante la instrucción. Puede también solicitarlo la autoridad policial o administrativa. Pero lo importante es que cualquiera, sea la parte o autoridad que solicite el lugar a registrar, el allanamiento debe siempre estar ordenado exclusivamente por el Órgano Judicial.

El juez, frente a la verificación de que existen motivos suficientes que debe haber obtenido previamente de datos que obran en la investigación, debe dictar una resolución fundada en la que se especifiquen los referidos motivos que legitiman la procedencia del allanamiento, esto es, la existencia de los mismos para presumir que en el lugar a allanar existen cosas relacionadas con el delito o que allí puede procederse a la detención del imputado. Esta resolución debe basarse en los datos previamente obtenidos, no pudiendo ser arbitraria sino debidamente motivada, y sólo en los supuestos en que resulta procedente.

En el caso de que el juez no proceda personalmente a efectuar el allanamiento, supuesto en el que solo será menester la exhibición de una copia del auto fundado que hubiere dictado a tal efecto, y decida delegar la realización de la diligencia, debe expedir una orden escrita, la que deberá contener el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse, la facultad de utilizar la fuerza pública si el destinatario de la orden no fuere un funcionario policial y el nombre del comisionado, el que al practicar la diligencia deberá realizar un acta con la asistencia de dos testigos de actuación en la que conste todo lo relativo a la labor realizada. La orden judicial para practicar visitas domiciliarias se hace imperativamente necesaria cuando existe oposición por parte del titular de la vivienda a pesquisar pero no cuando la persona requerida autoriza la inspección.

La fijación de un horario determinado por la ley tiene como propósito proteger el descanso y la tranquilidad de sus habitantes.

Las leyes también autorizan a proceder al allanamiento a cualquier hora cuando se trate de casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público.

Otro tema es el relacionado con el objeto concreto que tiene como destino el allanamiento y que, como vimos en el registro domiciliario, debe constar con precisión en el auto fundado y en la orden de allanamiento; esto es, la mención específica de qué lugares serán objeto de registro y a qué objetos o elementos de prueba está destinado el mismo a los fines de su secuestro; pues no es admisible que la autoridad delegada proceda sin límites a pesquisar en cualquier lugar o a secuestrar objetos no relacionados con los motivos que dieron lugar a la medida, lo cual significaría un desborde de sus facultades violatorio de la privacidad inherente al domicilio particular.

## **REQUISA PERSONAL**

CONCEPTO.- Dentro de la investigación por la supuesta comisión de un ilícito de relevancia penal, resulta a menudo necesario, a los efectos del secuestro o verificación de objetos, rastros o huellas relacionadas con aquél, la revisión de una persona, tanto en su cuerpo, vestimenta, como de las cosas que lleva consigo. Evidentemente que esto importa una intrusión en el ámbito de intimidad del ciudadano. Pero frente a la comisión de un delito la ley procesal, reglamentaria de las garantías constitucionales, establece esa necesaria invasión de la intimidad legitimándola atento a que está en juego el orden público.

El autor Jaime de Lamo Rubio define a las inspecciones e intervenciones corporales como “los actos aseguratorios de la prueba que tienen como común denominador el recaer sobre el cuerpo humano, pero se diferencian en relación con el derecho fundamental sobre el que recaen , así, las inspecciones corporales, afectan al derecho fundamental de la intimidad personal, mientras que las intervenciones corporales afectan al derecho de la integridad física.”<sup>10</sup>

Tal medida constituye otra de las coerciones reales que el orden jurídico permite, reglamentando específicamente las formas y condiciones en que procede. Se

---

<sup>10</sup> DE LAMO RUBIO, Jaime, *El Proceso Penal*, Editorial Bosch, p. 183.

efectúa en la mayoría de los casos como medio para la implementación de otra medida de coerción que es el secuestro de los objetos relevantes hallados.

Consiste en la requisición dentro del ámbito inmediato de custodia del requisado, esto es, en su cuerpo mismo, sus vestimentas u objetos que lleve consigo como un bolso, valija, paquete, cartera, etcétera. Lo importante es que se trate de cosas sobre las cuales el sujeto pasivo de la medida tenga su posesión dentro de la esfera personal y no ambiental.<sup>11</sup>

Puede tratarse de un imputado sobre quien ya se ha promovido una investigación judicial, o bien sobre cualquier persona de la que se presume que lleva, sobre sí o consigo, cosas relacionadas con un delito o que puedan servir de prueba.

Se han postulado en la doctrina y jurisprudencia dos lineamientos interpretativos sobre el alcance de la requisa en cuanto a lo que puede ser objeto de la misma; una que, podríamos llamar tesis restrictiva, y la otra, la tesis amplia.

Según la tesis *restrictiva* se sostiene que las cosas que no lleva sobre sí, sino consigo, es decir que tiene en sus manos o las que están cerca o van con ella, no forman parte de las que son objeto de la requisa personal porque no se encuentran sobre la persona, como un bulto, una bolsa, etcétera. Sustentándose incluso la sutileza de que son objeto de requisa las cosas que se tienen “escondidas” en las manos, por ejemplo entre los dedos, pero no aquellas que “tiene en sus manos”.

También quedan excluidas las cosas que aunque han estado sobre la persona se encuentran en el momento separadas de ellas, como un sombrero o un par de guantes. El sustento de tal postura es un extremado apego a la literalidad de la norma legal cuando alude a que la requisa procede cuando una persona “oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito”.

---

<sup>11</sup> Jauchen, Eduardo M., Ob. cit., p. 111.

La tesis *amplia*, por el contrario, considera como objeto de la requisa no sólo las cosas que la persona lleva en su cuerpo, sino también las que se encuentran dentro de su “ámbito de custodia adherente al mismo”, dentro del “ámbito inmediato de custodia de su esfera personal” de la “esfera de custodia que lo acompaña”, quedando incluidos por lo tanto, los bolsos, valijas, paquetes, etcétera; pero siempre dentro de la esfera personal y no ambiental, pues en este último caso se trataría de objetos a los que sería sólo posible llegar no por vía de la requisa personal sino del registro o allanamiento domiciliario con orden de secuestro.

Luego entonces, el autor Eduardo Jauchen define a la requisa personal como la medida de coerción procesal real por medio de la cual se procura examinar el cuerpo de una persona y las cosas que lleva en sí o consigo dentro de su ámbito de esfera personal, con la finalidad de proceder a su secuestro o verificación, por estar relacionadas con un delito.<sup>12</sup>

## **NEGATIVA DE LA PERSONA A LA REQUISA**

Las leyes procesales prevén que la negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa no se hará obligatoria, salvo causas justificadas. Tal disposición es correcta, pues no es posible, entre otras cosas influenciar de cualquier modo para obtener que la persona suministre prueba en su contra.

El imputado aportará material probatorio a su favor o en su contra sólo voluntariamente, tomando la decisión libremente sin coacciones de ninguna naturaleza; no es posible constreñirlo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Sin embargo, esta garantía y su consecuencia la tendrá el imputado cuando actúa como *sujeto u órgano de prueba* y está obligado a cooperar cuando él mismo sea el portador material del elemento probatorio; pues en este caso no es sujeto sino *objeto de la prueba*. Su libre

---

<sup>12</sup> Ibid. p. 115.

determinación y voluntaria ayuda es garantizada cuando puede aportar, con su conocimiento u obrar, datos o elementos de prueba, pero no cuando el mismo es el investigado en su persona física por contener intrínsecamente la prueba. En estos casos puede ser incluso forzado para lograr la prueba. Se concluye que en todos los supuestos como la requisita personal está obligado al acto que resulta necesario para la investigación. No le esta por ende vedado al juez poder extraer una presunción en su contra en estos casos.

Para proceder a una requisita personal deben existir “motivos suficientes” para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Este requisito tiene como finalidad evitar que la autoridad judicial o el ministerio público proceda en cualquier momento a interceptar en la vía publica o en cualquier otro lugar a un ciudadano y proceder al examen de su cuerpo, vestimenta y cosas que lleva consigo, sin ninguna razón aparente, lo cual sería una violación a la garantía constitucional del derecho a la intimidad.

Será necesario entonces que, para poder interceptar a una persona a los efectos de una requisita personal, previamente se hayan obtenido datos serios y objetivos que hagan concluir que existen motivos suficientes para ello.

En cuanto a los lugares susceptibles de ser requisados no existe limitación alguna. En general tendrá por objetivo todo lo que una persona lleve sobre sí misma, incluyéndose en tal significación la vestimenta exterior y la interior, medias, sombreros, guantes, paraguas, libros, calzado, aparatos de prótesis, anillos, etcétera; o bien, el cuerpo mismo de la persona a los fines de hallar huellas o rastros del delito, como ser manchas de sangre, rasguños, contusiones, tatuajes, etcétera, o para buscar sobre el cuerpo objetos relevantes que pueden encontrarse escondidos en el mismo, pudiendo examinarse a tales fines la boca, el cabello, una peluca, las axilas, el recto, la vagina, los intersticios entre los dedos de los pies o de las manos, las orejas, pudiendo recurrirse a la toma de una muestra radiográfica, ecográfica, u otro medio adecuado para las cosas en que el sujeto se haya tragado el objeto buscado, etcétera.

Modalidades especiales a observar. La primera norma que se debe observar, si bien facultativamente, es la de invitar a la persona a que voluntariamente exhiba el objeto de que se trate. En estos casos la medida deberá llevarse a cabo en lugar y forma tal que de ningún modo afecte el pudor de la persona.

La segunda norma a observar es que cuando se trate de una requisita sobre una mujer, la misma será efectuada por otra mujer. El fundamento de la previsión legal es obviamente la preservación del pudor objetivo de la mujer a examinar.

Una tercera norma exigida por las leyes procesales es que cuando se trate de varias personas a requisar, la medida se tome separadamente. El fin es también en este caso el respeto al pudor objetivo de la persona y tutela de la dignidad humana.

El cuarto requisito es la exigencia del acta que debe elaborarse por el juez, mismo que será asistido por un secretario en caso de que la medida sea realizada por éstos; cuando lo sea por la policía deberán estar asistidos por dos testigos de actuación, siendo necesaria su presencia a tal punto que su ausencia provoca la nulidad del acta. El acta debe contener la fecha, el nombre y apellido de las personas que intervengan, el motivo que haya impedido en su caso la diligencia, la intervención de las personas obligadas a asistir, la indicación de las diligencias realizadas y su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento y si fueron dictadas por el declarante. Terminada la medida el acta debe ser leída y firmada por todos los intervinientes que deban hacerlo, conforme a lo preceptuado; si alguno no pudiere o no quisiere firmar, se dejará constancia de ello.

## **EL SECUESTRO**

El secuestro de cosas u objetos es otra medida de coerción real que como tal conlleva necesariamente una restricción a la libertad de disposición patrimonial del imputado o de un tercero, que limita el derecho constitucional a la inviolabilidad del

patrimonio. Su finalidad es la obtención y conservación de cosas relacionadas con el delito o que puedan servir como prueba del mismo, mientras dura el proceso; al igual que las otras medidas de coerción procesal real.

El secuestro puede ser ordenado, según las circunstancias, como medida única e independiente. Sin embargo, esto será excepcional porque para llegar a concretar esta medida generalmente habrá de ingresar a un domicilio, o extraer el objeto del cuerpo o vestimentas de la persona, con lo cual será menester ordenar conjuntamente el correspondiente registro de morada, allanamiento de domicilio o requisita personal. De allí que el secuestro esté directamente ligado a estas otras medidas coercitivas que son las que viabilizarán la posibilidad de su realización.

Concretamente el secuestro consiste en recoger, tomar, incautar cosas relacionadas con un delito determinado, debiendo procederse a su correcta individualización y luego someterlas a la debida custodia y conservación de su integridad, tendiente a asegurar mediante estos resguardos su presencia con finalidad probatoria en el proceso.<sup>13</sup>

Puede suceder que las cosas le hayan sido entregadas voluntariamente, por ejemplo, por el denunciante o por un testigo, o bien que se trate de una simple incautación en el supuesto de cosas que no estuvieren en tenencia ajena. Puede el juez también ordenar, como medida previa al secuestro, la orden de presentación voluntaria de la cosa a quien la tenga en su poder, como una modalidad que tiene como finalidad evitar proceder a la coerción mediante la utilización de la fuerza pública.

Pero cuando no se presenten ninguno de estos supuestos, en que las cosas no sean presentadas voluntariamente, por propia iniciativa del tenedor o a requerimiento del juez, y se trate de cosas u objetos de los que según lo establecido por la ley son susceptibles de secuestro, no queda otro remedio al

---

<sup>13</sup> JAUCHEN, Eduardo, Ob. cit., pp. 151-152.

Órgano Judicial que proceder a esta medida de coerción con la finalidad de obtener el objeto útil para el proceso.

También hay personas que están eximidas por la ley de la obligación de entregar voluntariamente los objetos relacionados con el delito. Ellos son las personas que puedan o deban que abstenerse de declarar como testigo en razón de parentesco, las que deben guardar secreto profesional, las que deban guardar secreto de Estado, y obviamente, el imputado, quien no está obligado a suministrar prueba en su contra. Esto no significa que los objetos útiles que estén en poder de estas personas se excluyan como prueba, lo que se exime es sólo la posibilidad de requerimiento a que estas personas las presten voluntariamente, pero tratándose de cosas útiles para el proceso se deberá proceder, por lo tanto, directamente a su obtención mediante el secuestro que el juez debe ordenar, lo que generalmente irá acompañado de una orden de allanamiento o requisa personal, según corresponda.

