



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO.**

**FACULTAD DE DERECHO.
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER LA :

ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL

P R E S E N T A :

LIC. DOROTEO ALEJANDRO DORADO MENDIETA

**DESCUBRIMIENTOS DE LA CIENCIA COMO
MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL MEXICANO.**



ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS.

MEXICO, D.F.

2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CON MI MÁS PROFUNDO AGRADECIMIENTO

A DIOS:

Por estar conmigo y darme esperanza...

A MIS TÍOS Ma. de Jesús Mendieta Pichardo y J. Aurelio Silva Medina:

Por su amor cariño y protección, quienes me han enseñado ha aceptar las derrotas con la cabeza alta y los ojos abiertos, y aprender a construir todos los caminos en el hoy...

A MI MADRE:

Por demostrar que tener fe, es confiar en que cualesquiera que fueran las cosas que vengan, serán siempre para tu ventaja.

A LUPE Y PEPE.

Por ser importantes para mi...

A MI ALMA MATER:

Por ser mi fuente de inspiración, por darme la oportunidad de crecer, por enseñarme a realizar mis sueños...

A MIS PROFESORES:

Por sus consejos que me ermitieron seguir adelante, que inculcaron en mi el valor del conocimiento, por su paciencia ante mi constante necesidad...

**A LA LICENCIADA ELSA
BARRERA ROLDAN:**

Por la confianza que demostró en
mi y enseñarme que uno mismo
hace la diferencia...

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

Por su tiempo, enseñanza y
preocupación en la elaboración de
la presente investigación de tesis...

A MIS AMIGOS:

Por confiar en mi, con los que
aprendí que la primera ley de la
amistad es pedir a los amigos
cosas honradas; y solo cosas
honradas hacer por ellos...

AL HONORABLE SÍNODO:

Con toda mi admiración y
respeto...

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	I
----------------------	----------

CAPITULO I.

CONCEPTOS.	1
1.1 PRUEBA.	1
1.2 LOS MEDIOS DE PRUEBA.	3
1.2.1 Noción de Medio de Prueba.	6
1.2.2 Distinción entre medios de prueba, prueba y fuente de prueba.	7
1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.	8
1.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN A LOS MEDIOS DE PRUEBA.	11
1.4.1 Principio de averiguación.	11
1.4.2 Principio de inmediación.	12
1.4.3 Principio de apreciación.	13
1.4.4 Principio in dubio pro reo.	14
1.5 PROCESO.	15
1.6 OBJETO DEL PROCESO.	19
1.7 EL DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL.	22
1.8 INSTRUCCIÓN.	23
1.9 JUICIO.	29

CAPITULO II.

MEDIOS DE PRUEBA.	31
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	31
2.2 LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PENAL.	38
a) Confesión.	39
b) Testigos.	43
c) Inspección	50
d) Reconstrucción.	51
e) Confrontación.	52
f) Careo.	54
g) Medios de prueba no especificados.	57
h) La presuncional.	57
i) La documental.	58
j) Peritos.	59
2.3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL DE 1929.	60

CAPITULO III.	
AVANCES TECNOLÓGICOS RECONOCIDOS COMO PRUEBA.	64
3.1 ASPECTOS GENERALES.	64
3.2 MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO	65
3.3 USO DE FOTOCOPIAS.	67
3.4 USO DE GRABACIONES EN DISCOS Y CINTAS MAGNETOFÓNICAS.	73
3.5 DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.	85
3.6 LA FOTOGRAFÍA Y FIRMA DIGITALIZADA.	89

CAPITULO IV.	
ESTUDIO COMPARADO DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	91
4.1 AUTORES MEXICANOS Y LA PRUEBA.	91
4.2 CONSIDERACIONES GENERALES.	95
4.3 LA VERDAD MATERIAL.	95
4.4 MEDIOS DE PRUEBA Y SU SIGNIFICADO.	96
4.5 PETICIÓN DE PRUEBA.	98
4.6 PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN DE PRUEBA.	99
4.7 PROHIBICIÓN DE APROVECHAMIENTO DE LA PRUEBA.	100
4.8 VALORACIÓN.	101

CAPITULO V.	
AVANCES CIENTÍFICOS Y LA CREACIÓN DE DELITOS.	103
5.1 ASPECTOS GENERALES.	103
5.2 LA INFORMATICA EN MÉXICO.	104
5.3 DELITOS INFORMÁTICOS.	108
5.4 CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y FIRMA ELECTRÓNICA.	118
5.5 PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y DE LA INFORMACIÓN.	123
5.6 PROPIEDAD INTELECTUAL.	126
5.7 COMPUTO FORENSE.	127
5.8 CONTENIDOS DE INTERNET.	128
CONCLUSIONES.	130
PROPUESTA.	133
BIBLIOGRAFÍA.	135
DICCIONARIOS.	139
REVISTA	140

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, su primer capítulo desarrolla una semblanza de la prueba en materia penal, comenzando con el concepto, así como diferenciándola de los medios de prueba y las fuentes de la misma, la clasificación de los medios de prueba, así como los principios que rigen; el objetivo de la prueba en el proceso, y el seguimiento en la etapa de instrucción.

Cuando se habla de los medios de prueba es necesario adentrarse en sus antecedentes históricos, por lo cual en el segundo capítulo; se hace énfasis en los medios de prueba en materia penal, citando algunos de ellos como lo pueden ser: la confesión, los testigos, inspección, reconstrucción, confrontación, careo, etc..., cada uno de los cuales se establecen los requisitos en el Código de Procedimientos Penales Vigente Para el Distrito Federal, haciéndose hincapié en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1929.

En el Tercer Capítulo se hará un estudio de la prueba y los avances científicos, por lo tanto es necesario que partamos de la premisa de investigar los adelantos de la ciencia reconocidos como medios de prueba, es decir, aquellos que nuestra legislación vigente acepta como tales, tomando en cuenta los aspectos generales, los medios de prueba en el derecho comparado, el uso de fotocopias, grabaciones en discos, cintas magnetofónicas, documentos electrónicos, la fotografía y firma digitalizada; su trascendencia en el proceso y la manera en que el Juzgador podría en dado caso, darle valor a las mismas o los argumentos por lo cuales no puedan ser tomadas en consideración.

En el Cuarto Capítulo se hace un estudio comparado de la prueba, tanto en el Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal como en el Código Federal de Procedimientos Penales, refiriendo los Autores Mexicanos que hacen un estudio de la Prueba en Materia Penal; lo anterior a virtud de la trascendencia de la prueba en los juicios penales, aspectos generales, la verdad material de que se allega el Juzgador para emitir un juicio, las prohibiciones para realizar la prueba o bien para aprovecharla y los aspectos que considera para darles valor.

Ahora bien, en el Quinto y ultimo Capitulo se mencionarán los avances científicos que han sobrepasado a nuestra legislación, al prever conductas que pudieran ser ilícitas y que debieran atender a la creación de nuevos delitos; se mencionan los llamados delitos electrónicos, por lo cual, analizaremos los contratos electrónicos, la firma electrónica, así como la protección a la privacidad, a la información y en que consiste la Ley de la Propiedad Intelectual en el computo forense y el contenido de Internet.

El hilo conductor que une a las partes de cada capitulo y los varios capítulos entre si, es la verdad durante el proceso penal, es la verdad legal o bien aquella que arroje las pruebas que aporten las partes y debemos admitir que la verdad sólo es percible en forma subjetiva, ya que es la creencia en la percepción de esa conformidad o bien la firme convicción de estar en posesión de la misma.

DESCUBRIMIENTOS DE LA CIENCIA COMO MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.

CAPITULO I.

CONCEPTOS.

1.1. PRUEBA.

El termino Prueba deriva del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

En sentido estricto, la prueba es la obtención y cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. Es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y disputables.

Atendiendo al concepto etimológico, se han creado dos corrientes; la primera, deriva del adverbio latino *probe*, cuya traducción esta referida al hecho de comportarse con honradez y la segunda constituye una derivación de la palabra *probandum* vinculada al hecho mismo de experimentar; por lo anterior,

lo único que se pretende ya sea una u otra corriente significa que probar es evidenciar algo, permitiendo que mediante un razonamiento lógico jurídico se puedan relacionar hechos diversos que en un momento dado permitan establecer la relación causal entre la conducta realizada y el resultado que se pretenda enlazar a esa conducta¹.

De ahí que deba señalarse que no todo lo que existe en el proceso es una prueba en concepto procesal técnico, a virtud de que para serlo, es que esté considerado como tal en la legislatura procesal que está aplicando, de lo contrario sería simplemente un indicio, sin valor legal alguno.

Cabe señalar que la prueba en el proceso no solo es importante para establecer la verdad legal, si no le permite al Juzgador formarse una idea de la personalidad del delincuente y sus motivaciones; en tanto que el delito es la manifestación externa de las pasiones humanas².

Colín Sánchez: “Las pruebas no únicamente acreditan el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, sino que la personalidad del delincuente debe ser valorizada a través de ellas, a fin de acreditar la resolución correspondiente, ya que debe recordar que no toda sentencia debe ser necesariamente condenatoria”³.

También suelen denominarse pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas, con las cuales se pretende lograr la verificación de las

¹ M. ORONoz CARLOS, *“Las Pruebas en Materia Penal”*, ED. Pac, México; DF. 2005. p.1-3

² BAILON VALDOVINOS ROSALIO, *“Derecho procesal penal”*, ED. LIMUSA México, DF. 2003 p.74.

³ COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO, *“Derecho mexicano de procedimientos penales”*, ED. Porrúa S.A. México, 1982 p.300.

afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

1.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La prueba para Ovalle Favela, es: "La obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso"⁴, por lo cual, le resta importancia a aspectos como los documentos y a todo aquello que se encuentre alejado de éstos. El término "hechos" es amplísimo al comprender no sólo a los acontecimientos humanos y sucesos naturales, sino también a los actos jurídicos; los medios de prueba los entiende como: "Los instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho", idea discutible en torno a los medios de prueba, pues con dicha definición desvincula a éstos de la prueba, al no hacer alusión al cercioramiento del juzgador y limitarse a señalar que tenderán a verificar las afirmaciones, de donde resulta cuestionable si las negaciones detectadas en los argumentos propuestos por las partes no serán objeto de los medios de prueba.

Bentham considera que es: "Un hecho supuestamente verdadero considerado como razón suficiente para creer en la existencia o inexistencia de otros hechos".

⁴ OVALLE FAVELA JOSÉ, *"Teoría general del proceso"*, México, ED. Harla, 1991, p. 305.

Guasp, Jaime considera que: "Medio de prueba es todo aquel elemento que sirve de una u otra manera para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. El medio es cualquiera que sea su naturaleza, un instrumento que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal". Concepciones en las cuales se aprecia claramente el manejo de los términos elementos e instrumento de manera arbitraria al utilizarlos como sinónimos, sirve para convencer al juez; o bien como principio procesal que denota el imperio de buscar la verdad.

Marco Antonio Díaz de León considera que: "Es un principio procesal que denota normativamente, el imperativo de buscar la verdad, de que se investigue o en su caso se demuestre la veracidad de todo argumento o hecho que llegue al proceso para que adquiera validez en una sentencia justa"⁵. De las anteriores definiciones se desprende un gran dilema, pues surge la pregunta relativa a ¿cómo definir a la prueba?; si es una obtención del cercioramiento de hechos supuestamente verdaderos; actividades de un principio procesal, un elemento o bien como instrumento. Bien podrían desprenderse una amplia gama adicional de apreciaciones sobre la prueba, pues tal parece que en la doctrina procesal, existe una obstinación por aportar nuevas definiciones sobre la prueba, desestimando en algunos casos las existentes.

Desde principios del siglo XIX, Bentham estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba, el primero como: *el hecho principal*, consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra

⁵ DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. "Tratado sobre las pruebas penales", México, D.F. ED. Porrúa, 1982, p. 54.

parte *el hecho probador*, el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del hecho principal, de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia.

Jesheck considera que existen en el derecho Procesal Penal Alemán, los conceptos de prueba y justificación, términos que tienen un alcance y significado muy distinto, Por un lado, el primero se refiere a aquel medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho y el segundo se aplica no para convencer al juez sobre la existencia de un hecho, sino para proporcionarle datos que le hagan constar la probabilidad de que ese hecho ocurrió⁶. Por lo tanto distingue la finalidad de los medios de prueba y su importancia para la resolución.

Víctor Fairén Guillén establece la necesidad de distinguir entre lo que es fuente de prueba, medio de prueba y la prueba en sí, siendo la fuente de prueba un concepto metajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, en tanto que el medio de prueba es un concepto procesal y la fuente de prueba existe aun cuando el proceso no. Para que tenga el carácter de prueba "Es necesario que la aportemos en el proceso como medio".

Derivado de las distintas concepciones en torno a la prueba, se derivan las innumerables implicaciones de este concepto, de ahí que para algunos sea

⁶ GÓMEZ COLOMER JUAN LUIS, *"El proceso penal alemán"*. Introducción y normas básicas, Barcelona, España, Bosch, 1985, p. 128.

"Un concepto y un fenómeno metajurídico o si se quiere jurídico". El medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognoscente⁷.

1.2.1. Noción de medio de prueba.

Cuando nos referimos a los medios de prueba, estamos hablando de la prueba utilizada en un determinado proceso judicial, es decir, la prueba existe por sí, pero al ser ofrecida y admitida dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio probatorio.⁸

En esta tesitura, se reconocen como medios de prueba: la confesión (artículo 248 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); la testimonial (artículo 255 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); los instrumentos públicos (artículo 250 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); los documentos privados (251 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); los documentos privados comprobados por testigos, se consideran como prueba testimonial (artículo 252 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); el dictamen de peritos (artículo 254 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); la inspección judicial; el resultado de las visitas domiciliarias o cateos (artículo 253 Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal); la reconstrucción de hechos; la documental; la confrontación; la circunstancial; los careos; y, las

⁷ RIVERA SILVA MANUEL, *"El Procedimiento Penal"*, ED. Porrúa, S.A. México, 1976, p. 195.