Como medida coercitiva procesal restrictiva de una garantía constitucional, está excluida toda posibilidad de que el secuestro sea efectuado por un particular como acontece; en consecuencia, sólo las autoridades estatales que integran el sistema de persecución penal, predispuestas legalmente con tal finalidad, son las que pueden efectuar esta medida, por lo que están autorizados:

- a. El Órgano Judicial, ya sea el juez de instrucción o correccional, o bien el tribunal del juicio, etapa en la que también se puede ordenar de resultar necesario esta medida.
- b. En casos de urgencia la medida puede ser delegada por el juez en el ministerio público, en cuyo caso la orden será escrita y contendrá el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quienes deberán elaborar el acta correspondiente.

Ahora bien, por lo que hace a las cosas que pueden ser susceptibles de secuestro, técnicamente en Derecho Procesal Penal, con relación a los objetos

susceptibles de ser secuestrados, el término “cosa” se refiere no sólo a aquellos entes materiales o corporizados que tengan algún valor económico, como lo conceptúa el Código Civil, sino que el concepto es mucho mas amplio, abarcando los cuerpos líquidos, sólidos o gaseosos y, cualquier otra cosa aun cuando no tenga ningún valor económico, como ser un cadáver, documentación de toda índole, entendiéndose por tales todo objeto que materializa una actividad humana, como ser papeles escritos, dibujos graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, pintura, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera, en suma cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano. Por lo tanto, cualquier cosa que tenga relevancia, en tanto utilidad probatoria para la causa, puede ser objeto de secuestro. Sin embargo siempre debe tratarse de cosas muebles.

Es por lo anterior y teniendo en cuenta esta enunciación genérica sobre los objetos susceptibles de secuestro, pasamos a analizar concretamente qué clase dentro de ellos son los que interesan a los fines del proceso penal y que las leyes prevén que puedan ser secuestrados.

a. Las cosas relacionadas con el delito: los instrumentos que fueron utilizados en la ejecución del hecho típico; los que se hayan obtenido mediante su comisión, ya sea en forma directa (objeto), como por ejemplo el objeto hurtado, como aquéllas obtenidas en forma indirecta, o subrogación (productos), como por ejemplo el dinero obtenido de la venta de la cosa hurtada. Las cosas cuya tenencia configura la comisión del delito mismo. Las cosas sobre las que ha recaído el delito, aquéllas que conserven rastros o huellas del mismo.

b. Cosas sujetas a decomiso: son los instrumentos del delito y los efectos provenientes del mismo, de los que la sentencia de condena ordenará su decomiso. Importa la perdida de tales bienes para el condenado, salvo que pertenezcan a un tercero no responsable, en cuyo caso se impone la restitución al mismo; al respecto Zaffaroni manifiesta: “por instrumento del

delito deben entenderse los elementos de que se ha valido en autor para lograr la objetividad típica, porque un automóvil en un homicidio culposo no es el “instrumento” de que el autor se vale para matar, sino para conducir o viajar. En los delitos culposos no habría propiamente “instrumentos del delito.”

c. Las cosas que pueden servir como medio de prueba: se trata de todos aquellos elementos que por su aptitud y significación resulten idóneos para la acreditación del hecho que se investiga. Su enumeración o ejemplificación puede resultar infinita, por lo que es preferible poner genéricamente el énfasis en que se debe tratar de cosas con aptitud verosímilmente acreditativa o corroborante del hecho delictivo mismo en su integridad, o de circunstancias accesorias a él que sirven indirectamente para la comprobación de algún extremo útil en la causa para el esclarecimiento de la verdad.

Una vez obtenida la cosa, la misma quedará retenida a disposición del juez hasta en tanto se cumpla con la finalidad probatoria para la cual fue requerida, por ejemplo, el reconocimiento de la misma.

Está prohibido ordenar la presentación espontánea de la cosa a aquéllas personas que tengan prohibida su declaración como testigo o tengan la facultad de abstenerse de declarar, o sea, el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del imputado. Lo mismo sucede con las personas que deben guardar secreto profesional a quienes no se les podrá exigir la exhibición previa, pero sí se puede proceder directamente al secuestro de la cosa.

Finalmente, las leyes formales disponen que cuando se trate de cosas secuestradas y habiendo concluido el proceso nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución y que no haya sido secuestrada en poder de una persona individualizada, transcurrido un año de concluida la causa se ordenará su decomiso.

## **B. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

CONCEPTO.- El término “interceptación” supone cualquier forma de aprehensión de una comunicación ajena; es equivalente a hacerse con una comunicación; tomar conocimiento de la existencia, destino y/o contenido de una comunicación, aprehenderla de alguna manera.

La intervención de comunicaciones importa interferir, por el Órgano Judicial, las llamadas telefónicas, o cualquier otro tipo de comunicación que por medios técnicos efectúe el imputado o estén dirigidos a él, con la finalidad probatoria de interiorizarse sobre lo dialogado o impedir dicha comunicación en resguardo de la eficacia de la investigación.<sup>14</sup>

No obstante, que los autores utilizan de forma indistinta el término interceptación e intervención, a nuestro parecer el término correcto es “interceptación”, toda vez que cualquier persona puede intervenir en una conversación telefónica, esto es de manera activa, sin que con dicha conducta se viole alguna garantía fundamental, toda vez que la partes en dicha comunicación tienen conocimiento de dicha intervención; y por el contrario por lo que hace al término “interceptación” esta se refiere a tomar conocimiento de una comunicación de forma pasiva sin el consentimiento de los que intervienen en la misma; no obstante en el presente trabajo, utilizaremos ambas palabras de manera indistinta, tal y como se encuentra plasmado en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Podemos definir a la interceptación telefónica como “todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de Instrucción en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que la policía judicial proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo

---

<sup>14</sup> Ibidem. p. 184.

necesario para poder preconstruir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.”

El autor Jaime de Lamo Rubio señala que la finalidad exclusiva de las interceptaciones, es el de establecer la existencia del delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.<sup>15</sup>

## **1.- FUNDAMENTO LEGAL**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, párrafo octavo, establece: “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada...”.

Por lo anterior la autoridad competente deberá fundar y motivar por escrito las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración y para el caso de que las intervenciones no cumplan con los requisitos y límites previstos por la ley, los resultados de las mismas carecerán de todo valor probatorio.

Así mismo, la autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

EL Autor Carlos Climent Duran establece que la ejecución de una intervención telefónica, como excepción al derecho al secreto de las comunicaciones

---

<sup>15</sup> DE LAMO RUBIO, Jaime, Ob. cit., p. 178.

telefónicas, exige una previa autorización judicial y un conjunto de requisitos que garanticen que la legítima intromisión en dicho derecho no es algo abusivo.

Al respecto, en su obra “La Prueba Penal” hace mención en este sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo 288/1998, de 26 de febrero, el cual señala: el derecho al secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, de modo que puede ser objeto de determinadas restricciones, siempre que la correspondiente injerencia esté legalmente prevista y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás... En tales supuestos, corresponde a la autoridad judicial autorizar la correspondiente injerencia, que puede tener por finalidad tanto la mera investigación como la investigación y la adquisición de fuentes de prueba. Mas como dicha injerencia afecta a un derecho fundamental de la persona y se toma, lógicamente, sin conocimiento del interesado, es preciso adoptar una serie de cautelas que garanticen la absoluta legalidad de la medida y la debida protección de los intereses legítimos del ofendido.<sup>16</sup>

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagra el Derecho a la vida privada y familiar, el cual en su artículo 8 establece: “1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o de la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

---

<sup>16</sup> CLIMENT DURAN, Carlos, Ob. cit., p. 952.

Para el efecto de que una escucha telefónica pueda realizarse y no viole el Convenio Europeo es necesario que cumpla con los siguientes requisitos: a) que su posibilidad se encuentre prevista en la ley interna del país; b) que tales injerencias sean necesarias en una sociedad democrática; c) que la necesidad esté incluida en alguna de las finalidades enumeradas en el artículo 8; d) que exista un recurso interno efectivo en la legislación del país mediante el cual se pueda recurrir la medida adoptada; y e) tal recurso ha de ser ante un tribunal independiente, imparcial y mediante un proceso público. No tiene que ser necesariamente un órgano judicial.

La Constitución española en su artículo 18.3 establece: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”; así mismo el artículo 579 de la Ley Criminal, establece: “1.- Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2.- Así mismo podrá el Juez acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3.- De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta 3 meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre de las que existan indicios de responsabilidad criminal; así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de los fines delictivos; 4.- En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación.

Por lo antes expuesto encontramos, que como presupuesto mínimo para poder llevar a cabo una escucha telefónica, es que ésta deberá realizarse por un mandamiento judicial, siendo la única vía legítima para poder interceptar las conversaciones telefónicas entre particulares, ya que solo el juez puede intervenir el secreto de las comunicaciones, y tal decisión no puede ser arbitraria, pues debe fundarse sobre indicios no sobre simples sospechas policíacas, por lo que el auto deberá de ser motivado en el cual se deberá hacer referencia al caso de proporcionalidad y necesidad.

Por cuanto hace al tipo de comunicaciones que puedan ser medida de una intervención, son aquéllas en las que se encuentra el procesado, no así de las personas que no se hallen en esa situación, pudiendo tratarse de cualquier tipo de comunicación, sean estas telefónicas, radiotelefónicas, vía informática, Internet, teléfono móvil, teléfono fijo, etc., siempre y cuando no se contravenga con lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional.

De lo anterior se puede concluir que pueden ser intervenidas las comunicaciones del procesado y observadas las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de criminalidad. Así pues, la comunicación telefónica ha intervenir ha de ser: 1.- de una persona procesada; 2.- de una persona sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal; y, 3.- de una persona de la que se sirve el delincuente para la realización de sus fines delictivos.

La finalidad de las intervenciones telefónicas va encaminada al descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.<sup>17</sup>

En la legislación española encontramos la distinción entre intervenir y observar. La palabra “intervención” supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, es decir, poder llegar a conocerlas; en cuanto al término “observación” se refiere a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, de la

---

<sup>17</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones AKAL, S.A., Madrid, España, 1999, p. 363.

identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, el cual debe de permanecer secreto.

A efecto de poder acordar una intervención telefónica se deben de cuidar los siguientes requisitos para que no se afecte la legalidad constitucional: 1) la motivación de la autorización; 2) la proporcionalidad de la medida; 3) la especialidad de la materia a investigar; 4) la existencia de indicios delictivos y 5) la necesidad de la medida.

Así mismo el auto que acuerde la escucha telefónica debe de estar suficientemente motivado, ya que es la forma de llevar a cabo su control posterior, interponiendo los recursos correspondientes incluso el de amparo, máxime cuando se trata de una medida que se adopta sin conocimiento del afectado. La expresión de los razonamientos por parte del juez es un requisito indispensable para la validez de la intervención telefónica.

Dicha medida podrá acordarse por un plazo máximo de 3 tres meses prorrogables por iguales periodos.

## **2.- EXCEPCIONES**

La única autoridad que puede ordenar legítimamente la intervención de las comunicaciones es el Órgano Judicial, pudiendo ser el juez de instrucción, correccional, o bien el tribunal del juicio en el caso de que éste considere necesario esta medida, lo cual es poco frecuente dado lo avanzado del proceso y atendiendo a las finalidades que esta medida persigue.

El ministerio público no tiene ésta atribución, debiendo siempre solicitarla al juez en caso de considerarla necesaria y útil, para lo cual deberá dar las razones motivadas que fundamenten su pedido. Además la autoridad judicial debe hacerlo, según exigencia de la ley, mediante auto o decreto "fundado", cuya omisión conduce a la nulidad de la medida.

Las exigencias para poder ordenar una intervención de comunicaciones son: la existencia de motivos suficientes que previamente se hayan verificado, por el propio juez o por la policía, quienes deben transmitirle a aquél los datos, pesquisas, informes y demás circunstancias que conduzcan a considerar necesaria la medida, y el juez deberá examinar esos datos y razones ponderándolos prudentemente a los fines de decidir su procedencia, en cuyo caso volcará sus motivaciones en la resolución fundada.

### **VALOR PROBATORIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

Debe reconocerse con carácter general que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad de cierta manipulación y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ellas se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron.

Más una cosa es que, para evitar la proliferación de “pruebas” artificiosamente conseguidas se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos.