⁸ Cfr. SANDOVAL DELGADO EMILIANO *"Medios de prueba en el proceso penal"* ED. Cárdenas Editor Distribuidor. México, D.F. 2001 p.14.

llamadas no especificadas. Todas ellas harán que se origine el enlace natural para que exista la verdad conocida y la que se busca.

1.2.2. Distinción entre medio de prueba, prueba y fuente de prueba.

Al distinguir entre un medio de prueba, la prueba y la fuente de la prueba⁹, estamos señalando cuestiones que se encuentran en niveles completamente distintos.

La fuente de prueba vendrá a ser algo preexistente y extraño al proceso penal.

Al medio de prueba lo podemos entender (como los instrumentos, objetos o cosas, y conductas humanas con los cuales se trata de lograr dicho cercioramiento), es un concepto procesal de existencia posterior a la fuente de prueba, siempre y cuando sea ofrecida la fuente de prueba en el proceso penal, sea aceptada y desahogada (practicada) como tal.

La prueba existirá en el momento en que se aporta una fuente de prueba como medio en el proceso y esta sea aceptada y preparada. Al admitirse por el juzgador dicho testimonio, entonces adquiere el carácter de medio de prueba y una vez admitido, preparado, desahogado y valorado, entonces es posible que hablemos de una prueba y no antes.

⁹ Cfr. CARNELUTTI FRANCESCO, *“Estudios de derecho procesal”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo II, 1952, p. 150. FAIRÉN GUILLÉN VÍCTOR, Op. Cit., p. 151.

1.3. CLASIFICACIONES DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

La clasificación más tradicional de las fuentes de prueba es la elaborada por Bentham¹⁰ quien consideraba que existen las siguientes clasificaciones:

a) Medios de prueba personales y reales, los primeros son aquellos aportados por el ser humano y los segundos son generalmente deducidas del estado de las cosas.

b) Medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales, El testimonio se aplica al hecho principal, la testimonial es el más claro ejemplo de ésta; la circunstancial se refiere a objetos o bien vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio.

c) Medios de prueba voluntarios e involuntarios, los primeros se refieren a aquellos llevados al juzgador a la primera solicitud, o sin necesidad de solicitud judicial, sin la amenaza o bien sin necesidad de ninguna medida coercitiva; los segundos llevan consigo una medida de apremio y la orden judicial de realizarse.

d) Medios de prueba por práctica y medios de prueba por documento, Este carácter dependerá de la producción de éstos: si surgen como consecuencia y durante el proceso o bien de manera independiente y sin la intención de utilizarlos en él.

e) Medios de prueba por documentos ocasionales y por documentos preconstituidos. El más claro ejemplo de los primeros es la correspondencia

¹⁰ M. ORONoz CARLOS, *“Las pruebas en materia penal.”* Op. Cit. p.13.

personal, la agenda personal, el diario o cualquier otro documento análogo que no se haya realizado por el autor con la manifiesta intención de utilizarla en un proceso judicial. Por otra parte, si los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con el objetivo de ser destinado posteriormente en un proceso, entonces recibe la denominación de medios de prueba preconstituidos.

f) Medios de prueba independiente de cualquier otra causa y medios de prueba dependientes, Si se refiere a una declaración judicial rendida en el mismo país o bien necesitan de otra condicionante para existir.

g) Medios de prueba originales y derivados, el testimonio sería un medio de prueba original, siempre y cuando sea un testigo presencial y directo de los hechos, pues en caso contrario estaríamos ante medios de prueba derivados. La misma suerte resulta aplicable a los documentos originales y las copias fotostáticas.

h) Medios de prueba perfectos e imperfectos, con la aclaración previa de que la perfección absoluta no es dable de conseguirse ante la imposibilidad de evitar el error de manera plena. Debe mencionarse que en esta clasificación la perfección a la que se alude es relativa, en atención a la ausencia de imperfecciones de las que humanamente es posible identificar. Existen medios de prueba imperfectos por naturaleza, cuando por ejemplo la mente de un testigo lo imposibilita a declarar con apego a la verdad y por otro lado, existen medios probatorios imperfectos en la forma, cuando no se respetan las formalidades a seguirse para tomar la declaración de un testigo.

Por otra parte, otros autores han realizado clasificaciones de las fuentes de prueba, tal es el caso de Gómez Colomer y Fenech, para quienes existen medios de prueba personales, reales¹¹ y materiales.

Finalmente, para García Ramírez¹², existen:

a) Artificiales, creaciones del artificio o de la lógica, tales como la deducción o la presunción. Naturales son las probanzas que se traducen o representan una concreta e histórica realidad (testigos y documentos).

b) Pruebas de cargo, Tienden a comprobar la inculpación, en tanto las de descargo sirven para exonerar al reo.

c) Genérica, Demuestra la existencia del delito; y específica que acredita a los participantes en el ilícito.

d) Directa. En la que el hecho a comprobar puede ser advertido por los sentidos, e indirecta, en la que no existe relación inmediata entre la prueba y el hecho a probar, sino que éste se esclarece con auxilio de una cadena de inferencias (indicio).

e) Histórica. Es la que reproduce el hecho que se trata de probar y crítica, que es la que permite deducir la existencia de tal hecho o su inexistencia.

f) Personal, que recae sobre seres humanos y real, que recae sobre cosas u objetos.

¹¹ Cfr. FENECH, MIGUEL, *“El Proceso Penal”*, Madrid, ED. Egesa, 1978, pp. 100-101.

¹² GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *“Derecho Procesal Penal”*, México, ED. Porrúa, 1974, pp. 287-288.

g) Preconstituidas las cuales se preparan antes del proceso para acreditar oportunamente los hechos. En el derecho romano se hablaba del apoderamiento de animales u objetos que llevasen las personas que se introducían en el fundo ajeno o que conducían a los animales que efectuaban ese allanamiento; la posesión tenía un propósito probatorio. La prueba constituyente se produce una vez surgido el proceso.

1.4. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Podemos señalar cuatro principios con la calidad de rectores del desarrollo de los medios de prueba, sin que esto obste para afirmar que sean los únicos, pero sí los más importantes. Estos principios son: averiguación, inmediación, apreciación e in dubio pro reo.

1.4.1. Principio de averiguación.

Se encuentra íntimamente ligado con la actividad del juzgador respecto al hecho de que se sirve para deducir la propia verdad y se refiere a que éste en su búsqueda de la verdad a través de las pruebas, no queda ligado a las declaraciones de los participantes en el proceso, por ejemplo a la confesión del acusado a determinadas de sus actitudes de este modo su incomparecencia es irrelevante respecto a la cuestión central por cuanto a si es culpable o inocente y a las solicitudes interpuestas, siendo factible que introduzca de oficio las

pruebas que considere pertinentes. Para mayor ilustración basta una lectura del artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra señala: “Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público¹³ y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho”.

1.4.2. Principio de inmediación.

Hace referencia a la conducta que debe adoptar el juzgador ante los medios de prueba en su doble aspecto subjetivo o formal y objetivo o material.

El aspecto formal se refiere a la aspiración de que el juzgador se relacione lo más directamente con los medios de prueba, precisando de ser posible la práctica de los mismos y el aspecto objetivo tiende a que el juzgador dé preferencia para formar su convicción a aquellos medios de prueba en más directa relación con el hecho, circunstancia o conducta a probar.

Un ejemplo característico es el contenido del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales tercer párrafo que a la letra señala: "En el proceso, los tribunales presidirán los actos de prueba y recibirán por sí mismos, las declaraciones", de donde se desprende claramente el principio de inmediación desde el punto de vista formal pues se obliga a los titulares de los tribunales a recibir por sí mismos las declaraciones y demás actos de prueba.

¹³ M ORONoz CARLOS, *“Las pruebas en materia penal”* Op. Cit. p.9.

1.4.3. Principio de apreciación.

Para Niceto Alcalá Zamora y Castillo existen cuatro sistemas de apreciación de las pruebas: ordálico, legal, libre y el de sana crítica o apreciación razonada:

a) Ordálico: Es aquel sistema de apreciación de las pruebas que deriva de la divinidad, siendo ésta quien decide lo relativo al valor mismo de la prueba, ateniéndose el juez a los resultados físicos de la ordalía.

b) Legal: Este sistema de apreciación se refiere a la situación de que la ley es la encargada de fijar el valor rigurosamente tasado de cada prueba, este régimen se considera como absurdo.

c) Prueba libre: En este sistema el juez aprecia sin mayor vínculo, el valor que cada prueba le merece, sin cuidar de convencer en torno al porqué de tal determinación.

En este sistema sólo se trata de vencer y no de convencer; por ejemplo: en los jurados populares, cuando los miembros sólo determinan o se pronuncian por lo relativo a si es culpable o inocente el procesado y no las pruebas aportadas y el valor de cada una.

d) Sana crítica: En este sistema el juez resuelve sobre el valor de la prueba al margen de cualquier paradigma legal, pero fundado y motivando el porqué de su proceder.

En nuestro país encontramos la aplicación de los sistemas anteriores salvo el ordálico. La prueba tasada o legal es el sistema adoptado por la

generalidad de los códigos procesales penales del país y el sistema de sana crítica al cual se acoge el Código Federal de Procedimientos Penales, tal como se desprende del texto del Artículo 290 al expresamente señalar que "Los tribunales, en sus resoluciones expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba", motivo por el cual, podemos deducir que los tribunales no están sujetos a reglas de valoración derivadas de una tasación legal, sino a valorar los medios de prueba a partir de razonamientos claramente expuestos.

1.4.4. Principio in dubeo pro reo.

Se basa en el sentido de que en caso de duda hay que fallar en favor del acusado¹⁴, no se encuentra expresamente formulado en el Código Adjetivo Federal, pero sí en el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a la letra consigna "*En caso de duda debe de absolverse*". En el anterior Código Federal de Procedimientos Penales artículo 252, se contemplaba de manera expresa dicho principio, al señalarse en los mismos términos en que actualmente dispone el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

¹⁴ IRAGORRI DIEZ BENJAMIN, "*Curso de pruebas penales*", Op. Cit. 1983, p. 13.

1.5. PROCESO.

Proceso: sumario, causa, atestado, desarrollo, progreso, juicio, procedimiento.

Una de las figuras trascendentales dentro del Sistema Jurídico de cada país es el Proceso, debiéndose entender éste como el desarrollo ó bien el progreso del juicio, en virtud, de que su principal objetivo es decidir las controversias entre las partes, entre los entes jurídicos que se encuentran en conflicto. Algunos autores sostienen que el objeto del Proceso es la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo (Chiovenda). Uno de los conceptos más generales es el que sostiene que su objeto y fin es el mantenimiento de la paz social.

Diversas son las teorías que sustentan la naturaleza del proceso, encontrándose entre ellas la teoría contractualista que supone la existencia de una convención entre el actor y el demandado, en la que se fijan los puntos de litigio y en la que tienen su fuente los poderes del Juez. Sus antecedentes se remontan al contrato de litigio del derecho romano *litiscontestatio*, en donde existía un verdadero contrato en el cual quedaban fijadas las cuestiones litigiosas.

La teoría de la relación jurídica fue expuesta por Oscar Bulow en 1868, desarrollada especialmente por la doctrina italiana en la que se afirma que la actividad de las partes y del juez está regulada por la ley, salvo casos excepcionales. El proceso determina la existencia de una relación de carácter procesal entre todos los que intervienen, creando obligaciones y derechos para

cada uno de ellos, pero tendiendo todos al mismo fin común: La actuación de la ley, entendiendo como obligaciones de las partes las cargas procesales que cada uno tiene.

La teoría de las situaciones jurídicas comienza por negar la existencia de la relación procesal, partiendo del supuesto de que no se puede hablar de derechos y obligaciones sino de cargas procesales, las cuales tienen su origen en la relación de Derecho Público, que fuera del proceso existe entre el Estado, el órgano encargado de la jurisdicción y los individuos. Sostiene que el deber del juez de decidir la controversia no es de naturaleza procesal sino constitucional y deriva de su carácter de funcionario público. Por otra parte, argumenta que el proceso implica una cooperación de voluntades encaminadas al mismo fin: *la sentencia*.

Así mismo, la teoría de la pluralidad de relaciones arguye que la relación jurídica nace de la combinación de una obligación y eventualmente de un derecho que tiene por objeto la prestación de una actividad para el desenvolvimiento del proceso¹⁵.

Independientemente de la concepción de cada una de estas teorías, lo que es bien conocido es que uno de los fines que persigue el Derecho es el de proporcionarle tranquilidad jurídica al ciudadano, lo cual se lleva a cabo mediante el principio de legalidad y debido proceso que se encuentra consagrado en nuestra Constitución.

¹⁵ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, “*Procedimiento Penal Mexicano*”, *Op. Cit.* pp. 478-479.

“Artículo 14. “...A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...”

Artículo 16. “...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...”

No puede concebirse el derecho sin un deber correlativo, sin la idea del respeto que legítimamente debe inspirar, pues como lo señala Nicola Framarino: “No es dado concebir el derecho sin la idea del respeto que legítimamente debe inspirar, pues si el reconocimiento o el desconocimiento del derecho de uno dependiese del capricho de los demás, el derecho no sería derecho.”¹⁶

¹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA NICOLA, *“Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”*, Op. Cit. p. 147.

Los fines específicos que persigue el proceso son los de encontrar la verdad histórica del hecho delictuoso y la personalidad del delincuente; dentro de esta búsqueda lo que se trata de conseguir no es sólo el buscar la tranquilidad de la sociedad agredida, sino también de evitar cualquier error judicial en el que se pueda castigar a una persona inocente; es decir, lo que se pretende conseguir es obtener la certeza de la responsabilidad penal de la persona a la cual se le está acusando de haber cometido un delito. En síntesis, se busca comprobar la verdad real respecto a determinado hecho delictuoso y la relación con determinada persona y en su caso aplicar la sanción correspondiente al caso concreto.

Este conocimiento que se pretende adquirir no se produce de una manera desordenada, incoherente o al azar, sino que se tiene que seguir un método científico en forma lógica, en el que se convienen la racionalidad y la objetividad; en la que la investigación se realice de manera experimental, esto es, racionalizando las experiencias para que por medio de las pruebas se pueda llegar a la verdad. En pocas palabras, su sustento se debe realizar en base a la lógica y en la normatividad procesal establecida. Esto último atiende a la manera en como hemos llegado a obtener o presumir alguna hipótesis.

El derecho positivo se diversifica en distintas ramas según sea la naturaleza de las relaciones que regula y ello hace que la tutela jurídica no siempre pueda realizarse por los mismos medios. A ello se debe la existencia de diversos procedimientos en consideración al órgano que deba aplicarlo y al derecho que se intenta tutelar ya sea civil, penal, laboral, administrativo, militar, etc.

1.6. OBJETO DEL PROCESO.

Este se integra con los hechos y su calificación jurídica que se contienen en las pretensiones y defensas de las partes y que constituyen la materia del proceso y el contenido de la sentencia de fondo.

La frase "objeto del proceso", puede entenderse en una doble dirección; por una parte significa el fin que se persigue con la actividad procesal de las partes y del juez, respecto del cual no existe consenso en la doctrina, pero puede afirmarse que en esencia, el propósito inmediato del proceso es la resolución de las controversias jurídicas que a través de él se plantean y además, de manera mediata, el mismo proceso persigue la obtención de la paz social como un fin de carácter genérico.

Sin embargo, es más importante desde el punto de vista de la regulación legal del proceso. El significado del objeto del proceso como el contenido material sobre el cual versa la actividad de las partes y del juez y que debe constituir el contenido y límite de la sentencia de fondo que resuelve la controversia planteada. La doctrina ha puesto de relieve que el mismo proceso es un instrumento para la realización del derecho material o sustantivo y precisamente el objeto del mismo proceso es la vinculación de ambos sectores, el material y el instrumental.

Existe una bibliografía muy amplia que se integra con numerosos estudios de tratadistas extranjeros, especialmente alemanes, sobre el tema del objeto del proceso, pero por el contrario ha sido escasamente abordado por los procesalistas mexicanos, los que hacen una referencia indirecta y

circunstancial sobre esta institución, por lo que no resulta sencillo realizar un examen de la misma en relación con nuestro derecho positivo.

Al respecto, podemos partir de la base señalada por la doctrina extranjera, en particular por los destacados procesalistas españoles Jaime Guasp y Francisco Ramos Méndez, en el sentido de que el examen del objeto del proceso se refleja en un conjunto de instituciones concretas reguladas por el derecho positivo, tales como: la acumulación, competencia, litispendencia, cosa juzgada y la pretensión procesal, podemos agregar el principio de congruencia entre lo planteado por las partes y el contenido de la sentencia de fondo.

En el proceso penal los problemas relativos a la fijación del objeto o materia del proceso se centran en la calificación jurídica de los hechos considerados como delictuosos, que sirven de fundamento tanto al ejercicio de la acción penal, como a la acusación definitiva que se establece en las conclusiones del Ministerio Público.

Al respecto, puede afirmarse que en el momento de ejercitar la acción penal por conducto de la instancia de la consignación, se debe realizar una clasificación que puede ser provisional respecto de los hechos que se atribuyen al inculgado.

Al dictar el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, el juez de la causa posee la facultad de variar la citada clasificación jurídica de los propios hechos delictuosos. Este último precepto dispone de manera expresa que los citados autos de formal prisión o de sujeción a proceso se dictarán por el delito

que aparezca comprobado, aun cuando con ello se cambie la apreciación legal que de los propios hechos se haya expresado en promociones o resoluciones anteriores. Pero si dichos proveídos se impugnan a través del juicio de amparo, el Juez Federal que conozca del mismo carece de facultades para hacer la citada clasificación de los delitos de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia¹⁷.

La clasificación final de carácter jurídico de los hechos delictuosos y por tanto la fijación del objeto o materia sobre la cual debe versar la sentencia de fondo, se establece en las conclusiones del Ministerio Público y de la Defensa una vez cerrada la instrucción, en la etapa final del juicio en sentido estricto, pues es en esa oportunidad que el Ministerio Público puede realizar una reclasificación de los hechos delictuosos de acuerdo con los resultados de la instrucción, siempre que no altere los propios hechos (Art. 315-319 Código de Procedimientos Penales, 293-297 del Código Federal de Procedimientos Penales). De acuerdo con la jurisprudencia, el juez de la causa debe circunscribirse a los límites de la acusación del órgano acusado establecida en sus conclusiones y no puede rebasarla agravando o variando la petición del acusador¹⁸.

¹⁷ Apéndice al «SJF» 1917-1975, segunda parte, Primera Sala, tesis 38.

¹⁸ Apéndice al «SJF» 1917-1975, segunda parte, Primera Sala, tesis 813.

1.7. EL DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL.

El Derecho Penal Material abarca las normas que se ocupan del nacimiento de la pretensión penal estatal y el Derecho Procesal Penal contiene las normas que regulan la determinación y la realización de esta pretensión penal estatal.

El principal problema al que se tiene que enfrentar el Derecho Penal¹⁹, en general no se constriñe exclusivamente a simples definiciones o fijaciones de los delitos, ya que con ello no se lograrían los objetivos buscados, por lo tanto el Estado para evitar las conductas antisociales que alteran la paz social, recurre a ciertos mecanismos consistentes en la advertencia, en la amenaza de imponer una sanción o una pena a la persona que realice procederes delictuosos, es decir, a quien infrinja la ley, en específico la denominada sustantiva; aún así, esta descripción hecha hipotéticamente y de manera abstracta y genérica no logra por sí sola ninguna finalidad práctica, pues para ello es necesario que la amenaza se vierta a la realidad, aplicándola a los casos concretos, pues con ello se logra que los que no han cometido delitos por temor a la sanción no los realicen o los que ya cometieron la conducta delictiva no vuelan a delinquir, entrando ya en el terreno de la materia adjetiva del Derecho Penal.

¹⁹ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, *“Procedimiento penal mexicano”*, Op. Cit. pp.30-31.

1.8. INSTRUCCIÓN.

Una vez que el órgano jurisdiccional dicta el auto de Término Constitucional en el sentido de Formal Prisión o Sujeción a Proceso, de inmediato se inicia la instrucción, que es el ofrecimiento y desahogo de pruebas ordenadas por el juez, en relación con el delito, sus circunstancias de comisión y las características del inculpado, así como su responsabilidad o irresponsabilidad penal, teniendo en su caso varios periodos para ello, en especial en los procesos ordinarios; así se inicia lo que la doctrina denomina el período de juicio, en tanto que nuestra legislación Procedimental Penal Federal en su artículo primero, lo llama procedimiento penal de primera instancia:

Artículo 1. El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

III El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva...”

Para algunos autores la instrucción en el procedimiento federal abarca dos periodos: el primero; el que va del auto de formal prisión o sujeción a proceso, al que declara agotada la averiguación y el segundo; que principia con

este último auto y termina con el que declara cerrada la instrucción²⁰, tal y como lo señalan los artículos 147 y 150 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 147. La instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años en prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.

Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, en su caso. Dentro del mes anterior a que concluya cualquiera de los plazos antes señalados, el juez dictará auto que señale esta circunstancia, así como la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo. En el mismo auto, el juez ordenará se gire oficio al tribunal unitario que corresponda, solicitándole resuelva los recursos antes de que se cierre la instrucción, y dará vista a las partes para que, dentro de los diez días siguientes, manifiesten lo que a su derecho convenga, indicándoles que de no hacerlo resolverá como lo ordena el artículo 150 de este Código.

Artículo 150. Transcurridos los plazos que señala el artículo 147 de este Código o cuando el tribunal considere agotada la

²⁰ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, *“Procedimiento penal mexicano”*, Op. Cit. pp.480-481.

instrucción lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. 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 desahogo de pruebas hasta por diez días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos en este artículo, el tribunal, de oficio y previa la certificación que haga el secretario, dictará auto en el que se determinen los cómputos de dichos plazos.

Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo previsto en el párrafo anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos.

Artículo 152. El proceso se tramitará en forma sumaria en los siguientes casos:

a) En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, se o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o de 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 que se refiere el artículo 307.

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 procesa, 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 esté 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 alternativo.

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;

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 este 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 que se refiere el artículo 307.

El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario.

El Título Noveno, Juicio, Capítulo I, Procedimientos ante los Jueces de Distrito muestra el procedimiento que se tiene que seguir en los Juicios sumarios:

Artículo 305. El mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 297, se citará a la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

Artículo 306. En la audiencia podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citado para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, por una sola vez.

Contra la resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de pruebas o cite a nueva audiencia, no procede recurso alguno.

Artículo 307. Cuando se esté en los casos a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 152, la audiencia principiará

presentando el Ministerio Público sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa. Si aquéllas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo anterior, dictándose la sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes a ésta. Si las conclusiones fueren de las contempladas en el artículo 294, se suspenderá la audiencia y se estará en lo previsto en el artículo 295.

De los anteriores artículos, el primer periodo de instrucción se termina en términos generales, con la recepción de las pruebas que las partes y el juez han propuesto. En el segundo periodo, primero se encuentra el auto que declara agotada la averiguación, esta resolución se dicta cuando a juicio del juez instructor, se encuentra agotada la averiguación, por haberse practicado todas las diligencias solicitadas por las partes y las decretadas por él. Dicho auto viene a ser una especie de llamada a las partes, avisándoles que, estando por cerrarse la instrucción deben revisar el expediente con el objeto de que se den cuenta de las diligencias que faltan o en su caso, solicitar el desahogo de ellas.

Después de desahogadas las pruebas o de transcurrido el periodo de ofrecimiento sin que las partes hayan presentado los medios de convicción o expresamente hayan renunciado a ese periodo, se dicta el auto que declara cerrada la instrucción, el cual es llamado en algunas ocasiones “auto de conclusiones”. La resolución citada surte el efecto de declarar cerrado el segundo periodo de la instrucción y en consecuencia, dar por terminada la instrucción.

Así pues, en el juicio ordinario, el procedimiento penal de primera instancia, se integra por estos actos procesales:

- a) El auto que declara agotada la averiguación;
- b) Las conclusiones del Ministerio Público y las de la defensa;
- c) La vista o audiencia final del juicio; y
- d) Sentencia.

Una vez que el juez dicta el auto que declara cerrada la instrucción, se inicia el periodo de alegatos, considerando algunos autores que con este acto se inicia la etapa del juicio, poniendo en consecuencia a la vista de las partes el proceso para que rindan sus conclusiones empezando siempre con las del Ministerio Público, puesto que si no existiera acusación, el proceso se sobreseería. Posteriormente se dará vista a la defensa por el término señalado en las leyes en la materia, culminando con la audiencia de vista de sentencia.

1.9. JUICIO.

Juicio; deriva del latín *judicium* que, a su vez, viene del verbo *judicaria* compuesto de los vocablos *jus*, que significa derecho y *decire, dare*, que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto.

Se habla de juicio al momento en que se declara cerrada la instrucción y en ese momento surge la tercera etapa del procedimiento penal, denominada juicio.

El juicio²¹ comprende actos de acusación, actos de defensa y actos de decisión. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su Artículo 1º. Fracción IV enuncia las características de este periodo, denominándolo procedimiento de primera instancia, pero la doctrina suele llamarlo etapa de juicio en la cual el Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa, el o los integrantes de los tribunales valoran las pruebas y posteriormente se dicta sentencia.

Algunos autores consideran que el juicio propiamente dicho es un acto de voluntad del juez, que se traduce en la sentencia, es decir, no es otra cosa que la sentencia misma que por medio del análisis de pruebas se llega al conocimiento de la verdad.

²¹ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, *“Procedimiento penal mexicano”*, Op. Cit. pp. 480-481.

CAPITULO II.

MEDIOS DE PRUEBA.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Los más antiguos antecedentes históricos del Derecho Moderno Occidental se hallan sin duda en el Derecho Griego y esencialmente en el Romano. Es evidente que en estas culturas jurídicas se encuentran las fuentes forenses más relevantes, que han inspirado y dado luz a las nuestras; el desarrollo jurídico, positivo y doctrinal del Derecho Procesal no fue una excepción y dentro de él lo referido a las normas sobre la prueba, que si bien no presentan un desarrollo sistemático, contienen valiosas normas que sirvieron de sustrato a los ordenamientos occidentales.

En esta línea se puede afirmar que tanto en Grecia como en Roma se idearon procedimientos bastante acusatorios, fundados en los principios de publicidad, oralidad e inmediatez y consecuentemente con ellos imperó la libertad de apreciación de las pruebas por parte de los órganos jurisdiccionales, que en sus versiones más clásicas se organizaron como jurados. En Grecia, en su forma más tradicional y representativa se denominaron Dicasterios y en Roma Comicios Centuriados o Comicios de Tribus (suerte de asambleas populares) y los Tribunales por Jurados, *Judices quaestiones perpetuae*.