Pero para el caso de que se deba declarar la nulidad de las pruebas de las escuchas telefónicas, el momento procesal en el que se debe declarar dicha intervención si se considerará una prueba ilícitamente obtenida, es aquel en el que se tuvieron datos suficientes para llegar a dicha conclusión; por lo que, si el juez estima que se trata de una prueba ilícitamente obtenida, no puede basarse en ella como indicio para procesar o para permitir la apertura del procedimiento, pues estaría tomando en consideración, es decir, dándole valor probatorio a pruebas

que carecen absolutamente de todo valor y que legalmente no pueden ser objeto de apreciación. Lo anterior se encuentra sustentado con la siguiente tesis jurisprudencial:

**INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS PRIVADAS. ACREDITACIÓN DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.** El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 27 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es la seguridad de la sociedad de que las comunicaciones privadas se mantengan en reserva, por lo que es ésta quien resulta afectada con actos de intervención sin previa autorización judicial o en términos distintos a los autorizados y, en esa virtud, se trata de un ilícito perseguible oficiosamente. Ahora bien, para la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, tratándose de intervención de comunicaciones telefónicas, no se requiere que se precisen las líneas telefónicas intervenidas por el servidor público y a quiénes se realizaron éstas, ya que el precepto mencionado no lo prevé, por lo que será suficiente que del cúmulo probatorio se desprenda circunstancialmente que el sujeto activo, sin contar con la autorización de autoridad judicial o en términos distintos a los autorizados, realizó la intervención de una comunicación telefónica privada, lo que implica que el juzgador, al tomar en conjunto todas esas probanzas e integrar la prueba circunstancial, llamada prueba de indicios, en donde cada uno de ellos, si bien en forma autónoma y aislada no tienen mayor valor, en su conjunto puedan adquirir eficacia probatoria plena, por relacionarse y vincularse lógicamente entre sí para crear absoluta convicción, sin olvidar que la prueba circunstancial precisa para su integración que se encuentren acreditados los hechos indiciarios y que exista un enlace más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; de ahí que la apreciación que de las pruebas haga el Juez en los términos aludidos, aparte de que se ajusta a las reglas tutelares que rigen la prueba en materia penal, porque conforme lo dispone la ley se valora la prueba circunstancial, sirve para presumir la materialidad del delito. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 676/2002. 29 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Felipe Gilberto Vázquez Pedraza. No. Registro: 184,626, Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, Marzo de 2003. Tesis: I.6o.P.52 P. Página: 1738. -----

### **C. INTERVENCIONES ORALES (CONVERSACIÓN DE GRABACIONES NO TELEFÓNICAS).**

Las intervenciones orales consisten en grabar la propia conversación con un interlocutor, a fin de utilizar esa grabación como un medio probatorio contra dicho

interlocutor o contra un tercero; y también pueden estar referidas a la escucha y grabación de las conversaciones mantenidas en un centro penitenciario por un preso con otra persona que lo visita.<sup>18</sup>

Al respecto de la grabación a un interlocutor, el autor Carlos Climent Duran, manifiesta que cuando se graba la conversación mantenida con otra persona, bien sea en persona o por conducto telefónico, no se precisa una previa autorización judicial, como en el caso de la interceptación de comunicaciones telefónicas mantenida entre dos personas ajenas a quien realiza tal interceptación, la razón de ello es que cuando se graba la conversación en que interviene personalmente quien realiza la grabación no resulta vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a no ser que dicha información se comunicará a terceros o se presentara como prueba ante un Tribunal.

Dentro de este tipo de intervenciones debe entenderse incluidas dentro de la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones a las radiales, por teletipo, fax, telefonía celular, y por cualquier otro medio técnico que posibilite la comunicación entre una persona y otra, entendiéndose predispuesto de tal modo que los diálogos o mensajes sean solo conocidos por quienes se comunican, no estando expuestos a la difusión ni a la escucha involuntaria de un número indeterminado de personas.<sup>19</sup>

Esto último es precisamente lo que convierte a esos medios de transmisión en métodos en los que el ciudadano puede confiar en la reserva de su comunicación, la que sólo quedará encerrada dentro de la intimidad de las personas que se han contactado, pudiendo gozar de una “razonable expectativa de privacidad”. Por estas razones el autor Eduardo Jauchen<sup>20</sup> manifiesta que no están tuteladas como íntimas las modernas comunicaciones que se efectúan mediante el sistema o red de Internet, como es el correo electrónico o “e-mail”, entendiéndose por tal la

---

<sup>18</sup> CLIMENT DURAN, Carlos, Ob. cit., p. 1052.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 1053.

<sup>20</sup> JAUCHEN, Eduardo M., Ob. cit., p. 182.

correspondencia electrónica entre dos o más usuarios de conexiones telemáticas, ni las video conferencias, debido a que la naturaleza y características de aquel sistema permiten que esas emisiones puedan ser captadas por cualquier persona que conozca la forma de ingresar al mismo, lo que, incluso, por ser una red internacional, en definitiva la comunicación puede ser captada fácilmente por un número ilimitado de persona.

No obstante, los derechos y garantías constitucionales no son absolutos, sino que deben compatibilizarse con el derecho de los demás en procura de la sana coexistencia ciudadana y de la paz social, estando sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que a su vez no pueden alterar el contenido esencial de aquéllas.

Una de las situaciones que justifican una restricción a la garantía de las comunicaciones privadas, está dada, como en los otros supuestos de medidas de coerción real, ante la presencia de la comisión de un delito, en que por estar de por medio el orden público, existen razones valederas para restringir la garantía con la finalidad de comprobar la existencia del ilícito, la participación que le cabe al imputado, o a impedir su comunicación con otras personas, entorpeciendo la investigación.

## **1.- FUNDAMENTO LEGAL**

La protección por el Estado del derecho a la intimidad que merecen las comunicaciones privadas ha llevado al legislador a considerarla un bien jurídicamente tutelable, y en consecuencia le otorgo relevancia penal al tipificar en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su Título Vigésimo Tercero “Delitos contra la Seguridad y el normal funcionamiento de las Vías de Comunicación y de los medios de transporte”, Capítulo IV, Violación de la Comunicación Privada, artículo 334, el cual a la letra dice:

“ART. 334.- A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a mil días multa.

A quien revele, divulgue utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a mil días multa.”

Al respecto, encontramos la siguiente tesis jurisprudencial, en la que se establecen los requisitos para darle valor probatorio a una grabación en videocasete, la cual a la letra dice:

No. Registro: 188,372 Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Noviembre de 2001. Tesis: III.1o.P.37 P. Página: 532.- - - -

**PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL CONSISTENTES EN GRABACIONES EN VIDEOCASSETE. REQUISITOS PARA SU EFICACIA PROBATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).**

La simple determinación del Juez de primer grado de agregar al sumario la grabación contenida en un videocasete, sin propiciar la preservación de los principios que rigen a la prueba, en específico, el de contradicción, el de publicidad y el de equilibrio entre las partes, mediante el dictado de medidas pertinentes que permitieran a las partes conocer el contenido de ese material probatorio, se traduce en una violación a los preceptos 176, 186, 192 y 275 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, pues el desahogo propio de la prueba consiste en la reproducción de las imágenes y sonidos que contiene la videocinta, y no en el simple acuerdo de que se agrega el videocasete respectivo al sumario natural y de que se ordena su resguardo en el secreto del juzgado, siendo incorrecto el proceder de la responsable al tomar en cuenta una prueba no desahogada adecuadamente, pues hasta en la etapa de apelación fue cuando se llevó a cabo su reproducción por parte de la responsable en forma personalizada, lo que generó, si acaso, un conocimiento particular en cada uno de los miembros del órgano colegiado responsable, siendo esto contrario al principio de publicidad del proceso penal, ya que no se proyectaron tales imágenes y sonidos ante el Juez instructor y con la asistencia de las partes del proceso, quienes por esa razón no tuvieron conocimiento del desahogo de tal medio de convicción y, por ende, conforme al artículo 191 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, tal probanza no puede surtir efecto alguno en la causa criminal, y menos aún en contra del hoy quejoso para desestimar sus argumentos defensivos en relación con la coacción a que refiere fue sometido por el órgano investigador para obtener su confesión. Así, el desahogo respectivo se debió propiciar por el juzgador de instancia implementando un mecanismo para que esos datos o información contenidos en el videocasete afloraran con publicidad y conocimiento de las partes, y que además se documentara en los autos del proceso respectivo, por un lado, previa la exigencia al oferente de la prueba de la aportación de los elementos técnicos electrónicos necesarios -como lo serían el televisor y la videocasetera o reproductora de filmaciones-, que permitieran el acceso al contenido audiovisual de la cinta y, por otro, a través de la práctica de alguna diligencia específica con la intervención de las partes y con la descripción del

desahogo y del contenido de ese material en un acta específica, porque de no cumplirse con esas exigencias, la prueba se integraría deficientemente a las espaldas y sin el enteramiento del procesado y su defensor. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAL PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 35/2001. 4 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretario: Fernando Cortés Delgado.

## **2.- EXCEPCIONES**

Además de esta finalidad de obtención de datos probatorios, la medida puede tener otro propósito, que la misma ley señala, cuando es por ejemplo el de impedir la comunicación; con este fin se intenta resguardar la eficacia de la investigación, evitando que el imputado incomunicado soslaye esta medida mediante la vía telefónica o por otro medio técnico y aun cuando estando en libertad y no incomunicado, se tenga la sospecha de que entorpecerá la instrucción de esa forma. “la coerción no deja de ser real ante la circunstancia de que lo captado carezca de toda corporalidad, el objeto inmediato de la medida no es lo transmitido sino el transmisor, es decir el mecanismo técnico utilizado por el imputado o por quien se comunica con él.

La práctica de la medida consiste en captar la comunicación, luego desgrabarla y documentar por escrito su contenido, remitiendo al Juez que ordeno la medida las grabaciones y el documento de su transcripción en acta, los cuales serán firmados y certificados por la autoridad que haya llevado a cabo directamente la medida.

## **D.- INTERVENCIONES POSTALES.**

El autor Carlos Climent Duran establece que la correspondencia postal se refiere a todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, así como que bajo la protección del derecho a la intimidad, se encuentran no solamente las cartas o correspondencia personal, sino todo género de

correspondencia postal, ya que a través de estas se pueden enviar mensajes, o efectos personales de carácter confidencial que están asimismo bajo la salvaguardia del derecho fundamental, puesto que en un paquete postal se pueden incluir objetos que excediendo el volumen de lo que es una carta tengan una connotación personal o íntima que no puede ser investigada si no es con la previa autorización judicial.<sup>21</sup>

De ahí que, entendemos por correspondencia a la comunicación de una persona a otra, a través de la que se participan por escrito ideas, pensamientos, noticias u opiniones de carácter personal así como los paquetes postales en los que se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial, incluyendo todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios.

Lo relativo a la correspondencia, está ligada al ámbito del derecho a la intimidad, luego entonces, debe interesar al legislador y en consecuencia tutelarlos no sólo mediante la normativa protectora del orden jurídico sino además, por constituir un bien jurídicamente tutelado.

De este modo corresponde a las leyes procesales penales, ante la comisión de un delito y por estar comprometido el orden público, reglamentar en qué casos y bajo qué condiciones se puede restringir el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia cuando ésta resulte necesaria o de interés probatorio para la causa. La interceptación de correspondencia puede tener por objeto evitar la consumación de un delito que se está gestando, o bien servir como prueba de aquél que ya se haya consumado. Pero cabe enfatizar que en cualquier caso las facultades del legislador procesal no pueden ir más allá de los límites absolutamente necesarios para el cumplimiento de esos fines, pues “Los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

---

<sup>21</sup> CLIMENT DURAN, Carlos, Ob. cit., p. 1073.

**CONCEPTO.**-La interceptación de correspondencia es la captación efectuada por el juez, el Fiscal o Ministerio Público o la Policía, en su caso, de una correspondencia remitida a un imputado o enviada por él, o a quien se presume está por cometer un delito, practicada durante el transcurso de remisión hecha por las oficinas públicas o privadas de recepción, despacho y distribución de correspondencia.<sup>22</sup>

Las leyes procesales establecen que, cuando el juez lo considere útil para la comprobación del delito, puede ordenar, mediante auto fundado, la interpretación y secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo un supuesto nombre.

El concepto de correspondencia para los efectos procesales de su interpretación, se refiere a “comunicación enviada por correo, oficial o particular, por un remitente a un destinatario”, sin embargo, la frase “todo otro efecto” que añade la norma procesal hace extensiva la posibilidad de interceptación a todo bulto, paquete, encomienda, escrito, pliego, documento, etcétera, remitido por un tercero al imputado o por éste a él, directamente o indirectamente, con identidad real o simulada.<sup>23</sup>

Por cuanto hace al término interceptar, significa apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a las personas que se destina.

## **1.- FUNDAMENTO LEGAL**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, párrafo décimo primero establece: “La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación estará penada por la ley”.

---

<sup>22</sup> JAUCHEN, Eduardo M, Ob. cit., p.171.

<sup>23</sup> Ibid. p. 172.

Así, también se encuentra regulado el delito de violación de correspondencia, y al respecto el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lo regula en su artículo 333, el cual a la letra dice: “Al que abra o intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, se le impondrá de treinta a noventa días multa.”

Si bien la ley restringe la posibilidad de interceptación sólo a la correspondencia o efectos remitidos por el imputado o enviados a él, le da la facultad al juez de efectuar la medida cuando se sospeche que son tales pero que pueda actuarse bajo nombre supuesto. O bien, interceptar la correspondencia dirigida a otra persona cuando se sospeche, a raíz de datos serios y objetivos previamente obtenidos, que esa persona actúa sustituyendo al imputado ya sea en su destino o en su remisión.

Las autoridades facultadas para efectuar la medida son naturalmente, el Órgano Judicial, juez o tribunal del juicio quien tiene esencialmente la atribución de ordenar esta medida. En cuanto al ministerio público, por estar en juego una garantía constitucional, debe solicitarla al juez, única forma para que la misma tenga validez.

Para proceder a una interceptación de correspondencia, el juez debe ordenarla mediante “decreto fundado” o “auto fundado”, esto conlleva a concluir que también en este caso se requerirán, por lo menos, motivos suficientes previos que justifiquen ordenar la medida, lo cual resulta irrefutable porque además de lo expuesto, aun cuando las leyes no lo mencionen expresamente, la exigencia surge necesariamente ante el requerimiento del dictado de un “auto fundado”, pues en que va a fundar su resolución el juez, sino en razones o motivos que habiéndolos verificado son los que sustentarán el “fundamento” del auto. De no existir motivos suficientes previos, sería por lo tanto, imposible dictar un auto con fundamentos, lo cual impediría ordenar la medida.

Los requisitos para poder ordenar la interceptación de una correspondencia son: que se hayan previamente obtenido o verificado datos serios y objetivos que

induzcan a una sospecha fundada de que tal correspondencia está enviada al imputado o remitida por éste y que tal documentación o efectos pueden resultar útiles para la investigación, y que estos extremos sean volcados por el juez en una resolución fundada en la que se haga mención de los mismos y de las razones que tengan para inducir de dichas circunstancias la necesidad de restringir la garantía constitucional.