Sin embargo, con el advenimiento de la Época Imperial Romana, se comienzan a conocer las primeras limitaciones probatorias que vienen a cercenar la libertad que poseían los órganos jurisdiccionales. Especialmente claro es este proceso en materia de prueba de testigos, en que aparece con nitidez el aforismo de que un sólo testigo es ningún testigo: *unus testis nullus testis*, regla que también se halla consagrada en las Sagradas Escrituras y que pervivirá durante muchos siglos. En efecto, el propio MONTESQUIEU sentenció, "Las leyes que condenen a un hombre por la declaración de un sólo testigo, son funestas para la libertad". Aún más, hasta nuestros días, hay legislaciones que la contienen.

Por otra parte, estaban las normas de inhabilidad de testigos denominados improbi y de otras inhabilidades referidas a razones de parentesco o interés contenidas en el Digesto¹; y que las encontramos también en el Nuevo Testamento.

Con respecto al imputado tenemos las normas sobre la tortura como medio de indagación, que se permite desde el principado en adelante.

No obstante, es la Edad Media la época en que a propósito de la fusión de la cultura jurídica romana, influenciada por el Derecho Germánico y el Derecho Canónico, se genera y sistematiza lo que denominamos sistema de prueba legal o tasada. Ello coincide lógicamente con el proceso de instauración del sistema inquisitivo. Lo cierto es que originalmente el Derecho Canónico utilizaba la acusación privada como forma de excitación de la persecución criminal. No obstante el principio acusatorio se fue abandonando

¹ Tomo II, Título V, 4,5,6, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24.

progresivamente, hasta que a fines del siglo XII y principios del XIII, bajo el pontificado de Inocencio III, se consagró definitivamente el principio inquisitivo.

Este sistema inquisitivo supuso la consagración definitiva del sistema de prueba legal, creación que tuvo su origen en la influencia del Derecho Canónico desde la perspectiva jurídica y de la escolástica desde la filosófica. El sistema inquisitivo nace inspirado en dos ideas primordiales, por una parte, la necesidad de combatir aquí en la tierra mediante el Derecho el mal o la maldad humana, y en segundo lugar, pretende descubrir la verdad respecto de todo hecho delictual pues el delito representa el pecado social que incumbe a todos; y a la colectividad perseguir (oficialidad) y para ello se debe dotar al encargado de cumplir estas labores (juez inquisidor) de importantes poderes.

Es la influencia del Derecho Romano Canónico y especialmente de la escolástica, lo que hace al sistema inquisitivo tender hacia la indagación de la verdad material. Esto queda de manifiesto en los casi ilimitados poderes de investigación de los jueces inquisidores en los cuerpos legales más representativos de este sistema (La Constitutio Criminalis Carolina, Las Partidas o la Novísima Recopilación). Y también explica el lugar privilegiado que le ocupó a la confesión (bajo tortura), como medio de prueba en este sistema. A este medio se le denominó la reina de las pruebas, en cuanto aseguraba la posibilidad de investigar una serie de delitos que por su naturaleza constituían delitos de difícil indagación.

Sin embargo, existía en este medio una suerte de contradicción esencial, porque si bien pretendía la búsqueda de la verdad, su propio mecanismo suponía la fórmula que se contrapone a la misma y que se traduce en la

negación de la libertad de decir lo que se quiere, pues lo que la tortura conseguía era arrancar una declaración que permitiera hacer cesar el dolor de los tormentos más que una declaración verdadera. Este procedimiento podía perfectamente conseguir una declaración de un imputado débil pero inocente, o a la inversa, no obtener la declaración del hombre voluntarioso pero culpable.

Una segunda razón en la impotencia del sistema para la búsqueda de la verdad, viene dada por la imposición al juez del sistema de valoración tasada rigurosamente formalista, del que no se puede apartar llegado el momento de sentenciar. Esto no obstante, opera como el único modo posible de limitar sus notables poderes.

En resumen, lo que sucede es que el legislador en el momento cúlmine de la labor jurisdiccional, sustituye al juez en la apreciación del mérito del proceso y se impone una valoración anticipada y abstracta del legislador. Se podría afirmar que en realidad no se valoran casos sino más bien se valoran hipótesis.

En definitiva, el contrasentido consiste en que el sistema inquisitivo y de la prueba legal y tasada nace para la búsqueda de la verdad material y se tiene que terminar por conformar con una verdad formalista e hipotética.

No obstante y tal vez por la razón indicada es que la doctrina ideó un sistema de prueba que cumpliera con el objetivo de servir de límite a los importantes poderes del juez, a su vez impidiera las eventuales injusticias, a que pudiera llevar el sistema legal en su versión más extrema (positivo). A este sistema se le denominó *prueba legal negativa* y consiste en que la ley si bien

impone los medios de prueba por los cuales se pueden probar los hechos en el proceso y su peso, exige además la convicción personal para poder condenar. De este modo se impide que producto del excesivo formalismo apriorístico y abstracto del sistema legal positivo llegue incluso a afectar el principio de inocencia a través de una condenación injusta.

Esta teoría tuvo sus principales partidarios en FILANGIERI, ROMANOGSI y el propio CARMINAGNI y sus primeras consagraciones legislativas están presentes en la Ordenanza de Procedimiento Penal Austríaca de 1803 y en el Código de procedimiento Penal de la República Cisalpina.

Según lo que hemos dicho, podemos afirmar que el sistema de la teoría legal o tasada pervivirá, desde su generación, durante todo lo que resta de edad media en su versión positiva y con posterioridad en su versión negativa más acorde con las nuevas concepciones políticas y jurídicas que surgen a partir del siglo XVIII.

Sin embargo, con el advenimiento de la época moderna y más precisamente con el movimiento revolucionario Francés, se comienza a cuestionar fuertemente la forma de hacer justicia en materia criminal.

En efecto, desde esta época en adelante se comienza a luchar por un sistema que se adecuara mejor al nuevo modelo político que se pretendía imponer. Un sistema cuyo sustento eran las ideas de la igualdad, libertad política y el reconocimiento de ciertos derechos individuales; lo que se traduce en la concepción del nuevo régimen político republicano. Esto último suponía una nueva forma de hacer justicia conforme al principio de soberanía popular

también manifestada en la función jurisdiccional. El mecanismo para ello será concebir un juicio criminal donde prive la publicidad, oralidad y también en un principio la participación ciudadana en la administración de justicia (se conciben algunas formas de jurado, pero luego se impone en Europa continental la idea de jueces profesionales), y consecuentemente la libertad de convencimiento.

Sobre el sistema de libertad probatoria, nos atenemos a lo expuesto por diversos autores, en el sentido que no se entendió siempre como lo concebimos ahora. Inicialmente, sin duda por el fuerte influjo del ejemplo anglosajón y tal vez del romano clásico, se trató de idear un sistema de íntima convicción más propio de un jurado, en tanto el juzgador no se hallaba en la necesidad de motivar su decisión, se concebía en realidad como un acto de conciencia interna o de pura voluntad y como tal imposible de justificar. En esta línea resulta especialmente claro lo que dispuso el Decreto de 1791 que crea el jurado en Francia, que instaba a estos en los siguientes términos: "La ley no pide cuenta de los medios por los cuales los jurados se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismo en silencio, en recogimiento y busquen determinar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: tendrán por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideren suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios; la ley hace una sola pregunta, que comprende toda la medida de su deber: ¿tienes una convicción íntima?".

Luego esta misma norma pasará al artículo 342 del Código de Instrucción Criminal de 1808 y actualmente se halla casi exactamente igual en el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal Francés.

Este sistema como bien hemos dicho no suponía una motivación del fallo, sino más bien se apoyaba en la idea de la impresión total que se forma el jurado a partir de lo debatido en el juicio oral.

Dicho concepto tuvo sus influencias en Europa continental, especialmente en Alemania y España. En la primera se debatió fuertemente el tema siempre ligado a la necesidad de crear tribunales compuestos por jurado, lo que se produjo a mediados del siglo XIX.

En cuanto a la influencia de la íntima convicción en Chile, el Profesor PAILLAS, constata la existencia de la penetración de esas ideas en la segunda mitad del siglo XIX, pero al parecer por razones ajenas a las que dieron origen al sistema. En efecto, en el año 1876 durante el mes de agosto, se dicta una ley al respecto, que dispone que para los procesos por delitos de homicidio, hurto, robo, incendio y accidentes de ferrocarriles, el tribunal apreciará la prueba con entera libertad.

La motivación de esta norma habría sido facilitar la penalización de estos delitos que en el anterior sistema por razones de la estructuración de la prueba en plena y semiplena, quedaban sin sanción. Recordemos que generalmente la prueba plena estaba apoyada en la confesión que ya no se podía obtener mediante tormentos y que por tanto perdía parte importante de su eficacia, ello

era especialmente grave pues la prueba semiplena no permitía, por sí sola, fundar una sentencia condenatoria.

Sin embargo, la primera norma que se refiere directamente a que los tribunales han de fallar apreciando prueba en conciencia, es la ley que alude a los procesos seguidos por falsificación, adulteración o uso fraudulento de una marca industrial registrada, dictada el 24 de Octubre de 1898.

2.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PENAL

El actual Código Federal de Procedimientos Penales reconoce que pueden ser ofrecidos como medios de prueba: la confesión, la inspección, la reconstrucción, peritos, testigos, confrontación, careos, documentos y todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho a juicio del juez o del tribunal.

El primer Código Federal de Procedimientos Penales aparece en nuestro país el 16 de diciembre de 1908, cuando el entonces Presidente de la República el General Porfirio Díaz, en uso de la autorización concedida por Decreto de 24 de mayo de 1906 y 13 de diciembre de 1907, expidió el Código Federal de Procedimientos Penales.

En dicho Código, el artículo 254 reconocía como medios de prueba: la confesión judicial; los instrumentos públicos y solemnes; los documentos

privados; el juicio de peritos; la inspección judicial; las declaraciones de testigos y las presunciones.

a) Confesión².

Considerada durante años como la reina de las pruebas, formalmente apareció contemplada en el mencionado Código Adjetivo de 1908, no se efectuaba aclaración alguna respecto de lo que debería entenderse por confesión, lo cual representaba un problema de suma importancia.

El mencionado ordenamiento señalaba al respecto de la confesión que haría prueba plena siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos: que esté plenamente comprobada la existencia del delito; que sea hecha por persona mayor de catorce años, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia; que sea hecha ante juez o tribunal de la causa o ante el funcionario de policía judicial que obre en auxilio de la justicia federal y que no haya otras pruebas que a juicio del juez la hagan inverosímil.

De donde se desprende en primer lugar, que el valor atribuído a la misma era de prueba plena si se reunían los requisitos mencionados, de entre los cuales destaca el relativo a la comprobación de la existencia del delito, que nos parece pretendía decir "comprobación del cuerpo del delito" o más bien, como modernamente se diría "comprobación de los elementos del tipo penal" correspondiente.

² Cfr. BAILON VALDOVINOS ROSALIO, *"Derecho procesal penal"*, Op. Cit. p. 77-78.

Posterior al Código de 1908, fue aprobado el Código de Procedimientos Penales de 1934, en donde se le otorga un trato diferente a la confesión, con el valor de plena en los siguientes casos:

a) Cuando fuese vertida en materia de delitos de peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiese sido posible comprobar el cuerpo del delito, pero para el peculado era necesario, además que se demuestre por cualquier otro medio de prueba el hecho de que el inculpado estuviere encargado de un servicio público.

b) Cuando se tratase de un delito de robo y no hubiese sido posible comprobar el cuerpo del delito, entonces, se tendría por comprobado si el inculpado confiesa el robo que se le imputa, aun cuando se ignore quién sea el dueño de la cosa objeto del delito.

De igual manera, se establecía que la confesión debiese reunir los siguientes requisitos:

- Que sea hecha por persona mayor de dieciocho años, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia;
- Que sea hecha ante el funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa o ante el tribunal que conozca del asunto;
- Que sea de hecho propio;
- Que no haya datos que al juicio del tribunal la hagan inverosímil.

En la actualidad, entendemos a la confesión en términos del artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, como:

La declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de 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.

De lo anterior se destaca que:

- a) Es una declaración voluntaria.
- b) Rendida por una persona no menor de 18 años.
- c) En pleno uso de facultades mentales.
- d) Ante el Ministerio Público, juez o Tribunal.
- e) Sobre hechos propios.
- f) Que los hechos sobre los que verse sean constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación.
- g) Con las formalidades señaladas en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- h) Admisible en cualquier estado del procedimiento.

No obstante los requisitos mencionados con antelación, para poder reputarse como válida requiere cumplir con los requisitos siguientes: Art. 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

- a) Que sea hecha por persona no menor de 18 años.
- b) Que sea en contra del confeso.
- c) Que sea hecha con pleno conocimiento.
- d) Que sea sin coacción.
- e) Que sea sin violencia física o moral.
- f) Que sea ante Ministerio Público, Tribunal o juez de la causa.
- g) Que sea con asistencia de su defensor o persona de su confianza.
- h) Que el inculpado se encuentre debidamente informado del procedimiento y del proceso.
- i) Que sea de hecho propio.
- j) Que no existan datos ante el juez o tribunal que la hagan inverosímil.

Con motivo de la reforma del 10 de enero de 1994, las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrá tomar como confesión lo asentado en aquéllas, adicionalmente en el artículo 20 constitucional fracción II se establece la prohibición de obligar a declarar; en caso de ser voluntaria se prevé que sea con la asistencia de su defensor.

En lo relativo a su valor, será la autoridad la que establezca cómo será considerada tomando en cuenta los requisitos señalados por el artículo 287 y razonando la determinación que tiene para valorar jurídicamente a la confesión.

Por último, basta hacer la aclaración de que nuestro actual Código Federal de Procedimientos Penales, claramente ha superado las antiguas

fórmulas establecidas en algunas leyes procesales para la valoración jurídica de la prueba, al disponer en el artículo 285 que todos los medios de prueba o de investigación, incluyendo la confesión, constituyen meros indicios, acabando de esta manera la ley procesal penal mexicana con los viejos moldes de la prueba tasada, en que el juzgador estaba obligado a otorgarle valor probatorio a ciertas pruebas cuya ineficacia resultaba a todas luces manifiesta, así como con la añeja práctica de otorgarle un valor preponderante.

b) Testigos.

Denominada en el Código Federal de Procedimientos Penales de 1908 como declaraciones de testigos, el juez se encontraba facultado para examinar a los testigos³ presentes cuya declaración se solicitara o resultara indicada por cualquier motivo.

Se eximía de la obligación de comparecer como testigos al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculcado, al igual que a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta descendente, sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercero inclusive; sin embargo, en caso de declarar por voluntad propia, se les recibía la declaración correspondiente. Semejante fórmula continúa vigente a la fecha pero de una manera más amplia, toda vez que se incluye de igual manera a los parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente hasta cuarto grado, es decir se aumenta un grado más y se incluye a la línea ascendente, así como a las

³ A. VARELA CASIMIRO, “*Valoración de la prueba*”, ED. Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 2004. p. 255.

personas que estén ligadas con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad.

Estaban obligados a dar la razón de su dicho y debiesen ser citados para comparecer a declarar por medio de cédula, la cual debería contener:

a) La designación legal del juzgado o tribunal ante quien deba presentarse el testigo;

b) El nombre, apellido y habitación del testigo, si se supieren, en caso contrario, los datos necesarios para identificarlo;

c) El día, hora y lugar en que deba comparecer;

d) La pena que se le impondrá si no compareciere;

e) La media firma del juez y la firma entera del secretario de juzgado.

La citación se hacía personalmente al testigo, donde quiera que se le localizara o en su habitación aun cuando no estuviere en ella, pero en este caso se hacía constar el nombre de la persona a quien se entregaba la cédula. Si aquella manifestare que el citado se encontraba ausente, dirá dónde se encuentra, desde qué tiempo y cuándo se espera su regreso; así se hacía constar para que el juez dictara las providencias que fueren procedentes.

Si el testigo se encontrara fuera de la población, pero en el Distrito jurisdiccional, se comisionará al juez del fuero común para que lo examinara o bien si se hallaba fuera del territorio jurisdiccional, se le examinaría por medio de exhorto dirigido al juez de su residencia.

De igual manera, se establecía la prohibición de admitir como testigos a personas de uno u otro sexo que no hubiesen cumplido catorce años; ni las que hayan sido condenadas en juicio criminal, por delito que no sea político, a cualquiera de las penas siguientes: muerte o prisión extraordinaria; suspensión de un derecho civil o de familia; suspensión, destitución o inhabilitación para algún cargo, empleo u honor, en general, que se encuentren en sujeción a la vigilancia de la autoridad política.

Sin embargo, en caso de que las circunstancias así lo exigieren por haberse cometido el delito en alguna cárcel y sin más testigos que los mismos condenados a alguna de las penas referidas, éstos podrán ser admitidos como testigos.

En los demás casos los testigos se examinan:

a) Si ninguna de las partes se opusiere;

b) Si aun cuando haya oposición, el juez cree necesaria la declaración para el esclarecimiento de los hechos, pero en tales casos se hará constar esta circunstancia.

En lo relativo al valor, esta prueba establecía que dos testigos que no sean inhábiles por las causas señaladas harán prueba plena siempre y cuando:

- Convengan no sólo en la sustancia, sino en los accidentes del hecho que refieran.
- Que hayan oído pronunciar las palabras de que se trate o visto el hecho material sobre que depongan.

- Cuando convengan en la sustancia y no en los accidentes, siempre que éstos, a juicio del juez o tribunal no modifiquen la esencia del hecho.

Los requisitos a cumplirse para apreciar la declaración de los testigos consistían:

- Que el testigo no sea inhábil;
- Que por su edad, capacidad o instrucción legal tenga el criterio necesario para juzgar el acto;
- Que por su probidad, por la independencia de su posición y por sus antecedentes personales tenga completa imparcialidad;
- Que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos y que el testigo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otras personas;
- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y
- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno.

En lo referente al número de testigos, se establecía que si ambas partes hubiesen aportado igual número de testigos, el tribunal decidirá por el dicho de los que merezcan mayor confianza y en caso de que todos merecieran igual confianza, se absolvía al acusado.

Si una parte hubiere ofrecido un mayor número de testigos que la otra, el juez o tribunal se decidirá por la mayoría, siempre que en todos concurren los

mismos motivos de confianza. En caso contrario, obrará como le dicte su conciencia, fundando especialmente esta parte de su fallo.

Sólo producían presunción:

a) Los testigos que no convienen a la sustancia, los de oídas y la declaración de un sólo testigo;

b) Las declaraciones de testigos singulares que versen sobre actos sucesivos referentes a un mismo hecho;

c) La fama pública.

Con la entrada en vigor del Código Federal de Procedimientos Penales, la situación en materia de medios de prueba recibió un cambio significativo, pues se eliminó lo relativo al examen de testigos por solicitud previa o por cualquier motivo, introduciéndose lo relativo al examen de testigos cuya declaración soliciten las partes en virtud de ser de interés para la secuela del proceso.

En cuanto a la citación de testigos para declarar, se eliminaron los requisitos que debería contener la cédula y simplemente se mencionó la obligación a cargo de todo testigo de rendir su declaración cuando sea citado para tal efecto, subsistiendo los casos de excepción mencionados en el Código anterior de 1908.

Traduciéndose dicha fórmula en el Código de 1934 en que el juez podría examinar a los testigos cuya declaración soliciten las partes.

Ahora bien, pasando al aspecto relativo a la declaración del testigo⁴, la ley procesal actualmente establece:

Artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federa: “Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar, se les exhortará para que se conduzcan con verdad...”

Prosigue el Código Procesal señalando:

“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 halla ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualquiera otros y si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos...”

Ahora bien, de lo anterior resulta de sumo interés lo relativo a la protesta de decir verdad, la cual no aclara el Código Procesal Penal Federal en qué sentido se hará constar, pero que sí señala el Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, en su artículo 280 el cual a la letra establece:

“A toda persona que deba examinarse como testigo o como perito, se le recibirá protesta de producirse con verdad, bajo la siguiente fórmula: ¿Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir?. Al contestar en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente el falso testimonio...”

⁴ BAILON VALDOVINOS ROSALIO, “*Derecho procesal penal*”, Op. Cit. pp.81-84.

Del precepto anterior, se desprende que la protesta de decir verdad debe cubrir dicho requisito formal a falta del cual se tendrá por no practicada legalmente y de igual manera se desprende de lo anterior que si la persona contesta afirmativamente protestando conducirse con verdad, se le harán saber las sanciones establecidas en la ley para el falso testimonio.

En lo relativo al valor de la declaración del testigo, el tribunal debe tomar en consideración:

- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;
- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad;
- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;
- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales;
- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

El valor que le atribuye el Código Federal de Procedimientos Penales es el de mero indicio, rompiendo con esto la ley procesal federal con los viejos moldes relativos al valor de las pruebas tasado, que continúa en vigor en los más de los códigos procesales estatales de la República Mexicana.

Actualmente, el tribunal conserva su capacidad de interrogar a las partes y la facultad de desechar las preguntas que sean señaladas como impertinentes o inconducentes, sujeto a la regla de la objeción previa de parte o bien a su juiciosa calificación, en este sentido se superó la añeja fórmula que en materia de interrogatorio a testigos autorizaba al tribunal a desechar las preguntas que resultaran capciosas e inconducentes.

c) Inspección.

A través de la inspección, la autoridad ya sea el Ministerio Público o el juzgador, realiza una verificación directa de ciertos hechos, a través de sus propios sentidos, con el objetivo de apreciar la realidad de los hechos controvertidos.

La materia de la inspección acorde con el artículo 208 del Código Procesal Penal Federal, es todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. En todos los casos debe realizarse ante la presencia del Ministerio Público o del juez, según se trate de averiguación previa o del proceso.

Para lograr una descripción de lo inspeccionado, es posible emplear según sea el caso: dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el acta cuál o cuáles de aquéllos, en qué forma y con qué objeto se emplearon, la descripción se debe realizar por escrito, tratando de 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.

Además, es posible examinar a las personas presentes en la inspección, si pueden proporcionar un dato útil para la averiguación. Siendo factible de igual forma, que los peritos puedan estar presentes al momento de realizarse la inspección.

Por otra parte, el Código Procesal Penal Federal señala que podrá tener dicho carácter cuando su objeto sea apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado. El valor de la inspección es pleno a nivel federal.

d) Reconstrucción⁵.

Aun cuando no se encuentra en un sólo apartado, constituye un medio de prueba adicional, consistiendo como su nombre lo indica en la reconstrucción de los hechos en el lugar donde se cometió el delito, cuando dichas circunstancias tengan relevancia. En caso contrario podrá ser en cualquier lugar, sin embargo se requiere de la práctica previa de la inspección en caso de que se deba practicar en el mismo lugar donde ocurrieron los hechos y del examen de los testigos.

Al solicitarse dicha reconstrucción, debe especificarse con claridad cuáles son los hechos y circunstancias a esclarecer, si existen varias versiones

⁵ Ob. Cit. pp.79-81.

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 una de aquéllas. El valor de la reconstrucción es de un mero indicio a nivel federal.

e) Confrontación.

Al momento en que se recibe la declaración de una persona sea a nivel de confesión o bien de testimonio, una persona se refiera a otra, deberá ser de manera clara y precisa, mencionando si le fuere posible; el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarle.

En caso de que el declarante no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presenta, el tribunal procederá a la confrontación. Igualmente procederá cuando alguien declare conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce.

Al momento de practicarse la confrontación se deben cuidar los siguientes puntos:

a) Que la persona que sea objeto de ella no se disfrace, ni se desfigure, ni borre huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla;

b) Que aquella se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aún con las mismas señas que las del confrontado si fuere posible;

c) Que los individuos que acompañen a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales; y

d) En caso de que alguna de las partes estime conveniente que se tomen mayores precauciones, el tribunal podrá acordarlas si lo estima conducente.

El confrontado deberá elegir el sitio en que quiera colocarse con relación a los que lo acompañen y pedir que se excluya del grupo a la persona que le parezca sospechosa. Siendo posible que el tribunal limite el uso de dicho derecho.

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

- Si persiste en su declaración;
- Si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el hecho o si la conoció en el momento de ejecutarlo; y
- Si después de la ejecución lo ha visto, el lugar, con qué motivo y con qué objeto.

Se le llevará frente a las personas que formen el grupo, se le permitirá mirarlas detenidamente, se le prevendrá que toque con la mano al 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. El valor probatorio de la confrontación es de mero indicio.

f) Careo.

En materia de careos⁶, debemos distinguir previamente las tres formas de careo que existen en nuestro país: el constitucional, regulado por el artículo 20 fracción IV; el procesal, previsto en el artículo 265-267 del Código Federal de Procedimientos Penales y el careo supletorio, regulado por el artículo 268 del referido Código Adjetivo.

El careo constitucional lo debemos entender en términos de lo que señala el artículo 20 de la constitución fracción IV, “se admite a efecto de ser careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra, siempre y cuando medie solicitud del inculpado”. Lo cual significa que el careo constitucional, sólo se practicará si el inculpado lo está solicitando eliminándose la práctica de que el juzgador de oficio debiese practicar careos aun sin mediar solicitud a efecto de no violentar la garantía contenida en el precepto constitucional.

El careo⁷ procesal, deriva de lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales deberán practicarse cuando existan contradicciones en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

CAREOS. El careo en su aspecto de garantía constitucional difiere del careo procesal, en cuanto el primero tiene por objeto que el reo vea y conozca a las personas que declaran en su contra, para que

⁶ Cfr. DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, “*Procedimiento penal mexicano*” Op. Cit. pp. 407-434.

⁷ CREUS CARLOS, “*Derecho procesal penal*”, ED. Astrea. Buenos Aires, 1996. p. 480-481.

no se puedan forjar artificialmente, testimonios en su perjuicio y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes en su defensa; y el segundo persigue como fin aclarar los puntos de contradicción que hay en las declaraciones respectivas.

Tomo LXXXVIII, p. 2836, Solórzano Zárate, Juan, 26 de junio de 1946, 4 votos.

La práctica de los careos requiere en términos del Código Procesal que se dé lectura a las declaraciones que se reputen contradictorias, llamando la atención de los careados sobre sus contradicciones, con el fin de que discutan entre sí y pueda aclararse la verdad.

En caso de que no sea posible obtener la comparecencia de alguno de los que deban ser careados, se practica el careo supletorio, leyéndose al presente la declaración del otro y haciéndole notar las contradicciones que hubiere entre aquélla y lo declarado por él.

Si los que tienen que ser careados estuvieren fuera de la jurisdicción del tribunal, se librárá el exhorto correspondiente.