Las leyes disponen que una vez efectuada la interceptación de la correspondencia o efectos, la remisión de la correspondencia se deberá de hacer inmediatamente al juez instructor de la causa, y ya en poder del juez, éste procederá a la apertura de la misma, siempre en presencia del secretario del juzgado, debiendo dejar constancia en el acta correspondiente. Luego procederá personalmente a leer la correspondencia o a examinar los objetos.

Si luego de dicho chequeo el juez advierte que las cosas interceptadas tienen efectivamente relación con el proceso, por su utilidad preventiva o probatoria, ordenará el secuestro, por el contrario, si juzga que no tiene ninguna relación directa ni indirecta con los hechos investigados, mantendrá en reserva su contenido y ordenará la entrega de los mismos a su destinatario; en caso de que este no sea hallado, se entregará a su representante o parientes próximos, dejándose constancia de todo ello en el acta respectiva.

La obtención de las cosas objeto de la medida se logra mediante la comunicación a la autoridad de correo y telecomunicaciones de la orden del juez. El medio procesal para dicha comunicación es el oficio dirigido a la persona encargada y responsable de dicha institución o de la oficina correspondiente. También se puede delegar esta diligencia a la autoridad policial, la que como ya vimos solo esta autorizada a practicar esta medida pero no puede abrir la correspondencia y los efectos obtenidos sino que debe remitirlos intactos al juez.

Se advierte entonces, que antes de proceder a su secuestro, los objetos interceptados pasan por su apertura y luego por su examen, siendo conveniente,

en caso de bultos o encomiendas que pueden contener varias correspondencias, revisar los sobres y su envoltorio a fin de evitar la apertura de documentación evidentemente irrelevante, todo en presencia del actuario, quien, al firmar el acta junto al juez, da fe de lo actuado y del contenido de aquélla. El posterior chequeo que practique el juez debe estar prudentemente destinado a verificar o corroborar en forma selectiva si la cosa interceptada tiene realmente relevancia para el proceso; esto se dará cuando de su contenido, expresiones, comunicaciones, mensajes, etcétera, se advierta una utilidad preventiva o probatoria directa o indirecta.

## **2.- EXCEPCIONES**

Existen ciertas documentaciones que por su naturaleza no pueden ser utilizadas como prueba en un proceso y que por lo tanto no pueden ser objeto de interceptación como correspondencia ni secuestradas. Los códigos establecen que no se podrán secuestrar las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo. Están comprendidas las cartas y documentos como prueba y los que tienen como finalidad comentar o ilustrar al defensor sobre cuestiones relativas al caso, cualquiera que sea su contenido.

Sin embargo están excluidos los documentos que sean instrumentos del mismo delito, o sus efectos, ya que en este supuesto, su envío al defensor no persigue el desempeño de su cargo sino la posible ocultación del cuerpo del delito.

También están excluidos como medios de prueba documental, los que constituyan secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, medios de defensa o relaciones exteriores de la nación.

El uso como medio de prueba de cartas o papeles privados que hubiesen sido sustraídos, están prohibidos ya que no es posible admitir como prueba ni permitir la interceptación y secuestro de elementos obtenidos ilícitamente, ya que ante este supuesto se estaría frente a un ejemplo de imposibilidad de valoración

probatoria a raíz del origen ilícito del elemento secuestrado, y por ende aplicable la regla de exclusión probatoria.

### **E. LA MEDICION DEL GRADO DE ALCOHOLEMIA.**

El autor Carlos Climent Duran manifiesta que la medición del grado de alcoholemia es una prueba preconstruida por los funcionarios policiales que la practican. Dadas las circunstancias en que se práctica con toda urgencia o perentoriedad, para procurar apreciar en qué estado de intoxicación etílica se hallaba en el momento mismo de ir conduciendo, y teniendo presente su irrepetibilidad, ha de realizarse con exclusiva intervención policial, de ahí que se puede decir que es una prueba policial preconstruida; y toda vez que la medición se realiza con unos aparatos de gran precisión técnica, puede decirse también que se trata de una prueba pericial preconstruida.<sup>24</sup>

Por otra parte, el autor Jaime de Lamo Rubio define a los métodos alcoholométricos como “aquellos actos de investigación, de carácter pericial que se adoptan en el curso de una detención y que a través de una medición en el aliento o a través de la intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido.”<sup>25</sup>

El problema con las pruebas alcoholométricas radica en los controles realizados antes de que exista proceso alguno, y por lo tanto sin orden ni intervención judicial. En España esta prueba consiste en controles más o menos aleatorios, realizados por funcionarios de policía judicial consistente en hacer expulsar el aire a través de una máquina que, una vez analizado dicho aire, proporciona la concentración alcohólica.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> CLIMENT DURAN, Carlos, Ob. cit., p. 1333.

<sup>25</sup> DE LAMO RUBIO, Jaime, Ob. cit., p. 186.

<sup>26</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Ob. cit., p. 328.

Por lo que, toda vez que se trata de una prueba policial preconstruida, que es irrepetible en las mismas condiciones y circunstancias como originariamente se efectuó, es necesario que la misma se realice con el máximo de garantías posibles; no obstante que, atendiendo a la urgencia y premura con que se hace la medición del grado de alcoholemia, no es exigible que se realice con asistencia del abogado defensor del imputado.

### **NATURALEZA JURÍDICA.**

Como se dijo en líneas antes, las pruebas alcoholométricas se realizan antes de que exista proceso alguno, por lo que el problema lo encontramos al determinar su naturaleza jurídica y la forma de introducir la prueba practicada al proceso, para lo cual puede considerarse como una declaración testifical o una prueba pericial.

La doctrina española considera a dicha prueba como un atestado el cual adquiere automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal, por lo que dicho atestado se debe incorporar al proceso de forma tal que resulten respetados los principios de inmediación, oralidad y contradicción, garantizándose así al interesado su derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías.

Por lo que para que dichos controles de alcoholemia sean apreciados son necesarios una serie de requisitos, los cuales para el supuesto de que no concurriera alguno de ellos, la prueba de alcoholemia habría sido obtenida con violación de derechos fundamentales y se trataría de una prueba ilícitamente obtenida que no podría ser apreciada por el tribunal, por lo que no podría basarse en ella una sentencia condenatoria, siendo dichos supuestos los siguientes:

a) información antes de la realización de la prueba. Los agentes de policía deben informar cumplidamente a la persona en cuestión de las posibilidades que la legislación ofrece, así como la de solicitar una segunda medición e incluso si consciente, la de practicar un análisis de sangre. El cumplimiento de este requisito así como del resultado de la prueba debe constar en el atestado y ser firmado por

la persona a la que se le va a someter a la indicada prueba; b) ratificación o complementación durante el juicio o proceso por los agentes policiales que lo practicaron.<sup>27</sup>

Las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de aspiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Tampoco menoscaban “per se” el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simplemente pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, su propia imputación penal o administrativa. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas, y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas.<sup>28</sup>

Es por lo anterior que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración.

---

<sup>27</sup> Ibid., pp.329 -330.

<sup>28</sup> CLIMENT DURAN, Carlos. Ob. cit., p. 1141.

La obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes, tiene como objetivo, el de comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico. Dicho sometimiento no supone una auto incriminación en relación con un delito contra la seguridad del tráfico.

La prueba alcoholométrica constituye, si se observan las garantías y requisitos legales, una prueba de naturaleza pericial preconstruida.

**CONCEPTO.-** La prueba alcoholométrica consiste en los sistemas mediante los cuales se verifica la detección y medición del alcohol ingerido por una persona, ya sea a través del aliento o mediante análisis clínico de sangre.<sup>29</sup>

Se ha considerado que los métodos alcoholométricos pueden afectar los siguientes derechos fundamentales: derecho a la integridad física, derecho a la libertad, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y defensa y presunción de inocencia, derechos que se encuentran todos regulados en nuestra Constitución.

Entre los requisitos que encontramos para que la prueba de alcoholemia pueda convertirse en una verdadera prueba incriminatoria, es que debe informarse al inculpado de las posibilidades que la reglamentación le ofrece respecto a la repetición de la misma y a la realización de un análisis clínico en un centro sanitario, es decir, tiene derecho a un segundo examen alcoholométrico y a la práctica médica de un análisis de sangre; así mismo dicha prueba debe ser ratificada en juicio por los agentes que la practicaron a fin de ser sometida a contradicción o que en dicho acto se practiquen otras pruebas tendientes a acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción del vehículo.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La Prueba Ilícita Penal*, s.n.ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 117.

<sup>30</sup> Ibid. p. 118.

Por otro lado, esta prueba debe realizarse mediante aparatos de detección alcohólica del aire aspirado que estén autorizados oficialmente.

## **1.- FUNDAMENTO LEGAL**

En el Distrito Federal, el ordenamiento jurídico que regula la utilización de las pruebas alcoholométricas, es el Reglamento de Tránsito y el Aviso del establecimiento del programa de control y prevención de ingestión de alcohol en conductores de vehículos, respectivamente en los artículos 100 y 102, disposición que entró en vigor a partir del 18 de septiembre del año 2003.

## **2.- EXCEPCIONES**

Por lo que hace a la autoridad encargada de llevar a cabo dichas pruebas son los elementos policíacos de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, y al efecto establecen de manera aleatoria y rotativa puestos de control para llevar a cabo la detención de los vehículos en los lugares que decidan, así como la entrevista a los respectivos conductores. Lo anterior a efecto de verificar el cumplimiento de la obligación de no conducir vehículos automotores con alcohol en la sangre o en aire espirado en niveles mayores a los permitidos por el artículo 100 del Reglamento de Tránsito del Distrito Federal, el cual a la letra dice:

**“Artículo 100.-** Ninguna persona puede conducir vehículos por la vía pública; si tiene una cantidad de alcohol en la sangre superior a 0.8 gramos por litro o de alcohol en aire expirado superior a 0.4 miligramos por litro.”

## **F. VALOR JURÍDICO.**

Por valoración o apreciación de las pruebas judiciales se entiende la operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción de juez; pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra presentó para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente.<sup>31</sup>

Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, cuando existen jueces de hecho o jurados, para ciertos delitos y en el civil en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América, esos jurados son sujetos principales de la actividad valorativa de la prueba y el juez de la causa tiene una facultad de apreciación limitada cuando se le autoriza a rechazar el veredicto si lo considera contrario a la evidencia o a aceptarlo si esto no ocurre, como sucede en Colombia. Si esta facultad no existe, el jurado resulta único sujeto de esa actividad.

Sin lógica no puede existir valoración de la prueba. Se trata de razonar sobre ella, así sea prueba directa, como ya hemos observado, y la lógica es indispensable para el correcto razonamiento. Cuando se hacen inferencias de los hechos, cosas o personas observados, gracias a la inducción, o se califican los casos particulares de acuerdo con deducciones de reglas de experiencia, se aplican inexorablemente los principios de la lógica. De ahí que los autores estén de acuerdo en que entre las variadas actividades propias de la valoración de la prueba, sobresale la lógica. La sentencia debe armonizar con los principios lógicos admitidos por el pensamiento humano.<sup>32</sup>

Los autores Gorphe y Framarino reconocen un aspecto humano de la prueba y hablan de su *valoración subjetiva*, además de la objetiva, inclusive cuando se trate de prueba material. El juez debe “examinar la credibilidad subjetiva de la prueba y

---

<sup>31</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 287.

<sup>32</sup> Ibid. pp. 292-293.

luego justipreciar su exacto valor objetivo, entendiéndose la credibilidad subjetiva como la relación de veracidad o de mentira entre la persona que atestigua y su testimonio, lo mismo que en relación de verdad o de falsedad entre la cosa que atestigua y sus posibles atestaciones, o sea, que esa cosa es lo que se cree que es y no algo distinto, que no haya sido falsificada. La valoración objetiva se refiere al contenido de la prueba.<sup>33</sup>

Asimismo existe una diferencia con el fin de la prueba y el fin de su valoración; el fin de la prueba es siempre el convencimiento o la certeza del juez y el fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella pudo tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtiene o, por el contrario, negativo si no se logra. Por ello, gracias a la valoración podrá conocer el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde.

Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, tomados en conjunto, el juez no debe hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición; es decir, no importa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del juez o por solicitud o a instancia de parte. Los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que el resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre.

**FUERZA O VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.** Puede decirse que apreciar la prueba “es la actividad intelectual que lleva a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> FRAMARINO DE MALATESTA, Nicolás, Ob. cit.

<sup>34</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 313.

Por lo tanto, fuerza o valor probatorio *es la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado*. No todos los medios producen un mismo convencimiento por sí solos, y generalmente para llegar a él se requiere el concurso de varios.

Para que un hecho, cosa o documento presentado por las partes pueda gozar de fuerza o valor probatorio se necesitan ciertos requisitos de forma y de fondo, sin los cuales la ley, previamente (en el sistema de tarifa legal) o el juez, conforme a su libre criterio le niega todo mérito probatorio.

Los requisitos de forma varían según el sistema legal imperante. En primer lugar, es indispensable que el medio mismo sea legalmente admisible como tal, ya sea porque se encuentra entre los taxativamente autorizados por la ley, o ya porque se haya dejado a los jueces libertad de acoger los que consideren aptos conforme a su buen criterio y los encuentren aceptables; si la ley los enumera exhaustivamente y el propuesto o presentado no está entre esos, es obvio que carece legalmente de valor probatorio.

En segundo lugar, están las formalidades prescritas por la ley procesal para su producción, que existen aún en los sistemas de prueba libre y de valoración libre y que se refieren al tiempo y oportunidad, a la forma o modo y al lugar que rigen para cada medio y proceso. Los requisitos de fondo atañen al contenido del medio, lo que él relata o indica o pone de presente al juez.