Con referencia a los careos supletorios, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

CAREOS SUPLETORIOS. La primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los careos supletorios no se encuentran tutelados por la garantía consagrada en la fracción IV, del artículo 20 de la Constitución, dado que al ordenar este precepto que en todo

juicio del orden criminal, el acusado debe ser careado con los testigos que deponen en su contra, obliga a establecer el distingo entre el careo en su aspecto de garantía constitucional, y el que se lleva a cabo supletoriamente, es decir, desde el punto de vista procesal, pues el primero tiene por objeto que el reo vea y conozca a las personas que declaran en su contra, a fin de evitar que se forjen testimonios artificiales en su perjuicio y para darle ocasión de integrarlos, de acuerdo con los intereses de su defensa, y el segundo, sólo persigue el propósito de aclarar contradicción que haya en las declaraciones respectivas, y si la responsabilidad penal del acusado está fuera de duda y la autoridad responsable llegó a esta conclusión valorizando las diferentes presunciones que arrojan los hechos comprobados en la investigación, y al estimar dicha prueba presuntiva, no se excedió de las normas reguladoras, la falta de careos supletorios no puede considerarse violatoria de garantías.

Tomo LXXXI, p. 5531, Jurado Acosta, Felipe, 13 de septiembre de 1944, 4 votos.

En relación con los careos se adecuó el contenido del artículo 265 con la reforma de enero de 1994 al Código Adjetivo Federal, para hacer acorde su contenido con el de la fracción cuarta del artículo 20 constitucional, a efecto de establecer que los careos constitucionales sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, eliminando de esta forma la posibilidad de practicar careos a solicitud de la parte acusadora y en oposición del inculcado, situación

que en términos actuales no será factible de presentarse a falta de voluntad del inculpado.

g) Medios de prueba no especificados.

En torno a estos medios de prueba no especificados, debemos mencionar lo que señala el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales al referir: "En las diligencias podrán emplearse según el caso y a juicio del funcionario que las practique, la taquigrafía, el dictáfono y cualquier otro medio que tenga por objeto reproducir imágenes o sonidos, y el medio empleado se hará constar en el acta respectiva."

La existencia de un medio de prueba que alude a la evolución de la ciencia que nos aporta diferentes medios para poder demostrar ciertos hechos, así por ejemplo; para demostrar la existencia de una disposición indebida de dinero a través de una tarjeta de crédito en una caja permanente, es necesario recurrir a una serie de dispositivos magnéticos que no caen dentro de la esfera de ninguno de los medios de prueba considerados por tradición.

h) La presuncional⁸.

Consistirá en las circunstancias y antecedentes que teniendo relación con el delito pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de

⁸ Cfr. SANDOVAL DELGADO EMILIANO, "*Medios de prueba en el proceso penal*", Op. Cit. pp. 251-271.

los hechos determinados, en términos de lo señalado por el Código Adjetivo Penal Federal.

Este medio probatorio ha sido confundido constantemente como indicio; la palabra presunción tiene su raíz en el latín *presumptio, tionis*, que significa suposición que se basa en ciertos indicios, también significa la acción y efecto de presumir que a su vez proviene del latín *praesumere*, que significa sospecha o juzgar por inducción, o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello.

La doctrina procesal clasifica a las presunciones en dos rubros: humana y legal, se derivan del juez las primeras; y las segundas de lo que la ley establece.

i) La documental.

Es posible aportar en el proceso⁹ penal cualquier tipo de documento que aporten las partes, cumpliendo con el requisito de que sea idóneo para demostrar algo.

En materia de documentos es factible hablar de públicos o privados, la idea que tengamos de ellos será la que derive de las prescripciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Tratándose de documentos públicos su valor será pleno si es que son nacionales, hablando de documentos públicos procedentes de extranjero para

⁹ ídem pp. 231-248.

que les atribuya el valor de pleno deberán ser legalizados por el representante autorizado para atender los asuntos de la república en el lugar en donde sean expedidos. La legalización de la firma del funcionario se hará por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores. En caso de no existir representante de nuestro país, entonces, lo certificara el representante de una nación amiga, la firma de dicho representante se legaliza por el ministro o cónsul de esa nación que reside en la capital de la república y la de éste por el funcionario autorizado de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

En caso de documentos privados, deberán ser reconocidos por la parte a la cual se le atribuyan, en caso de no ser reconocidos y de no demostrarse por otro medio que pertenece a la parte, no tienen valor alguno, y en caso de ser reconocidos se les otorgará el valor de mero indicio.

j) Peritos¹⁰.

En caso de que se requieran conocimientos especiales para examinar personas, hechos u objetos, deberá recurrirse a un perito;¹¹ Recordemos que el juez en ocasiones analiza ciertos hechos, documentos o circunstancias que escapan a su conocimiento, requiriéndose el auxilio de ciertos expertos en alguna ciencia, arte u oficio. La intervención del perito se origina por solicitud de las partes o bien a instancia del propio tribunal, pues si traemos el caso planteado con antelación, relativo a la manera de acreditar una disposición ilegal de dinero en un cajero permanente a través de una tarjeta magnética, en

¹⁰ Cfr. BAILON VALDOVINOS ROSALIO, *"Derecho procesal penal"*, Op. Cit pp.84-86.

¹¹ MACHADO SCHIAFFINO CARLOS A., *"Vademécum pericial"*, ED. La Rocca, Buenos Aires, 1999, pp.33-35.

este caso, sin lugar a dudas se precisa de opiniones e informes de expertos en dispositivos magnéticos, a efecto de que pongan en conocimiento del juez su funcionamiento y de esa manera lo ilustre para dictar su resolución.

En la reforma de 1991, del Código Federal de Procedimientos Penales se incorporó la circunstancia de que cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, el juzgador procurará allegarse dictámenes periciales con el fin de ahondar en el conocimiento de la personalidad del procesado y captar su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.

2.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL DE 1929.

De acuerdo con este proyecto de Código, el cuerpo del delito se integra por todos los elementos del tipo penal, tanto los objetivos, como valorativos y subjetivos. Cuando se inicia el proceso ya están practicadas previamente todas las pruebas de que se cometió el delito y el proceso ya nada más versará sobre alguna causa de exclusión o algún otro elemento que excluya el delito, pero en sí la prueba del delito ya viene consumada desde la averiguación previa, lo cual vacía de contenido al proceso, hace que la sentencia se base fundamentalmente en la prueba ministerial y no en la prueba procesal.

La filosofía del proyecto del Código es correcta, pero lamentablemente el cuerpo del delito no permite que la prueba principal y la prueba más importante,

se haga ante el juez en audiencia pública, con contradicción y concentración, sino que se hace en sede administrativa, sin principio de contradicción, sin concentración, sin oralidad, ante un funcionario que actúa con mucho margen de discrecionalidad, por lo que no es una prueba sana ni apropiada para acreditar plenamente el delito y la responsabilidad.

Las diligencias sumariales de investigación no constituyen por lo tanto prueba, ya que su finalidad en nuestro ordenamiento no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral proporcionando los elementos necesarios para la acusación y la defensa¹².

En cualquier caso, para que puedan valorarse como pruebas las diligencias sumariales, éstas deben haber entrado en el juicio en condiciones tales que permitan el debate contradictorio sobre su alcance incriminador.

La idea central que señala con todo acierto el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, se logrará cuando superemos el concepto de cuerpo de delito o de elementos del tipo y elaboremos un concepto, que aunque no sea como el español de indicios racionales de criminalidad permita que la averiguación previa tenga sólo un carácter preliminar para recabar los indicios suficientes para iniciar el proceso penal, pero que las pruebas que deba tomar en cuenta el juez para condenar o absolver sean únicamente las que se lleven a cabo en la audiencia pública ante él, con contradicción y con todas las reglas del juicio oral.

¹² Jaime Vega Torres, en su libro Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal (Madrid, La Ley, 1993, pp. 230 y 231)

El cuerpo del delito constituye un obstáculo tal como está previsto en los artículos 16 y 19 de la Constitución; el proyecto no puede hacer gran cosa frente a un texto constitucional, pero la función de la prueba en materia penal es diferente en cada etapa: en la averiguación previa, su función es la preparación del proceso para determinar si se debe o no procesar a alguien; en el proceso, su función es determinar si los hechos delictivos imputados son ciertos y si el inculpado es responsable de haberlos cometido.

Por lo tanto, es adecuado que el proyecto señale los principios que rigen la actividad probatoria y que corresponden a la tradición clásica de la prueba. En primer lugar, se establece la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, lo cual es un principio general del derecho. Si el juez aplicara su conocimiento sustraería del principio de contradicción ese conocimiento actuando como juez y testigo, con violación del principio que nadie puede ser juez y testigo a la vez. Para la valoración de las pruebas se señala que ésta debe hacerse en conjunto, lo cual puede ser aceptable, pero no debe dar pauta para que la valoración en conjunto implique que no se analice cada uno de los medios de prueba. Se debe combinar la valoración en conjunto con la valoración individualizada de cada uno de los medios de prueba, ya que de otro modo no se cumpliría con la garantía de fundamentación y motivación que establece el artículo 16 de la Constitución. También se reconoce principio de la adquisición de la prueba, de acuerdo con el cual la prueba practicada pertenece al proceso y puede ser utilizada tanto en beneficio como en perjuicio del oferente y no sólo en su beneficio.

De esta forma se reitera el principio de lealtad, probidad y buena fe, se establece el derecho de la prueba que se ha venido reconociendo en los países europeos y que en nuestro caso, deriva en materia penal del artículo 20, y en materia civil del artículo 14, ambos de la Constitución; Igualmente ocurre con el principio de contradicción de manera muy clara. El principio de igualdad en ella también se establece y otro acierto es el establecimiento de la carga en la prueba. Durante mucho tiempo la idea de que el juez estaba facultado para investigar y recabar los medios para acreditar el delito, un juez que se parece mucho al inquisidor, llegó a la idea de que no había carga de la prueba en materia penal. En cambio, el proyecto establece la carga de la prueba del Ministerio Público y del ofendido, para demostrar los hechos en que se funde su pretensión y la del inculcado, así como de la defensa para probar los hechos en que se base su defensa o su excepción.

Por último, la forma como se regulan las diligencias para mejor proveer, porque en el proyecto se aclara con toda precisión que el uso de las facultades del juez para recabar pruebas para mejor proveer no debe subsanar las deficiencias del Ministerio Público. Sería muy grave que el juez hiciera indebidamente esa suplencia, pues se estaría convirtiendo en acusador, tal como ocurría en la Inquisición, que concentraba en un solo órgano las funciones de acusar, defender y juzgar.

CAPITULO III.

AVANCES TECNOLÓGICOS RECONOCIDOS COMO PRUEBA.

3.1. ASPECTOS GENERALES.

El extraordinario progreso alcanzado por la técnica ha puesto al servicio del hombre una serie de instrumentos mecánicos, como la telefonía sin hilos, la televisión, el radar, el registro sonoro, el fax y el correo electrónico. El desarrollo de la física y la química han hecho posibles este adelanto que permite hoy disfrutar de comodidades y ventajas con las cuales no soñaron las generaciones anteriores¹.

El dominio de los espacios aéreos ha reducido las distancias; la telefonía permite comunicarse a través de los mares y continentes; la fotografía, con sus múltiples aplicaciones reproduce imágenes con exactitud en un tiempo reducido; las maquinas fotocopadoras proporcionan en un instante un numero de ejemplares que el esfuerzo humano antes desarrollaba en muchas horas de fatigosa laboral.

Este avance de la ciencia y la tecnología crean al mismo tiempo nuevas formas de vida; el trato cotidiano impone ciertas prácticas, y los negocios se conciertan hoy más coléricamente.

¹ PAILLAS PIÑA ENRIQUE, *“Estudios de Derecho Probatorio”*, ED. Jurídica de Chile, 2002. p.117.

Este progreso ha creado para la jurista un importante campo de investigación, en lo que atañe a la admisión de nuevos elementos representativos.

Nuestros Códigos Civil y de Procedimiento Civil han seguido el sistema tradicional de señalar taxativamente los medios de prueba. Otros contemplan la posibilidad de que cualquier elemento pueda servir para demostrar los hechos.

3.2. MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de la Ciudad del Vaticano en el artículo 87, dice: “Todos los medios aptos para comprobar la verdad de los hechos demostrativos del fundamento de la acción o de la excepción y que sean legal y moralmente legítimos pueden ser dispuestos por la autoridad judicial, a fin de asegurar una decisión de la causa conforme a la justicia.”

El Código de Proceso Civil de Brasil expresa en el artículo 332: “Todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no estén especificados en este Código, son hábiles para probar la verdad de los hechos en que se fundan la acción o la defensa.”

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina reza en el artículo 378: “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de

oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso”.

“Los medios de prueba no previstos, se diligencian aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez” (lo mismo dice el artículo 376 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires).

El Código de Procedimiento Civil de Colombia dispone en el artículo 175: “Sirven como pruebas la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

“El juez practicara las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

En Chile, un criterio similar puede verse en el artículo 15 de la ley 18.101 que fijo normas sobre el arrendamiento de bienes raíces urbanas: “El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar los medios probatorios que estime pertinentes...”; al no haber en el una referencia al *numerus claurus* de medios probatorios, hay base para pensar que en estos procedimientos son indispensables cualquier elemento de prueba.

3.3. USO DE FOTOCOPIAS.

El Código de Procedimientos Civil chileno habla de copias al referirse en el artículo 342 a los instrumentos públicos. Tienen este carácter no solo los documentos originales, sino también las copias a que se refiere el número 2º y siguiente. Como es natural, no alude a las fotocopias las que eran desconocidas a comienzos de siglo, cuando este cuerpo legal fue promulgado².

Con posterioridad, el decreto de la ley 407, el 19 de marzo de 1925, creó una norma que después fue incorporada al artículo 422 del Código Orgánico de Tribunales: “Las copias (de escrituras públicas) podrán ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, litografiadas, fotografiadas o fotograbadas; en ella deberá expresarse si son primeras o segundas copias, y se estampara el signo o sello del notario autorizante”.