## **1.- PRUEBA IRREGULAR**

La terminología utilizada no es uniforme; encontramos algunos autores que utilizan el término de “prueba prohibida”, otros a la ilegal, otros a la ilegalmente obtenida, otros a la ilegalmente admitida, y otros tantos a las prohibiciones probatorias.

Sin embargo, tratándose de pruebas irregulares, son aquéllas que se encuentran reguladas en el Código Procesal de la materia, sin embargo, la parte oferente de

dicha prueba se allega a ellas sin cumplir con las formalidades exigidas para su obtención.

Al respecto el autor Eduardo de Urbano Castrillo hace mención a la figura de “prueba defectuosa”, siendo: a) aquella que incluye la obtención de pruebas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento; b) los casos en que dichas pruebas obtenidas ilícitamente ocasionan una indefensión real y efectiva del acusado; y, c) se reputa insubsanable la prueba defectuosa cuando es la única, pero si fueren varias, pueden a través de éstas sanarse o complementarse, por otros medios.<sup>35</sup>

En consecuencia, no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

El autor Eduardo de Urbano Castrillo<sup>36</sup>, quien al respecto manifiesta que el precepto “no surtirán efectos” incluye tanto la fase de no admisión de la prueba como la de no valoración por el juez; por lo que debe de rechazarse la admisión de la prueba, y solo en caso de cierta duda, puede admitirse, practicarse y valorarse en sentencia, siendo el momento procesal en el que se excluiría la prueba, la cual no deberá de tomarse en cuenta para la resolución.

En cuanto a “las pruebas obtenidas” asevera que es toda labor tendiente a llevar un resultado probatorio al proceso, abarcando todas aquéllas pruebas que se ofrecen en el proceso, con independencia de quién sea el sujeto que las obtuvo.

Así, la ilegalidad de la prueba puede derivar de: a) la prueba en sí misma está prohibida; b) la prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, Ob. cit., p. 52.

<sup>36</sup> Ibid. p. 48.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 14.

En el primer supuesto estamos en presencia de un medio de prueba que directamente se encuentra vedado en el ordenamiento procesal. En cambio, en la segunda hipótesis, se hablaría de una prueba irregular; ya que la prueba está permitida por el ordenamiento procesal; sin embargo, el método para obtener ese medio de prueba resulta ilícito, por ejemplo, los códigos procesales penales autorizan el registro domiciliario cuando existan fundadas sospechas de que en un determinado lugar se encuentra el imputado o cosas relacionadas con el delito que es necesario secuestrar; es decir que el allanamiento es una prueba autorizada, no obstante, para practicar un allanamiento las leyes procedimentales exigen el cumplimiento de ciertas formalidades como ser una orden judicial para el registro domiciliario, salvo que se trate de alguno de los supuestos de urgencia en los cuales se puede prescindir de dicha orden.

El allanamiento será ilegal, y por ende también el secuestro de los elementos convictivos, cuando se carezca de la autorización judicial, y no se trate de un supuesto de excepción. En este caso la ilegalidad deviene no del medio de prueba en sí mismo, sino del método para obtener esa prueba.

## **2.- PRUEBA ILÍCITA**

La doctrina universal incluye entre los principios generales del derecho procesal y los especiales de la prueba judicial, los de lealtad, probidad y buena fe, de la espontaneidad de la prueba y el respeto a la persona humana, los cuales constituyen límites fundamentales a la aplicación de los principios, también generales, de la libertad de la prueba, la obtención coactiva de la misma y el derecho de defensa.

Consecuencia lógica de tales principios es que no puede ser lícito utilizar en la investigación de los hechos en el proceso penal, medios que los desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa prohibición legal, una libertad absoluta

de medios de prueba, que no excluya los que atenten contra esos principios, degeneraría en una especie de anarquía jurídica y convertiría el proceso en fuente de inequidad y en instrumento para la violación del Derecho y la Moral.

Desde este punto de vista puede hablarse de pruebas *lícitas* e *ilícitas*.

Las primeras son las que están incluidas entre las autorizadas en la ley o las considere el Juez moral y jurídicamente utilizables y que, además, no violen alguna prohibición legal, expresa o tácita, referente al medio mismo, al procedimiento para obtenerlo o al hecho particular investigado.

Son pruebas *ilícitas* las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan; si la ley prohíbe el medio de prueba o su empleo en un caso particular o el procedimiento para obtenerlo, su ilicitud resultará evidente y expresa, pero, cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente. La ilicitud de la prueba puede resultar de varias causas:

1ª. Puede radicar en el medio mismo, como la inspección judicial sobre los hechos de un estupro o una violencia carnal, que implique repetición de los mismos hechos ante el funcionario, o la exploración del subconsciente contra la voluntad del sujeto y anulando su personalidad por medios físicos o síquicos.

2ª. Puede consistir en el procedimiento empleado para obtener la prueba, por sí misma lícita, como la confesión y el testimonio obtenidos mediante el uso del tormento físico o moral o de drogas que destruyan el libre albedrío, los documentos obtenidos por hurto o violencia, los documentos públicos o privados incorporados al proceso o aprehendidos por el Juez por medios ilegales, el

dictamen de peritos o el testimonio o la confesión logrados mediante cohecho o violencia.

3ª. Pueden radicar en la violación de una norma legal que prohíba utilizar cierto medio de prueba, autorizado en general, para un caso determinado o respecto de ciertos hechos, como el testimonio que viole el secreto profesional del médico, el confesor o el abogado, cuando la ley lo consagre para fines procesales en lo civil o en lo penal, o la inspección judicial que viole la reserva legal de la correspondencia privada o de las declaraciones de renta y patrimonio para efectos impositivos.

4ª. Puede hablarse también de ilicitud de la prueba cuando existe una expresa prohibición legal de investigar el hecho sobre el cual versa.

5ª. En un sistema de prueba legal, será ilícito todo medio que no pueda quedar incluido entre los legalmente autorizados; pero esto será de muy rara ocurrencia, porque es difícil encontrar alguno que no tenga el carácter de documento o indicio, o testimonio, o dictamen de perito, o confesión.

El autor Antonio Rives Seva, hace una distinción entre prueba ilícita, prueba regular y prueba prohibida. Por prueba ilícita se entiende aquélla en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades fundamentales, y finalmente, la prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica.<sup>38</sup>

Por lo tanto, la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, contaminando las

---

<sup>38</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal, Doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo*, 3ª. edición, editorial Aranzadi, 1999, p. 92.

restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión de ella entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

## **VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILICITAMENTE OBTENIDA**

En el derecho procesal penal encontramos varias posturas, unas a favor y otras en contra de la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita.

En cuanto a los autores que se encuentran a favor de la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita se encuentra Schonke, quien establece que en un caso hay dos intereses contrapuestos, por una parte el interés del acusado, en que deben ser utilizadas únicamente aquéllas pruebas que hayan sido conseguidas con arreglo a las formalidades legales establecidas. Por otra parte el interés de la colectividad en que no se deje sin efectividad una acción penal por causa de una formalidad antijurídica en el procedimiento, considerando dicho autor más importante este último interés, y por lo tanto, admitir la utilización de pruebas conseguidas con defectos formales.<sup>39</sup>

Por otra parte encontramos a los autores cuya postura es contra la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita, entre ellos se encuentran Silva Melero, Serra Domínguez, Muñoz Conde, Montón Redondo, De Marino, Sentís Melendo, Devis Echandia, entre otros.

Estos autores admiten que junto al interés social de la averiguación de la verdad coexisten otros intereses que incluso en ocasiones son de superior valor y llevan necesariamente a impedir esa búsqueda absoluta de la verdad.

---

<sup>39</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Ob. cit., pp. 277-278.

La investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto, ya que el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado; concluyendo entonces que la verdad no hay que determinarla a cualquier precio, sino que para tutelar otros bienes y valores importantes habría que renunciar también alguna vez a castigar a alguien que posiblemente sea culpable.

Por lo que al defender la inadmisibilidad de la prueba ilícita, puede conformarse un Estado Social y Democrático de Derecho, así mismo desalentara a quienes recurren a tales medios, ya que de admitirse la prueba ilícitamente obtenida se produciría una ausencia de control sobre la policía.

Encontramos también teorías intermedias, que consideran oportuno relacionar numerosos factores para llegar a una conclusión, entre las que encontramos:

Algunos autores, como Antonio Rives Seva señalan que cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria, Otra cosa, sería cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de la verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.<sup>40</sup>

**TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERÉS EN CONFLICTO.** La autora Pastor Borgoñón, establece que es más razonable sostener que el tema debe resolverse ponderando los intereses en conflicto, para determinar cual de ellos ha de prevalecer; es decir, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas en el proceso, sin perjuicio de las

---

<sup>40</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo, Ob. cit., p. 90.

sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable; de manera que solo la violación de un derecho fundamental convertirá en inadmisibles las pruebas.<sup>41</sup>

**TEORÍA DEL ÁMBITO JURÍDICO.** Esta teoría es desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán, conforme a la cual en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización de la prueba así obtenida depende de si la lesión afecta esencialmente al ámbito jurídico del reclamante, o si para él es secundaria o de poca significación.

Las objeciones a dicha teoría son, por una parte, el derecho del acusado, no es solo a que se respeten determinados y concretos preceptos, sino que tiene el derecho a la formalidad jurídica del proceso por entero, es decir, a un proceso con todas las garantías, al debido proceso y por ello cualquier vulneración que se produzca en esta esfera va a atentar también contra su ámbito jurídico, lo que llevaría a la prohibición de la utilización de la prueba.

Ahora, bien, en aquellos casos en los que por las razones que fueren, la prueba se encuentra incorporada al proceso y/o ha sido presentada en el juicio de manera que el tribunal debe decidir sobre su aprovechabilidad, es decir, sobre su posibilidad potencial de ser apreciada para fundar una sentencia.

Encontramos diversas soluciones propuestas sobre la inapreciabilidad de la prueba, entre los que encontramos la exclusión física de la prueba y la abstención o la recusación del juzgador.<sup>42</sup>

La exclusión física de la prueba se refiere a que dicha prueba debe ser eliminada del proceso, para de esta manera lograr que la misma no pueda ser apreciada.

---

<sup>41</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Ob. cit., p. 282.

<sup>42</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit., p. 289.

La abstención o recusación del juez, sería otra de las soluciones, ya que éste ha tenido contacto con la prueba ilícita, ya la conoce y por ello resulta imposible conocer el efecto que la misma, aunque sea a nivel inconsciente pueda producir en la persona del juez, a la hora de apreciar otras pruebas.

Por lo que hace al supuesto de que dicha prueba ilícita debiera ser apreciada, encontramos diversas posturas al respecto, entre ellas se encuentra aquella que es en función de que la ilicitud sea cometida por funcionario público o por particular; siendo inadmisibles e inapreciables las pruebas ilícitamente obtenidas cuando quien la obtuvo es un funcionario público, y si es el caso que se tratara de un particular la prueba es perfectamente utilizable.

Así mismo, dicha prueba puede ser apreciable en función del rango jerárquico del derecho violado, siendo las siguientes posiciones fundamentales: a) indiferencia; b) imposibilidad de apreciación si se ha violentado un derecho fundamental, pero admisible si no tiene tal carácter; c) intermedia, negar eficacia si lo violentado es un derecho fundamental; y cuando lo violentado no fue un derecho fundamental, tener en cuenta en cada caso concreto los intereses en conflicto y su efectividad sobre la igualdad de las partes en el proceso, así como su eficacia en el tema debatido, para en función de ello apreciar o no dicha prueba.

Por lo que a nuestro parecer la postura más conveniente es la que defiende que es indiferente que lo violentado sea un derecho fundamental o que no tenga ese rango; pues la Constitución otorga el rango de fundamental al derecho a un proceso con todas las garantías, y éste no lo sería si permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que se obtuvieron ilícitamente.

Por lo anterior, entonces ya no se trata de negarle eficacia a la prueba porque ha sido obtenida violentando un derecho fundamental, sin perjuicio de que esto ocurra por sí mismo, sin necesidad de recurrir a otro parámetro, sino que ha de negársele eficacia, también por que el derecho a un proceso con todas las

garantías así lo exige, y esto es ya independiente de la naturaleza del derecho violado en el momento de la obtención de la prueba.

## **¿CUÁLES SON LOS EFECTOS PROCESALES DE LA ILICITUD EN LA PRUEBA?**

El concepto de ilicitud es único para el mundo jurídico en general, y por eso se ha afirmado que la violencia y el dolo o fraude afectan de invalidez los actos procesales, tanto del juez como de las partes. Sin embargo para los actos de prueba no hace falta la declaración de nulidad.

Cuando la ilicitud aparezca de la prueba misma o del procedimiento empleado para practicarla o de otras pruebas ya practicadas, el juez debe rechazarle todo valor en el momento de dictar sentencia; si el hecho que causa la ilicitud no consta en el proceso, la parte perjudicada con la prueba puede solicitar otras para establecerla, y esto es motivo suficiente para otorgarlas en la segunda instancia; si el juez tiene conocimiento extraprocesal de la ilicitud del medio, puede utilizar sus facultades inquisitivas, cuando la ley se las otorgue, o las de dictar medidas para mejor proveer, para aclarar tales hechos.

En ocasiones la violación del procedimiento legal para obtener la prueba puede ser causal de nulidad del acto procesal que la realiza como la usurpación de competencia territorial en la inspección judicial o su práctica sin estar formalmente decretada; pero aun entonces a la parte perjudicada le basta con que el juez le niegue valor en el momento de calificarla.

La parte favorecida con ella tiene interés en que se repita, pero esto lo consigue solicitándolo por ese motivo y el juez debe decretarla sin necesidad de declarar previamente la nulidad de la practicada, si el término probatorio no ha precluido, y en el caso contrario la petición puede formularse en la segunda instancia. Si se declara esa nulidad, sería por excepción inextensible a los demás actos procesales posteriores que no dependan del acto de prueba anulado, porque no

se ve razón alguna para que el procedimiento que sigue no conserve su validez y sería suficiente ordenar que se repitiera su práctica, lo cual requiere que el proceso no haya pasado a otra etapa que haga imposible la práctica de pruebas, por ejemplo, porque ya se haya fallado el incidente dentro del cual tuvo lugar la prueba nula o porque se haya dictado sentencia; por consiguiente, ninguna ventaja trae la declaración de nulidad, que consideramos improcedente, por ser remedio suficiente la repetición de la prueba en la misma instancia o en segunda, si lo solicita la parte interesada o el juez oficiosamente lo decreta para mejor proveer o cuando tenga facultades inquisitivas.

En la mayoría de las veces la ilicitud de la prueba no es causal de nulidad, lo cual es más frecuente en sistemas que, limitan la nulidad a causas determinadas y entonces resulta más claro que el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad y la ineficacia o irrelevancia de la prueba; tal es el caso de la prueba obtenida con violencia ejecutada por el funcionario judicial o de policía o por una de las partes y que es producto del empleo de drogas y procedimientos como el narcoanálisis que suprimen la libertad y la conciencia del sujeto. El juez debe rechazar la admisión o la ordenación de la prueba ilícita, pero si por error o por no aparecer su ilicitud en ese momento llega a recibirla u ordenarla, tal resolución no es obstáculo para que en el momento de valorar su mérito, en la sentencia o en la providencia que resuelva sobre el incidente, la considere ineficaz o inválida.

La ilicitud del empleo de la violencia física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, es universalmente reconocida. La confesión obtenida por medio del tormento, utilizado antiguamente como medio lícito, o por los modernos sistemas de tortura que emplean algunas policías, disfrazada de interrogatorio acompañado de brutalidades o de sistemas agotadores que terminan anulando las resistencias física y síquica de la persona hasta llevarla a inculparse como única manera de ponerle fin a su desesperada situación, es un ejemplo claro de prueba ilícita carente de todo valor; tales métodos deben considerarse implícitamente prohibidos cuando la ley no lo haga expresamente.

Al respecto, el autor Víctor de Santo señala que en las tiranías modernas existen otros métodos que afectan igualmente la voluntad del acusado, como las torturas físicas o psíquicas que llevan al colapso moral, o las drogas que eliminan la conciencia y la personalidad, por ejemplo el narcoanálisis, es decir, que los métodos modernos solo se diferencian del antiguo tormento por el refinamiento de su aplicación, por lo que toda vez que los mismos violan la libertad subjetiva, deben resultar prohibidos.<sup>43</sup>

El autor Eugenio Florian, divide en tres categorías las técnicas modernas y los procedimientos psicológicos para la averiguación de la averiguación judicial, y al respecto señala que estos métodos pueden agruparse entres categorías, según que consistan en provocar en el sujeto que se ha de examinar una considerable disminución del control consciente de sí mismo, de modo que se le disminuyan las facultades de autodefensa; o que tiendan a controlar pura y simplemente la verdad de las declaraciones del sujeto, aprovechándose de sus reacciones psicológicas ante estímulos psíquicos; o que se valgan de fenómenos asociativos, expresamente provocados con palabras-estímulo, a fin de deducir conclusiones que sirvan de indicios.<sup>44</sup>

Muchos países prohíben expresamente el empleo por los funcionarios judiciales de toda violencia física o síquica en el proceso penal; entre estos podemos mencionar a Francia, Alemania, Italia, Suiza, Estados Unidos de Norteamérica, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Colombia. En donde no exista tal prohibición, debe considerarse implícita por las razones ya expuestas.

## **EL EMPLEO DE DROGAS PARA OBTENER CONFESIONES.**

También se prohíbe expresamente en muchos países el empleo de drogas para obtener la confesión o los testimonios, destruyendo la conciencia del sujeto, y por consiguiente sin que exista voluntad ni espontaneidad en la narración obtenida; tal

---

<sup>43</sup> DE SANTO, Víctor, Ob. cit., p. 25.

<sup>44</sup> FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales, Tomo I*, Ob. cit., p. 227.

es el caso del narcoanálisis, la narcosugestión, el hipnotismo, la exploración farmacodinámica por medio de barbitúricos.

Varios de esos métodos pueden acarrear serias lesiones orgánicas o síquicas, pero aun cuando no las produzcan su ilicitud es manifiesta, porque, como el tormento, atentan contra la dignidad de la persona humana y violan los principios de la lealtad y la probidad de la prueba. Algunos códigos penales castigan como delito el someter a una persona a tales medios hipnóticos o a tratamientos con narcóticos y drogas; luego con mayor razón debe considerarse ilícito su empleo por funcionarios del Estado.

En narcoanálisis y los otros métodos químicos como la escopolamina y el pentotal, pueden causar alucinaciones y estados altamente sugestivos, con los cuales el interrogador puede llevar al interrogado a decir lo que quiere o le insinúa, produciéndose falsas declaraciones y fatales errores judiciales; el sujeto puede narrar no los hechos que conoce, sino los que son producto de su imaginación enfermiza o de las imágenes que un interrogatorio insistente le produce, ya que su personalidad se encuentra escindida y no tiene conciencia de sus palabras. Una prueba así obtenida carece de todo mérito y no puede dejarle al juez la menor confianza ni servirle para formar su convicción, sea que goce de libertad para valorarlas o que esté sujeto por la tarifa legal.

El empleo de grabaciones como medios de prueba.- es discutible la licitud del empleo de grabaciones obtenidas subrepticamente, muy usadas en la actualidad, para sorprender conversaciones por teléfono o diálogos íntimos. Algunos autores consideran que con estos métodos se violan los derechos constitucionales de la persona y se atenta contra su dignidad, por lo cual los considera ilícitos y procesalmente inaceptables.

En este sentido se ha pronunciado recientemente la doctrina alemana. Creemos que en ausencia de norma que la prohíba, esta prueba puede ser admitida, siempre que no se viole la intimidad del hogar, asimilándola a la confesión

extrajudicial en documento no auténtico. Su valor depende de la certeza que pueda tenerse sobre su autenticidad, que puede ser probada con declaraciones de testigos imparciales que hayan presenciado la grabación o tomado parte en ella, porque el sonido de la voz es fácilmente imitable, y de la interpretación rigurosa de su contenido, porque las conversaciones grabadas así suelen ser equívocas, ya que sus autores pueden usar términos y frases impensadamente, con intención de manifestar conceptos distintos a los que gramaticalmente les correspondan o pueden ser causadas por preguntas insidiosas o maniobras similares, y existe el peligro de confundir interrogaciones con afirmaciones, cambiando el sentido de la frase.

La finalidad de privarle de efectos jurídicos a la prueba ilícita en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales; es decir que el objetivo perseguido es la transparencia del proceso penal, que no se vea contaminado con la recepción de elementos de prueba logrados por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales.

El concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en la violación a las garantías constitucionales; el investigador se vale de un medio ilícito para lograr la prueba, como por ejemplo cuando obtiene la confesión del hecho por parte del imputado, bajo apremios o tormentos, o cuando allana un domicilio sin orden judicial y secuestra elementos convictivos.

La autora Minvielle Bernardette<sup>45</sup> afirma que “de prueba ilícita podremos hablar toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos de la personalidad”.

---

<sup>45</sup> MINVIELLE, Bernardette, *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*, Córdova, 1987, p.12.

Encontramos como definición de la prueba ilegal “la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; es decir que el núcleo central de la prueba ilegal radica justamente en el quebrantamiento de esas garantías”<sup>46</sup>.

La prueba que se obtiene ilícitamente es la que presenta mayor grado de complejidad, ya que se trata de un medio de prueba que resulta autorizado por el ordenamiento procesal, pero se logra de manera ilegal.

Así, encontramos dos criterios respecto al alcance de la prueba ilegal<sup>47</sup>: a) la regla de exclusión; y b) la doctrina del fruto del árbol venenoso.

La regla de exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales; la doctrina del fruto del árbol venenoso indica que no solo se excluirá del proceso penal aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aún indirectamente, de la primera ilegalidad.

Respecto a la vinculación entre prueba ilegal y garantías constitucionales, la autora Minvielle, sostiene, refiriéndose a la jurisprudencia norteamericana, que las reglas de exclusión representan claramente la elección entre políticas contrastantes, consagrando la importancia del interés constitucional en la tutela de los derechos individuales sobre el interés estatal en la represión del crimen. En definitiva, la exclusión se presenta como instrumento de defensa de las garantías constitucionales ante los ataques de los poderes públicos.<sup>48</sup>

Encontramos en la obra *La prueba ilegal en el proceso penal*, en la que su autor Eduardo Edwards afirma que “la prueba ilegal no tiene fundamento normativo, sino que por el contrario ha sido creación de la jurisprudencia, tanto internacional como nacional, fue la encargada de dilucidar y precisar el contenido y alcance la prueba

---

<sup>46</sup> EDWARDS, Carlos E., Ob. cit., p. 17.

<sup>47</sup> Ibid. p 16.

<sup>48</sup> MINVIELLE, Bernardette, Ob. cit., p. 56.

ilegal a través de los diversos casos que se fueron presentando a la consideración y decisión de los jueces y tribunales, en los cuales estaba en juego una ilegalidad probatoria y la violación de una garantía constitucional”.<sup>49</sup>

En un primer momento lo que se excluyó del proceso penal fue solamente la prueba que era consecuencia directa del acto ilegal; en esta primera etapa se consagró lo que se denomina la regla de exclusión de la prueba ilegal.

En un segundo momento se amplió la proyección del concepto de prueba ilegal, comprendiendo no solamente la prueba obtenida directamente del acto ilícito, sino también la prueba derivada de esa ilegalidad, aunque sea indirectamente; se plasma así la llamada doctrina del fruto del árbol venenoso.

Así fue evolucionando jurisprudencialmente el concepto de prueba ilegal, abarcando sus dos modalidades (regla de exclusión y fruto del árbol venenoso). Pero paralelamente, al mismo tiempo en que se iba perfilando y consolidando la idea de la prueba ilegal, también se generaba la posibilidad de encontrar excepciones al principio general, es decir la alternativa de llegar a la misma prueba que se obtuvo ilegalmente por medio de otro camino o vía; así nació la fuente independiente.

La prueba ilegal y sus consecuencias jurídicas han registrado un rico y abundante desarrollo en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, consagrando las dos modalidades (regla de exclusión y doctrina del fruto del árbol venenoso). Esta evolución jurisprudencial se refirió siempre a las pruebas obtenidas en violación a una garantía constitucional, lo cual permitió precisar el contenido y alcance de la misma. La Corte Norteamericana hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a

---

<sup>49</sup> EDWARDS, Carlos E., Ob. cit., p. 28.

las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

La circunstancia que inició la necesidad de analizar la ilegalidad probatoria radica en la violación de las garantías constitucionales; a partir de que en algunos casos se planteó el quebrantamiento de la garantía de la inviolabilidad del domicilio o la exención de declarar contra sí mismo, comenzó a formarse el concepto de prueba ilegal, lo cual nos permite concluir que la ilicitud probatoria necesariamente se refiere a las garantías que consagra nuestra Constitución.

## **LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA**

Podemos definir a la regla de exclusión como “aquella que impide utilizar en el proceso penal aquella prueba obtenida en violación de garantías constitucionales”.<sup>50</sup>

Por ejemplo, si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.

Es decir, que aquella prueba que resulta consecuencia directa del quebrantamiento de una garantía constitucional, no tendrá eficacia jurídica en el proceso penal; el juez no podrá aprovecharse de ella y debe desecharla. La afectación de una garantía constitucional implica que con esos medios ilícitos se vulnera una garantía consagrada en la constitución, como la inviolabilidad del domicilio, no una mera disposición procesal.

---

<sup>50</sup> Ibid. p. 45.

Dentro de la postura que considera conveniente la aplicación de la exclusión probatoria, se han elaborado diversos argumentos para justificarla: a) Tutela de las garantías constitucionales; b) Prohíbe el empleo de medios ilícitos; c) Presenta un efecto disuasivo; d) Resulta insuficiente con sancionar el abuso; e) Es preferible la impunidad.<sup>51</sup>

### **Tutela de las garantías constitucionales**

Por lo que hace al argumento de la tutela de las garantías constitucionales, encontramos, que por definición, la regla de exclusión significa la inaprovechabilidad de la prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; es decir que la prueba ilegal tutela, en definitiva a todas las garantías que consagra nuestra Constitución; por ende, el primer argumento que justifica la conveniencia de la aplicación de la regla de exclusión, radica precisamente en proteger estas garantías vulneradas.

En ese sentido se afirma que “los defensores de la regla de exclusión de prueba obtenida en trasgresión a garantías constitucionales sostienen, naturalmente, que esa exclusión es un imperativo constitucional. Argumentan que en un régimen jurídico donde se consagran derechos fundamentales de los ciudadanos, ante una violación de tales derechos la respuesta del Estado no puede limitarse a sancionar al oficial de policía responsable de esa violación. Limitar la respuesta estatal a eso, y al mismo tiempo aprovechar la prueba ilegalmente obtenida, implicaría algo así como vaciar de contenido a la garantía que se trate” .<sup>52</sup>

### **Prohibición del empleo de medios ilícitos**

Otro argumento que justifica plenamente la aplicación de la regla de exclusión consiste en que no se pueden emplear medios ilícitos en la investigación penal.