Esta disposición, que admite expresamente el uso de las fotocopias en los instrumentos notariales, obvia muchas dudas que se presentan en otras legislaciones y en donde, a falta de un precepto claro, la doctrina ha debido concluir en este sentido. Es el primer texto legal chileno que acoge a uno de estos elementos modernos representativos.

Tampoco existe problema entre nosotros para la aceptación de fotocopias tratándose de otros instrumentos públicos. Puesto que hay un funcionario que certifica su conformidad con el original, que ha sido también debidamente autorizado, no hay obstáculo para reconocer su validez. Los jueces las aceptan y se ve a diario como se otorgan fotocopias de sentencias u

² Ob.cit. p.119.

otras actuaciones, documentos emanados de las autoridades políticas o administrativas.

Como toda copia, sea mecanografiada o manuscrita, si es objetada debe ser cotejada con el original o con otras copias que hagan fe respecto de al parte contraria, a fin de que el tribunal resuelva si se hallan conformes.

Pero el problema se representa en cuanto a la aceptación de fotocopias de instrumentos privados. El artículo 346 del Código de Procedimiento Civil alude a los documentos privados originales.

En general, la doctrina y la jurisprudencia tienden a rechazar las fotocopias de esta clase de documentos, negándoles valor probatorio. Se ha dicho que falta en ellas la firma, que es el elemento esencial en el instrumento privado propiamente; además, se teme que haya trucos fotográficos y se haga aparecer como otorgante a alguien que en verdad no tuvo participación en el documento. La técnica hace posible la suplantación de un texto verdadero por substituciones mediante pegaduras que se disimulan con procedimientos adecuados. En revistas humorísticas suelen insertarse grabados que representan animales con cabeza humana u otros dibujos preparados habilidosamente. También se ha dicho, para denegar a la fotocopia de instrumentos privados el valor que posee el original, que los deudores reciben a veces de sus acreedores, como justificación del pago de sus deudas, el original del título; en ese caso, si los acreedores tomasen la precaución de hacer fotografiar sus títulos antes de entregarlos, podrían alegando que el

original lo extraviaron, hacer valer fotocopias y cobrar de nuevo la misma obligación³.

Sin embargo, a pesar de este rechazo más o menos general de las fotocopias de instrumentos privados, existe hoy una corriente de opinión tendiente a reconocerles valor en ciertas condiciones.

En Francia, la Corte de Casación, en 1926, declaró que las copias de instrumentos privados no tienen ningún valor jurídico y no pueden suplir la falta del original; sin embargo, en otro fallo de 1953 cambió esta jurisprudencia. Se trataba de un juicio sobre investigación de la paternidad. En él se acompañaron fotocopias de cartas que contenían una confesión clara de la paternidad atribuída al demandado. La madre del menor había restituido las cartas originales al pretendido padre, pero guardó copias fotográficas de ellas. El más alto tribunal decidió que: "Habiendo los jueces del fondo comprobado que las fotocopias de cartas contenían una confesión inequívoca, la paternidad y eran la reproducción exacta de cartas desaparecidas, cuya autenticidad no fue impugnada por el demandado, pueden en derecho declarar que importa poco que los escritos, de donde resulta la confesión, hayan desaparecido si su reproducción fotográfica sincera permite establecer que esta confesión ha existido y da de ellos una imagen sincera; que esas reproducciones deben ser aceptadas como de igual carácter de veracidad que las cartas originales". Es necesario observar que en Francia el artículo 1334 del Código Civil dispone que "Las copias, cuando el título original subsiste, no hacen fe sino de aquello que esta contenido en título, cuya presentación puede siempre ser exigida".

³ Ob cit. p.121.

Esta disposición supone la existencia del original. En el caso examinado las cartas habían desaparecido, pero la Corte de Casación reconoció el valor a las fotocopias debido a que no fue impugnada la autenticidad de los documentos en ellas reproducidos. Por eso es que el profesor Savatier, comentando este fallo, opinó que el tribunal había admitido la acción en razón de esta falta de impugnación y que entonces el valor de la fotocopia se había fundado en la confesión del demandado, en circunstancias que el más alto tribunal ha declarado siempre que el escrito exigido por el artículo 340, nº 3º, del Código Civil, debe bastar por sí solo para probar la paternidad. El magistrado Carel, juez del tribunal civil del sena, en un interesante estudio sobre estas materias, muestra su opinión concordante con la decisión de la Corte, y contesta al profesor Savatier diciendo que, en este caso el demandado no confesó su paternidad; solo reconoció la fidelidad en la reproducción de los escritos mencionados. Este magistrado agrega: "Para nosotros una cuestión subsiste: si el original no es presentado y si aquel a quien se opone la fotocopia niega haber escrito y firmado el documento original, ¿se debe rechazar la pieza producida en fotocopia o verificar la escritura y firma que aparecen en ella?. Pensamos que a la fotocopia de un escrito cuyo original no puede ser presentado debería hacer fe mientras no se le impugne en el procedimiento de incription en faux, previsto en los artículos 214 y siguientes del Código de Procedimientos Civil, en los posible simplificado"

En España, Prieto Castro dice: "El documento privado hace prueba si la parte a quién perjudique lo acepta como legítimo, expresa o tácitamente (artículos 512, párrafos 1º 2º, y 604, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y el mismo efecto probatorio produce si, habiendo sido impugnado, del

cotejo resulta la autenticidad (artículos 512, párrafo 3º, y 606 y siguientes de la misma ley). ¿Qué puede oponerse, por tanto, a que el reconocimiento del documento privado o su cotejo se haga a base de la copia fotográfica, en cuanto es un trasunto o reproducción fiel del original?. Piénsese en el caso de que ésta haya desaparecido y sólo se conserve una fotocopia"⁴.

En ese mismo país, una sentencia ha declarado que: "Si bien es cierto que tanto el testimonio notarial como la fotocopia del documento privado no se hallan admitidos por nuestras leyes como medios de prueba..., no es menos cierto que no se puede prescindir de un modo absoluto de la eficacia de dichos documentos en cuanto los mismos vengan a robustecer y corroborar la prueba de la existencia de la cesión o subarriendo, extremo siempre difícil de probar de modo cumplido, y menos de una manera terminante y contundente cuando por la confabulación para llevarlo a efecto sin el consentimiento del arrendador y en perjuicio de éste, les interesa ocultar la realidad del contrato celebrado".

Ahora bien, en nuestro país ¿pueden ser admitidas las fotocopias de instrumentos privados?. Solo si existe el original y es posible hacer el cotejo en caso de impugnación, no existe el inconveniente para aceptarlas. Asimismo, si una reproducción no es redargüida de falsa, esto es, no se desconoce que corresponda a un documento original verdadero, no se ve tampoco el motivo para negarle valor. Pero si el original no existe y la fotocopia es objetada, entonces carecerá de fuerza de convicción. Por ahora la técnica no dispone de recursos para demostrar la autenticidad de un documento a base de simples reproducciones fotográficas, que pueden haber sido contrahechas.

⁴ Cfr. LEONARDO PRIETO CASTRO, "Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", Madrid, 1950, vol. I, p. 159.

Es interesante observar cómo los códigos extranjeros que han reglado especialmente el valor de estos modernos medios representativos, llegan a igual conclusión que la que se acaba de exponer: el Código Civil Italiano promulgado en 1942 expresa: "Las copias fotográficas de las escrituras tienen la misma eficacia que las auténticas, si su conformidad con el original es atestada por oficial público competente o si no es expresamente desconocida" (Artículo 2719).

El Código de Proceso Civil de Brasil dice: "Las reproducciones fotográficas u obtenidas por otros procesos de repetición de los documentos particulares valen como certificados, siempre que el escribano dé fe de su conformidad con el original" (artículo 384), y el artículo 383, norma más general, expresa que: "Cualquier reproducción mecánica, como fotográfica, cinematográfica, fonográfica o de otra especie, hace prueba de los hechos o de las cosas representadas, si aquel contra quien es producida admite su conformidad".

"Único. Impugnada la autenticidad de la reproducción mecánica, el juez ordenará la realización de examen pericial".

Se ve cómo estas disposiciones discurren sobre la base de un reconocimiento de la autenticidad del documento representado en la fotocopia, o en caso de impugnación de un cotejo con el original.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, si bien señala entre los medios de prueba: "Las fotocopias, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, y en general, todos aquellos elementos aportados por

los descubrimientos de la ciencia" (artículo 289), Y agrega en el artículo 373 que: "Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el negocio que se ventile, pueden las partes presentar fotografías o copias fotostáticas", el artículo 336 dispone perentoriamente que: "Los documentos privados se presentarán originales...". En esta forma, a pesar de la amplitud del contenido del artículo 289, limita la aplicación de las fotocopias a los documentos públicos.

Pues bien, como conclusión se debe observar que los avances introducidos por estos modernos textos legales son aparentes en esta materia. Al mismo resultado se puede llegar aplicando la actual ley chilena: ningún inconveniente hay para aceptar las fotocopias de instrumentos privados si no son redargüidas de falsas o, en caso de impugnación, si se cuenta con el original a fin de hacer el cotejo; asimismo si la fotocopia lleva la autorización de un notario que certifica haber tenido a la vista el original y que las partes otorgantes reconocieron sus firmas ante él.

3.4. USO DE GRABACIONES EN DISCOS Y CINTAS MAGNETOFONICAS.

"Yerba volant, scripta manent", decía un antiguo proverbio que sólo atribuía al escrito la virtud de fijar de modo duradero las palabras. El sonido vocal representado por signos era la única forma en que se podía conservar el pensamiento de modo indeleble. Pero, con el correr del tiempo y el progreso de la técnica, estas grafías dejaron de ser el único medio en que la idea se fija de modo material.

En 1856, un francés León Scott, había inventado un aparato mediante el cual traducía las ondas sonoras en curvas superpuestas sobre un cilindro rodante cubierto de humo. Este fonógrafo era un medio de representación gráfica y no una grabación sonora. Pero más tarde, por los años 1877 Y 1878, Edison, utilizando el invento de Scott, ideó el fonógrafo; sobre el cilindro rodante puso una sustancia plástica capaz de grabarse y mediante una membrana elástica y otros dispositivos, obtuvo un mecanismo que permitía registrar la voz humana y oírla posteriormente. Este invento recibió de su genial creador nuevos progresos. En 1887, Berliner creó un aparato más perfeccionado que, por eso se denominó gramófono⁵.

Vino más tarde el microsurco, y con las aplicaciones de la electrónica, se fue renovando la técnica hasta llegar a la grabación magnetofónica⁶; el sonido se fija en una cinta que lleva una lámina metálica o depósito de material magnético. Sus ventajas son enormes sobre el disco por la casi total ausencia de sonidos de fondo y su fácil conservación. Otro gran progreso ha sido el disco compacto.

Hoy el uso de estos aparatos es frecuentísimo, sobre todo con fines de difusión de la palabra y la música a través de la televisión y radio, con el empleo cotidiano que se hace en los hogares de grabaciones de música selecta o popular.

Incluso en los tribunales extranjeros se emplea este sistema de registro. El artículo 174 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés dispone que:

⁵ PAILLAS PIÑA ENRIQUE, *"Estudios de derecho probatorio"*, Op. Cit. p. 125-126.

⁶ FABREGA P. JORGE, *"Medios de prueba"*, ED. Varitec, Panama, 1997 p. 133.

"El juez puede hacer establecer un registro sonoro, visual o audiovisual de todo o parte de las operaciones de instrucción a las cuales procede".

"El registro es conservado en la secretaría de la jurisdicción. Cada parte puede pedir que le sea remitido, a su costo un ejemplar, una copia o una transcripción".

Muchos abogados, profesores y otros profesionales exponen sus clases o discursos y conservan su palabra mediante el magnetófono. Muchos hombres de negocios dictan su correspondencia utilizando también este instrumento. En reuniones importantes una máquina suele estar allí grabando lo que se habla. También se usa que en las conversaciones telefónicas sobre negocios; una grabadora esté conectada a fin de conservar el texto de lo tratado; y son muchas las operaciones mercantiles que se concertan a través del hilo telefónico; con frecuencia se necesita en forma rápida cotizar precios, pedir el envío urgente de ciertas materias y no siempre es conveniente esperar la respuesta que debería viajar por correo (tal vez esa carta traería la noticia de que no existe en plaza un producto y hay otro similar, así la nueva correspondencia sería necesaria). Si una industria precisa con urgencia un repuesto o una materia prima a fin de no paralizar un proceso de fabricación, el teléfono es la vía más expedita. Ciertamente la buena fe y seriedad presiden estas conversaciones, pero si alguna de las partes falta a este deber, si desconoce una negociación concertada, si se niega a recibir la mercadería pedida o respetar los precios convenidos, surge la utilidad de conservar el registro de estas palabras.

En Francia, una sentencia del tribunal civil del Sena, de 28 de junio de 1939, rechazó como prueba unas grabaciones en discos fonográficos que se presentaron en un juicio de divorcio, teniendo en consideración que: "Un disco de fonógrafo es una materia plástica en su mayor parte compuesta de cera, sobre la cual se imprimen las vibraciones sonoras de la voz humana, y que a pesar de su carácter de cosa impresa, no corresponde al escrito a que la ley alude cuando admite la prueba literal..."

Este modo de concebir el documento se ajusta a la idea tradicional, pues, al promulgarse aquellos códigos que tienen muchos años de vigencia, no se conocía otra forma de documentar el pensamiento que la tinta y el papel; pero, hoy ¿es posible ver en la norma una amplitud que permita hacer comprensiva la idea del registro sonoro, dándole una interpretación moderna?. Son particularmente interesantes en este sentido dos sentencias de tribunales franceses que destaco a continuación.