---

<sup>51</sup> Ibid. p. 51.

<sup>52</sup> Idem.

Toda tarea investigativa tendiente a recopilar los elementos de prueba debe efectuarse de manera transparente, es decir respetando las garantías que la Constitución consagra a favor del imputado; en esa labor de compilar la prueba los investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique violentar una garantía constitucional y, paralelamente, contamine al proceso penal con una prueba obtenida ilegalmente; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haber cumplimentado lo que determina la garantía constitucional en cuestión; así, en un allanamiento sería el no contar con la correspondiente orden judicial.

En este sentido la regla de exclusión vendría a jugar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, ya que la prueba lograda en esas ilícitas circunstancias carece de todo valor jurídico. Además, la no aplicación de medios ilícitos también presenta sus implicancias, ya que el proceder del Estado, de sus autoridades, debe ajustarse a la ley, como un imperativo fundamental del Estado de Derecho.

### **Efecto disuasorio**

En cuanto al argumento del efecto disuasorio, este justifica la aplicación de la regla de exclusión evitando las prácticas abusivas por parte de los investigadores en la tarea de recopilar la prueba.

Es decir, que este argumento no se refiere directamente a la exclusión de la prueba ilegal del proceso penal, sino que presenta un objetivo más trascendente; desalentar los abusos funcionales en la investigación de los delitos. Se proyecta más allá del caso en el cual se excluye la prueba ilícita, para convertirse en un procedimiento a observar y seguir.

El mecanismo disuasorio operaría de la siguiente manera: si el investigador sabe que si obtiene una prueba violando una garantía constitucional, la misma no podrá ser aprovechada en el proceso penal, para el futuro, tanto él como sus colegas,

observarán la ley en su labor de recopilar la prueba, respetando las garantías constitucionales, a fin de que su tarea tenga valor en el procedimiento penal.

Si la consecuencia de la prueba ilegal es excluir del proceso penal aquella prueba obtenida en violación a una garantía constitucional, no tiene lógica continuar logrando pruebas de manera ilícita, ya que las mismas no tendrán eficacia jurídica alguna.

Una de las alternativas que ofrece el complejo tema de la ilegalidad probatoria consiste en que en el supuesto de obtenerse una prueba violentando una garantía constitucional, la solución radicaría en sancionar al investigador que cometió el abuso, pero manteniendo la validez de los elementos de prueba logrados en esas circunstancias.

Resultará entonces insuficiente con sancionar solamente el abuso y aprovechar la prueba obtenida; si nos limitáramos solamente a ello, las garantías constitucionales no tendrían verdadera tutela, que es otro de los argumentos que legitima a la regla de exclusión.

Si únicamente se sancionará la violación de domicilio, qué operatividad concreta y práctica tendría la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; para que esta garantía no se convierta en una utopía, no solo debe castigarse la violación domiciliaría sino también prescindir de la prueba obtenida en esas ilícitas condiciones.

La inaprovechabilidad de la prueba obtenida de manera ilegal implica una consecuencia lógica: que esa prueba no servirá para acreditar ni la existencia del hecho delictivo ni la eventual responsabilidad penal del imputado; es decir, que ese delito no podrá ser sancionado penalmente.

Entre las dos alternativas, es decir, aprovechar la prueba y castigar el delito o privarla de efecto jurídico y consagrar la impunidad de ese hecho, la regla de

exclusión opta por la segunda. Obviamente el fundamento de esta elección por la impunidad radica en que se quebrantó una garantía constitucional; teniendo en consideración la importancia que tiene en nuestro sistema penal el respeto por las garantías que consagra nuestra Constitución, es que se debe recurrir a esta extrema solución: la impunidad del delito.

En realidad, la preferencia por la impunidad del delito es la “sanción” que el ordenamiento jurídico impone cuando se obtiene una prueba violando una garantía constitucional; la impunidad del delito es el “costo” por la obtención ilegal de la prueba en el proceso penal.

Así, por el contrario, encontramos argumentos en contra de la regla de exclusión, los cuales pueden sintetizarse en dos: a) un delito no puede justificar otro delito; b) el alto costo social que representa esta regla.<sup>53</sup>

La dinámica de la regla de exclusión implica necesariamente la violación de una garantía constitucional; a su vez esta violación configura un delito por parte del investigador que la quebrantó, tipificando algunos delitos del Código Penal; así, si se violentó la garantía de la inviolabilidad del domicilio, siendo la figura penal de la violación de domicilio.

Los críticos de la regla de exclusión probatoria utilizan la tipificación de estos delitos para plantear que el delito que surge del abuso funcional no puede justificar el delito que se está investigando. Es decir que el delito cometido por el investigador no transforma en lícito el delito que investiga.

Es decir, que la regla de exclusión no produce ninguna conversión, sino que cada cosa sigue siendo lo que es, pero con un agregado: la prueba ilegal no tendrá validez; la consecuencia de esa invalidez, que será la impunidad del delito, no

---

<sup>53</sup> Ibid. p. 66.

debe confundirse con su licitud; estaremos siempre ante un delito, aunque no podrá ser castigado.

Otro argumento que invocan los detractores de la regla de exclusión radica en el supuesto “alto precio” que debe pagar la sociedad al liberar a un delincuente por la aplicación de esta regla, es decir, que por un mero tecnicismo procesal, un peligroso delincuente puede recuperar su libertad; y este segundo argumento de los críticos de la regla de exclusión probatoria también se encuentra profundamente enraizado en la opinión pública; algunos comunicadores sociales, que tanto influyen en la opinión pública, alarman a la comunidad cuando se produce la libertad de algún imputado por la invalidez en la obtención de la prueba, del peligro social que ello significa, con una ignorancia total de los que significan las garantías constitucionales y de las pruebas obtenidas a partir de su violación.

Sin embargo, no existen dos intereses contrapuestos, el interés de la sociedad de castigar el delito y los intereses del imputado a que se respeten sus garantías fundamentales, sino que ambos deben complementarse; además si hablamos de un alto costo que debe pagar la sociedad, ello implica ¿que es más importante, castigar el delito que respetar los derechos del imputado?, y, esto dos intereses no están en pugna sino que deben equilibrarse armónicamente.

## **LA DOCTRINA DEL FRUTO DEL ÁRBOL VENENOSO**

En primer término debe señalarse que esta doctrina, al igual de lo que sucede con la regla de exclusión, no tiene un basamento normativo, ya que no se encuentra regulada en ninguna ley sustancial ni procesal. Por el contrario, se trata de una verdadera creación jurisprudencial.

Esta doctrina, es mucho más garantizadora que la regla de exclusión probatoria, porque va más allá, implica extender la invalidez probatoria a la prueba derivada de la ilegalidad inicial.

Si se analiza esta doctrina desde la perspectiva del valor justicia, la regla de exclusión se queda a la mitad del camino, al invalidar la prueba que es consecuencia directa del acto ilegal, pero no comprende la prueba derivada; sería injusto que únicamente se beneficiara con la invalidez probatoria aquél que hubiese sufrido directamente la ilegalidad, pero no quien también la sufre, aunque indirectamente; ello podría generar la mala práctica de obtener ilegalmente una prueba, conociendo que no tendrá valor por ser una prueba directa, pero que si será aprovechable la prueba derivada de esa primera ilegalidad.<sup>54</sup>

Es decir, que la doctrina del árbol venenoso también está tutelando las garantías constitucionales, ya que para operar esta doctrina se requiere del quebrantamiento de alguna garantía. Asimismo se afirma que esta doctrina viene a cerrar el círculo de la ilegalidad probatoria, comprendiendo hasta sus últimas consecuencias, es decir, las indirectas o derivadas.

Pero la doctrina del fruto del árbol venenoso también encuentra antecedentes en la jurisprudencia norteamericana, en donde se ha desarrollado esta tesis, según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de la prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en el proceso penal. En tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea solo indirecta.

### **Excepción a la prueba ilegal.**

La finalidad que persigue la prueba ilegal, radica en suprimir aquella prueba que fue obtenida en quebrantamiento de garantías establecidas en nuestra Constitución.

---

<sup>54</sup> EDWARDS, Carlos E., Ob. cit., p. 91.

Sin embargo, se plantea el interrogante de si el principio de la prueba ilegal, con sus dos modalidades, puede admitir algún tipo de excepción, es decir, si a pesar de haberse obtenido una prueba violentando una garantía constitucional, por ejemplo el secuestro de un estupefaciente allanando un domicilio sin la pertinente orden judicial, el procedimiento igualmente puede ser válido, si puede ser acreditada la materialidad de ese delito a través de otras pruebas independientes de ese procedimiento ilegítimo.

Ello nos conlleva a la problemática de la fuente independiente de adquisición del material probatorio que viene a operar como una excepción al principio de la prueba ilegal; efectivamente, debe contemplarse la existencia de un cauce de investigación distinto, que permita obtener pruebas independientemente de aquellas obtenidas ilegalmente a través de la violación de una garantía constitucional.

Esta fuente independiente se convierte en una verdadera excepción a la prueba ilegal, ya que en virtud de ella debe declararse inválida la prueba lograda ilícitamente; no obstante, puede existir un cauce investigativo diferente que aporte otras pruebas que igualmente acrediten el delito, puede ser definida como “la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales”.<sup>55</sup>

Se trata de una fuente autónoma, es decir, una vía distinta de adquisición de la prueba, que aquella que se considera ilícita; la autonomía, implica la existencia de otras vías de investigación que permitan llegar a la obtención de medios de prueba que acrediten igualmente la existencia del hecho delictivo.

La fuente independiente hace surgir el interrogante sobre si la prueba autónoma debe existir concretamente o basta con una mera posibilidad de su obtención.

---

<sup>55</sup> Ibid. pp. 126-127.

Para responder a esta interrogante se presentan dos alternativas; por un lado, puede considerarse que basta con la simple “posibilidad” de lograr esa prueba autónoma a través de una vía diferente a la que se reputa ilegal; por otro, puede interpretarse que debe existir concretamente en la causa la vía independiente que permita obtener la prueba, distinta de la lograda ilegalmente. No puede depender de una mera hipótesis, sino que debe existir una constancia explícita en la causa de las diligencias autónomas practicadas por el investigador que conduzca al mismo resultado.

No obstante, algunos autores se interrogan si además de la fuente autónoma, puede existir otra excepción a la prueba ilegal. Por ello brindan algunos ejemplos extremos, como el supuesto en el cual existe el peligro de explosión de una bomba, y los investigadores obtienen la confesión del lugar donde se colocó el explosivo mediante tormentos, o en un secuestro extorsivo en el cual corre peligro la vida de la víctima, y se obtiene el lugar donde se encuentra la misma, a través de la intervención ilegal de una comunicación telefónica.

La autora Bernadette Minvielle enumera las pautas de aplicación del “criterio de proporción”, a fin de evitar un uso distorsionado que arroje por tierra la garantía que supone la inadmisibilidad de la prueba ilegal: esas pautas son: “1.- el valor que contraste con la regla de exclusión, debe reconocer la categoría constitucional, pues solo con él pueden ser parangonados los que resulten protegidos por la inadmisibilidad...; 2.- el criterio de proporción no supone contraponer en abstracto los valores o intereses involucrados, sino analizar para cada caso, en la situación de hecho planteada, los beneficios de la realización del derecho y los perjuicios de su no realización...; 3.- al calificar en concreto la conducta ilícita, han de valorarse las distintas circunstancias concurrentes...; 4.- por su propio carácter excepcional, la admisibilidad sólo puede tener lugar en la medida de lo estrictamente necesario para precaver el daño, pero nunca podrían utilizar como prueba en contra del imputado.”<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> MINVIELLE, Bernadette, Ob. cit., p. 119-121.

### 3.- PRUEBA PROHIBIDA

La prueba que esta prohibida directamente por la ley procesal, es ilegal en sí misma, no ofreciendo mayor problemática; basta con que se la detecte para desecharla del proceso penal.

Los autores clasifican de diversas formas la materia relativa a las prohibiciones probatorias. Así Beling entiende que las prohibiciones probatorias pueden ser examinadas desde dos puntos de vista. Por una parte se dividen en absolutas, siendo éstas las que se refieren al tema probatorio; y las relativas se refieren a los medios probatorios. Las primeras establecen un tema determinado y prohíben al Juez toda prueba sobre él. Las últimas excluyen solo ciertos medios de prueba, sin impedir al Juez esclarecer el hecho por otros medios.<sup>57</sup>

Así también pueden clasificarse en condicionales, por ejemplo la prohibición de interrogar al testigo, si éste se niega a declarar; e incondicionales, por ejemplo la prohibición de interrogar a un funcionario por el mero hecho de serlo. Se distingue entre la prueba prohibida en sentido absoluto y en sentido relativo, según se prohíba un tema concreto o bien se condicione la legitimidad de un cierto medio de prueba a la observancia de determinadas formas.

Las prohibiciones de practicar la prueba pueden ir referidas al tema, los medios o los métodos. Por lo que hace al primero de los mencionados, se prohíbe el tema concreto objeto de prueba, es decir, por ejemplo en el caso de que se trate de materias clasificadas como secretos oficiales; por lo que hace a los medios de prueba, encontramos como ejemplo las testimoniales anónimas; y por lo que hace a las prohibiciones de los métodos se encuentra como ejemplo la tortura física o psíquica para obtener una confesión, o una declaración testifical. La hipnosis, el narcoanálisis, el detector de mentiras.

---

<sup>57</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Ob. cit., p. 287.

## CONCLUSIONES

1.- Desde la antigüedad se han incorporado a los procedimientos penales pruebas ilícitamente obtenidas, cuya valoración ha ido evolucionando a través de las diferentes fases de las pruebas judiciales. Así, en la fase étnica o primitiva y la fase religiosa o mística, se consideraba lícito la obtención de las pruebas a través de la tortura, el tormento, etc.

2.- Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las leyes punitivas adquieren un nuevo rumbo, estableciéndose principios penales y procesales, en garantía de los derechos del individuo que pasan a todos los Códigos y procedimientos del mundo.

3.- Se entiende por prueba, jurídicamente “La demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, en las formas admitidas por la ley”.

4.- Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos controvertidos en un proceso.

5.- Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley, tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio, existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por el Tribunal y los demás sujetos procesales, con respeto de los derechos de éstos.

6.- Entendemos por prueba ilegal a la obtención de los elementos de prueba en violación de las garantías constitucionales; es decir, que el núcleo central de la prueba ilegal radica justamente en el quebrantamiento de esas garantías, el investigador se vale de un medio ilícito para lograr la prueba.

7.- El sistema para la valoración de las pruebas en el derecho penal mexicano, es el sistema mixto, es decir, además de que las partes deben sujetarse a las pruebas que señala el artículo 20 Constitucional en su apartado A, fracción V y 206 del Código Federal de Procedimientos Penales; así como la obligación del juzgador a observar las reglas para su valoración, las partes pueden ofrecer y desahogar todo elemento de prueba no especificado por la ley procesal, siempre y cuando no sean contra derecho y vayan contra la moral y las buenas costumbres. En cuanto a su justipreciación, para ciertos medios de prueba atiende las reglas prefijadas, en cambio para otros, existe libertad.

8.- Por valoración o apreciación de las pruebas judiciales se entiende la operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido, siendo esta valoración la actividad intelectual y exclusiva que lleva a cabo el Juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba.

9.- Pruebas lícitas son las que están incluidas entre las autorizadas en la ley o las considere el juez moral y jurídicamente utilizables y que, además, no violen alguna prohibición legal, expresa o tácita, referente al medio mismo, al procedimiento para obtenerlo o al hecho particular investigado. Son pruebas *ilícitas* las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan; si la ley prohíbe el medio de prueba o su empleo en un caso particular o el procedimiento para obtenerlo, su ilicitud resultará evidente y expresa, pero, cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente.

10.- Encontramos diversas teorías por cuanto hace a la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas obtenidas ilícitamente, sin embargo, el inculpado solo tiene la garantía de que se le respeten determinados y concretos preceptos, sino que tiene el derecho a la formalidad jurídica del proceso por entero, es decir,

a un proceso con todas las garantías, al debido proceso y por ello cualquier vulneración que se produzca en esta esfera va a atentar también contra su ámbito jurídico, lo que llevaría a la prohibición de la utilización de la prueba.

11.- Encontramos dos criterios respecto al alcance de la prueba ilegal: a) la regla de exclusión; y b) la doctrina del fruto del árbol venenoso. La regla de exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales; la doctrina del fruto del árbol venenoso indica que no solo se excluirá del proceso penal aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aún indirectamente, de la primera ilegalidad.

12.- La regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol venenoso, las encontramos como dos modalidades de la prueba ilegal; en virtud de la primera, se excluye aquella prueba que es consecuencia directa de la violación de una garantía constitucional; la segunda implica la invalidez de la prueba que es derivada de la ilegalidad inicial.

13.- El principio de la prueba ilegal, con sus dos modalidades, puede admitir algún tipo de excepción, es decir, si a pesar de haberse obtenido una prueba violentando una garantía constitucional, se pueden obtener pruebas independientemente de aquellas obtenidas ilegalmente, a esta excepción se le conoce como fuente independiente, la cual puede ser definida como “la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales”.

14.- El registro de lugares o domicilio, el allanamiento de domicilio, la requisa personal, el secuestro, la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones, son medios de prueba que no se encuentran previstos en el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, no obstante que los mismos tengan la finalidad de la obtención e incorporación al proceso de

elementos de prueba, pues estos últimos a efecto de ser obtenidos deben cumplir con los procedimientos procesales reglamentarios de las garantías constitucionales de las que gozan los ciudadanos, siendo la intimidad, personal y familiar y privacidad inherentes a la persona humana, las cuales se encuentran protegidas en el artículo 20 Constitucional y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que de no cumplir con dichas condiciones son considerados como delitos, los cuales se encuentran previstos en el Código Penal para el Distrito Federal.

15.- El registro de lugares o domicilio, el allanamiento de domicilio, la requisa personal, el secuestro, la interceptación de correspondencia, la intervención de comunicaciones y los avances técnicos entre ellos el teléfono, en sus variadas formas, deben incorporarse al acervo jurídico procesal, estableciéndose los requisitos y procedimientos para ser incluidos, en la medida en que son expresiones de una realidad social, que el derecho no puede desconocer, esto es aplicable al fax, cine, video, internet.

## **PROPUESTA**

En el campo específico de la prueba judicial, la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y, por lo tanto, que exista o no la armonía entre la sentencia y la justicia. La vida, la libertad, el honor y la dignidad, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la apreciación correcta o incorrecta que el Juez haga de la prueba aportada al proceso.

La aprovechabilidad o no de la prueba obtenida de manera ilegal se nos presenta como un fenómeno que registra implicancias políticas, constitucionales y también procesales.

Políticamente la inaprovechabilidad de la prueba lograda de forma ilícita en el proceso penal es lo que reafirma el estado de derecho y lo diferencia de un sistema totalitario; ya que una de las premisas fundamentales del estado de derecho es la sujeción de todos los funcionarios públicos a la ley, por ello, quienes deben velar por el cumplimiento de la ley no pueden violarla obteniendo ilegalmente la prueba referente a la comisión de un delito.

Desde la perspectiva constitucional la prueba ilegal se vincula íntimamente con el respeto de las garantías constitucionales, la problemática de la prueba obtenida ilegalmente implica la flagrante violación de expresas garantías constitucionales, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra una serie de garantías en su parte dogmática de enorme trascendencia en el proceso penal, uno de cuyos pilares fundamentales es el artículo 20 apartado "A" de la Carta Magna.

El registro de lugares o domicilio, el allanamiento de domicilio, la requisa personal, el secuestro, la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones, son medios de prueba que no se encuentran previstos en el

Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, no obstante que los mismos tengan la finalidad de la obtención e incorporación al proceso de elementos de prueba, pues estos últimos a efecto de ser obtenidos deben cumplir con los procedimientos procesales reglamentarios de las garantías constitucionales de las que gozan los ciudadanos, siendo la intimidad, personal y familiar y privacidad inherentes a la persona humana, las cuales se encuentran protegidas en el artículo 20 Constitucional y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; luego entonces los mismos deben incorporarse al acervo jurídico procesal, estableciéndose los requisitos y procedimientos para ser incluidos, en la medida en que son expresiones de una realidad social, que el derecho no puede desconocer, esto es aplicable al fax, cine, video, internet.

No obstante, junto al interés social de la averiguación de la verdad coexisten otros intereses que incluso en ocasiones son de superior valor y llevan necesariamente a impedir esa búsqueda absoluta de la verdad. La investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto, ya que se halla inmerso en la jerarquía de valores ético y jurídicos de nuestro Estado, concluyendo entonces que la verdad no hay que determinarla a cualquier precio, sino que para tutelar otros bienes y valores importantes habría que renunciar también alguna vez a castigar a quien posiblemente sea culpable, luego entonces, a efecto de que esto no suceda, se deberían de establecer los requisitos y procedimientos a seguir para incluir en el proceso las pruebas que no se encuentran reguladas en la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARILLAS BAS, Fernando, El Procedimiento Penal en México, 1ª. edición, editorial Kratos, México, 1988, 467 pp.
2. BORTHWICK, Adolfo E.C., Nociones Fundamentales del Proceso, editorial Mario A. Viera Editor, Argentina 2001, pp. 431.
3. COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 17ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.
4. CRUZ AGUERO, Leopoldo de la, Procedimiento Penal Mexicano: Teoría, Práctica y Jurisprudencia, 3ª edición, editorial Porrúa, México, 1998, 427 pp.
5. CLIMENT DURAN, Carlos, La Prueba Penal, editorial. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 1231 pp.
6. DELMAS-MARTY, Mireille, Procesos Penales de Europa, editorial Edijus, 2000, pp 746.
7. DE LAMO RUBIO, Jaime, El Proceso Penal, editorial Boch, pp.755.
8. DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, 4ª. edición, editorial Porrúa, México 2000, pp. 629.
9. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo De, La Prueba Ilícita Penal: estudio y jurisprudencia, editorial. Aranzadi, Pamplona, 1997, 315 pp.
10. DE SANTO, Víctor, La Prueba Judicial. Teoría y práctica, editorial. Universidad Buenos Aires, 1992. 705 pp.
11. DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 6ª edición, Zavala editor, Buenos Aires, 1988.

12. DIAZ DE LEON, Marco A., Tratado sobre las Pruebas Penales, Tomo II, 5a edición, editorial Porrúa, México, 2000, 637 pp.
13. EDWARDS, Carlos Enrique, La Prueba Ilegal en el Proceso Penal, editorial Córdoba, Argentina, 2000, 251 pp.
14. FRAMARINO DE MALATESTA, Nicola, Lógica de las Premisas en Materia Criminal, Tomo I, editorial Themis, 951 pp.
15. FLORIAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Vol. 1, editorial Jurídica Universitaria, México 2002, 298 pp.
16. ----- De las Pruebas Penales, Tomo I, 3a. edición, editorial Themis, Bogota, Colombia 1990, 424 pp.
17. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos, editorial Porrúa, México 2000. 726 pp.
18. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, El Proceso Penal Mexicano, 2ª edición, editorial Porrúa, México 2003, 604 pp.
19. ----- Programa de Derecho Procesal Penal, 5ª. edición, editorial Porrúa, México 2000, 336 pp.
20. JAUCHEN M., Eduardo, Tratado de la Prueba en Materia Penal, editorial Rubinzal- Culzoni, Argentina 2002, 336 pp.
21. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 5ª. edición, editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1950. 700 pp.
22. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, Instituciones de Derecho Procesal Penal, ediciones AKAL, S.A., 1999, Madrid, España, pp. 600.

23. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 9ª edición, editorial Porrúa, México 2001, 303 pp.
24. MAIER, JULIO, B.J., Las Reformas Procesales Penales en América Latina, 1ª edición, editorial Ad-Hoc, Argentina 2000.
25. MINVIELLE, Bernardette, La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal, Cordova, 1987.
26. PAILLAS PEÑA, Enrique, La Prueba en el Proceso Penal: con Legislación y Jurisprudencia Mexicana, 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, 216 pp.
27. REYNOSO DÁVILA, Roberto, Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología, 1ª edición, editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, 366 pp.
28. RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 26a edición, editorial Porrúa, México 1997, pp. 393.
29. RIVES SEVA, Antonio Pablo, La Prueba en el Proceso Penal, Doctrina de la 2ª. Sala del Tribunal Supremo, 3ª edición, editorial Aranzadi, 1999.
30. VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal, Tomo II, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 528 pp.
31. VERGARA TEJADA, José Moisés, Manual de Derecho Penal, Parte General, editorial Ángel Editores.

## LEGISLACION

- 1.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, editorial Porrúa, México, 2005.

2.- *Código Federal de Procedimientos Penales*, Prólogo: Lic. Efraín García Ramírez, editorial Sista, México, 2005.

3.- *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, Prólogo: Lic. Efraín García Ramírez, editorial Sista, México, 2005.

## DICCIONARIOS

1. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo I –XXVI, editorial Bibliografica Omeba, Buenos Aires, 1954.
2. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I-VIII, 21 edición, editorial Heliasta, Argentina 1989, 800 pp.
3. CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico, 8ª. reimpresión. ediciones Depalma, Buenos Aires 1986, 630 pp.
4. DIAZ DE LEÓN, Marco A., Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el Proceso Penal, Tomo I-II, 4ª edición, editorial Porrúa, México 2000.
5. PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, Tomo I-II, editorial. Porrúa, México, 2000.
6. PAVON VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Tomo II, 2ª. edición, editorial Porrúa, México, 1999.
7. VALLETTA VALLETTA, Maria Laura, Diccionario Jurídico, 2ª. edición, Buenos Aires 2001, 702 pp.

## HEMEROGRAFIA

“Pruebas en material penal”, en *Tribuna Jurídica*, núm. 36. (Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo, octubre, 2003) pp. 75-76.

## PAGINAS WEB

CD-ROM *Ius: Jurisprudencia y Tesis aisladas*, 1917-2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Poder Judicial de la Federación, 2005.

[www.georgetown.edu/pdba/constitutions/argentina/argen94.html](http://www.georgetown.edu/pdba/constitutions/argentina/argen94.html) “Constitución Argentina”, 17 de septiembre del 2005.

[www.juschubut.gov.ar/normativo/códigos/proyecto\\_penal/cpp-indice.html](http://www.juschubut.gov.ar/normativo/códigos/proyecto_penal/cpp-indice.html) “Proyecto del Código de Procedimientos Penales de Argentina” 17 de septiembre del 2005.

[www.constitution.org/cons/brazil/html](http://www.constitution.org/cons/brazil/html) “Constitución Brasil” 17 de septiembre del 2005.

[www.oas.org/jurídico/spanish/tratados.html](http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados.html) “Pacto de San José” 17 de septiembre del 2005.

[www.constitución.es/otras](http://www.constitución.es/otras) “Constitución Alemana” 26 de marzo de 1998, fecha de consulta 17 de septiembre de 2005.