La señorita B. había dado a luz un niño, reconocido por ella, cuya paternidad atribuía a M.B.A., y demandó a éste pidiendo el pago de una pensión alimenticia para el menor; alegó que el pretendido padre había contribuido y tomado el compromiso de subvenir a las necesidades del hijo. En apoyo de su demanda, allegó diversas piezas que estimó constituían principios de prueba por escrito, y además, acompañó la grabación en cinta magnetofónica de dos conversaciones que ella tuvo con su amante, en el curso de las cuales éste habría contraído la obligación de ayudar a la manutención del niño.

La Corte de Apelación de Dijon en un fallo que revocó el de primera instancia aceptó como medio de prueba el registro magnetofónico; dijo así: "Que conviene, sin embargo, examinar si este medio puesto a disposición de los jueces y de las partes por el progreso de la ciencia moderna puede ser utilizado por la justicia y asimilado a un escrito...; que el legislador ha buscado la certeza que puede dar un escrito, y si ella puede resultar de otro medio de prueba, admitirlo es permanecer en el espíritu de la ley; que si puede demostrarse que el registro por magnetófono da la certidumbre de las declaraciones hechas por el interesado, no aparece que haya un motivo serio y valedero para que se rechace como medio de prueba y sobre todo, como un principio de prueba".

Este medio dijo la misma Corte debe ser admitido con circunspección cuando las circunstancias permitan sospechar de su veracidad; una conversación somera, por ejemplo, no podría ser asimilada a un principio de prueba por escrito, pero en el asunto que le fue sometido, "Las dos conversaciones grabadas tuvieron lugar con intervalos espaciados, fueron particularmente largas y detalladas puesto que su texto ocupó varias hojas dactilografiadas, las conversaciones reproducidas tenían una naturalidad y un realismo tan impresionantes y contenían tantos detalles, que no dejaban ninguna duda en cuanto a su autenticidad". La defensa había argumentado que este medio ofrece poca seguridad y por eso la Corte indicó los motivos que formaban su convencimiento.

Otra sentencia, también de la Corte de Dijon, de 26 de junio de 1957, confirmó un fallo de primera instancia que dio lugar a la práctica de un peritaje

para determinar si las mercaderías entregadas por el demandado Delloue a la Société Dijonnaise d'Alimentation du Bétail presentaban las calidades previstas en la convención, que constaron en una conversación telefónica grabada en disco.

El tribunal de comercio, después de haber escuchado las grabaciones, ordenó el peritaje a fin de determinar si las calidades de la mercadería vendida estaban conformes con las estipuladas en el acuerdo y evaluar, en su caso el monto del perjuicio.

La corte, al confirmar el fallo en alzada entre otros fundamentos, dijo: "Atendido que de la audición, a que ha procedido el tribunal, de discos que relatan las palabras intercambiadas por las partes en el curso de una conversación telefónica, resulta que SODIAB había garantido a Delloue la obtención, por medio de harinas que le vendió de pollos de 1.500 gramos en 9 a 10 semanas; que SODIAB se excepciona vanamente de la falta de calidad del autor de la conversación telefónica, el Sr. Abord al servicio de la sociedad, quien había visitado varias veces a Delloue y llevó a cabo las conversaciones relativas a la venta, teniendo calidad para representar a SODIAB, por cuya cuenta obró, y que por otra parte, cumplió los pedidos que se le hicieron..."; por estos motivos confirmó la resolución de primera instancia⁷.

Esta última sentencia, si bien no tuvo la misma precisión que la anterior, implícitamente al aceptar la procedencia de la pericia, dio también por sentado que la grabación en disco es un medio de prueba autorizado por la ley.

⁷ PAILLAS PIÑA ENRIQUE, "Estudios de derecho probatorio", Op. Cit. 127-128.

Es interesante el argumento del fallo de 29 de junio de 1955: "Si el legislador ha buscado en el documento la certidumbre acerca del hecho escrito y si el mismo objeto puede conseguirse por medio de la grabación, admitirla es permanecer en el espíritu de la ley. Ciertamente lo que importa no es tanto que el documento sea un papel escrito (cartón o cuero), sino que es un medio para fijar el pensamiento de modo indeleble y dar la seguridad que la ley busca en él. Si esto mismo se consigue con la grabación sonora, no se ve la razón para negarle la calidad de medio para documentar el pensamiento. Aun más, podría pensarse que consigna las ideas de modo más fiel, puesto que quedan allí las palabras mismas, la voz de quien las pronunció; mientras que el papel conserva la frase con una redacción cuidada, que a veces no fue concebida por quien lo suscribe".

Es útil recordar el Art. 2712 del Código Civil italiano, que dice: "Las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas y en general, cualquier otra representación mecánica de los hechos o de las cosas forman plena prueba de los hechos o de las cosas representadas, si aquel contra el cual son producidas no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas"; está en el capítulo de la prueba documental. Al dársele esa ubicación en el contexto del Código, se asimilaban a los documentos esas reproducciones.

Del mismo modo, el Código de Procedimiento Civil de Colombia dice expresamente en el artículo 251: "Son documentos: los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones,

etiquetas, sellos y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares". Hay aquí una identificación completa entre los escritos y los demás medios representativos⁸.

Cierto es que en otros Códigos modernos no se ha procedido del mismo modo. El de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal coloca los "registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez", en la sección VII del capítulo IV del título sexto, en circunstancias que la prueba instrumental está en la sección III.

Pues bien, en Italia y Colombia las grabaciones sonoras son documentos, parece que esta asimilación no nace de la sola preceptiva legal, sino que es un reconocimiento por parte del legislador de una semejanza que surge de su naturaleza intrínseca. Por eso, como han concluido los tribunales franceses antes indicados, las grabaciones sonoras pueden ser consideradas documentos sin que haya un texto expreso que así lo diga: por su propio carácter tienen cabida en el *numerus clausus* que la ley señala.

La jurisprudencia chilena también lo ha reconocido diciendo: "Si bien es cierto que nuestra legislación no contempla las grabaciones en forma

⁸ Cfr. La Ley nº 18.857, de 16 de noviembre de 1989, modifico diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Agrego el artículo 113 bis, cuyo primer inciso dice así: "Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y en general, cualquier medio apto para producir fe. Estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios". Hay una disposición similar en el artículo 323 del nuevo Código Procesal Penal. Si bien esta norma no es aplicable al procedimiento civil, robustece, no obstante, los argumentos de carácter doctrinario que dan amplio valor a los modernos medios representativos.

específica como medio de prueba, pueden ser asimiladas a la instrumental por registrar hechos tales como estos...”⁹.

¿Qué valor puede atribuirse a la grabación cuando reproduce palabras en que hay declaraciones de voluntad que constituyen un acto jurídico?, puesto que, el instrumento privado propiamente tal debe estar firmado por la parte o las partes respecto de las cuales hace prueba, requisito sin el cual no puede tener ese carácter, no es posible atribuir a la grabación sonora el mérito de un instrumento privado en su sentido propio, pero sí puede dársele el valor de un principio de prueba por escrito o de una confesión extrajudicial que no es puramente verbal, asimilando lo que oralmente se dice a lo que habría escrito gráficamente el autor de esas palabras, si las hubiera puesto en el papel. R. Abrahams dice justamente: "En el campo más importante de las convenciones regidas por el artículo 1341 del Código Civil las cortes y tribunales podrán posiblemente considerar con prudencia que una banda magnética, constituye un principio de prueba por escrito o la relación de una confesión que no es puramente verbal"¹⁰.

Para que el texto grabado tenga valor en juicio es preciso que se practique el reconocimiento en forma legal por la parte a quien se opone, citando al efecto a las partes a una audiencia, a la que puede asistir también un perito.

⁹ Cfr. "Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales", Chile, 1982, sec. 3ª, p. 88.

¹⁰ PAILLAS PIÑA ENRIQUE, "Estudios de derecho probatorio", Op. Cit. p. 132.

Si hay un reconocimiento explícito se obvian muchos problemas, pero puede ocurrir que sea impugnado ese texto, afirmándose que hay en él trucos o adulteraciones, o se desconozca simplemente la voz.

En una sentencia del tribunal civil de Dijon de 16 de noviembre de 1954, se rechazó como prueba de una obligación una cinta magnetofónica, fundándose únicamente en las facilidades que pudo haber para adulterar el texto por medio de trucos.

La Corte de Apelación de Toulouse el 7 de noviembre de 1956, rechazó igualmente como prueba la grabación de un discurso pronunciado en público, también por el riesgo de que se hubiera alterado la verdad; tuvo presente que sólo algunas partes habían sido reproducidas y que se desconocía el conjunto del texto, del cual quizá podría desprenderse una interpretación discordante con la de los pasajes incriminados¹¹.

Es evidente que si no aparece de los antecedentes del proceso un reconocimiento claro de la autenticidad e integridad del texto grabado, éste no puede tener mérito probatorio, pero ¿podría el tribunal ordenar un peritaje en el incidente de impugnación y mandar que se le tenga por reconocido?.

El magistrado Carel, en su interesante estudio, sostiene que basta con analizar los múltiples sonidos de las voces por "Desarrollos en serie de Fourier"; estudiar las variaciones de cada una de ellas en relación con el tiempo, el lugar y las circunstancias, establecer constantes; en resumen, hacer en esta materia lo que Bertillon hizo por las impresiones digitales, para llegar a

¹¹ Ob.cit. p. 133.

reglas, datos o bases científicas que permitan identificar a los individuos por su voz. Refiere que el ministro del Interior M. Gilbert-Jules, se ha preocupado de este asunto y el ingeniero jefe de los servicios técnicos de la prefectura de policía comenzaría pronto este trabajo científico con materiales de los más modernos (escribía esto en 1957).

Por su parte, el profesor Boutry, de física aplicada en el Conservatoire des Arts et Métiers, estima que la voz de una persona es tan característica de ella como sus huellas digitales, que debe ser posible descubrir científicamente si una banda magnética reproduce un texto alterado por trucos y pegaduras, ubicando al efecto el lugar en que habría anomalías para proceder a los exámenes necesarios.

Hoy se practican comúnmente estos análisis espectrográficos, y en nuestro país es el Departamento del Sonido de la Facultad de Artes de la Universidad de Chile el que los realiza con éxito.

Para hacer esta experiencia, se utilizan la grabación en que está la voz indubitada, y otra en que se registra la voz indubitada de la persona respecto de la cual se quiere saber si es suya aquella voz.

Primero se observan el estado y calidad de ambas grabaciones. Si hay sonidos parásitos, se procede a filtrarlos, cuidando de no alterar la información allí contenida. Posteriormente se hace una representación gráfica de las ondas acústicas emitidas por la persona de cuya voz se trata, las que son medidas en función de tiempo, frecuencia y amplitud; mediante un instrumento llamado osciloscopio se pueden comparar las señales que presentan semejanzas

auditivas a fin de orientar la búsqueda de elementos coincidentes en ambas grabaciones, tales como la pronunciación de vocales y transientes espectrales, consonantes e inflexiones de la voz. De este modo se pueden detectar similitudes en las voces comparadas, que se determinan por la coincidencia en la forma de onda.

Viene en seguida el análisis espectral de la voz mediante un analizador de espectros.

Los instrumentos utilizados permiten observar en una pantalla las informaciones que se obtienen, de las cuales se toman fotografías para conservar las imágenes.

Respecto del grado de seguridad de esta prueba pericial, es obvio que no produce una certeza matemática y está sujeta a la verosimilitud que pueda atribuírsele haciendo un examen razonado, pues como todo peritaje, se aprecia según la sana crítica. Ese grado de verosimilitud dependerá ciertamente, de la calidad del material que es puesto a disposición del experto, además de otros factores.

En todo caso, es un progreso notable que se haya logrado éxito en esa difícil tarea de encontrar los secretos recónditos de la voz humana.

Ahora bien, es interesante estudiar algunos textos legales extranjeros que reglamentan este medio de prueba para ver qué solución han dado a este punto. El art. 2712 del Código Civil Italiano, antes citado, dice: "Las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas y en general, cualquier otra representación mecánica de los hechos y de las

cosas forman plena prueba de los hechos o de las cosas representadas, si aquel contra el cual son producidas no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas". Como se ve, no se pone en el caso de que haya impugnación, por lo que parece rechazar la posibilidad de efectuar peritajes que lleven a determinar la autenticidad.

El Código de Procedimiento Civil de Colombia en el artículo 251 guarda silencio sobre este punto, como también el Código Mexicano.

El Código de Processo Civil de Brasil, en cambio, da esta norma: "Impugnada la autenticidad de la reproducción mecánica, el juez ordenará la realización de examen pericial", (art. 383, parágrafo único). Claro es que el resultado de este examen va a depender del avance de la ciencia que permita al perito sentar conclusiones exactas.

3.5. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

La actividad de los negocios, que exige ser cada vez más rápida, encontraba un obstáculo para esa celeridad al tener que acudir a la forma escrita; los documentos firmados eran remitidos de una plaza a otra, a los bancos que intervenían en un crédito documentado o personas interesadas en la negociación, y esto podía ser demoroso. Como se ha visto anteriormente al tratar de los modernos medios representativos, muchos contratos se pactaban por teléfono, hoy también fax; pero no bastaba el simple acuerdo de voluntades

sino que era necesario contar con los respaldos físicos de documentos firmados.

Hoy la Ley n° 19.799, publicada en el Diario Oficial el 17 de abril de 2002, establece la firma electrónica, que es un medio por el cual se suple la ausencia de una firma escrita, utilizando la certificación de los antecedentes del caso por una persona jurídica nacional o extranjera, debidamente autorizada, que cumpla los requisitos que señala esa ley. Estos certificados deberán contener las menciones mínimas que señala el artículo 15 a fin de asegurar su autenticidad, y quedan sin efecto en los casos que indica el artículo 16.

El artículo 3° inciso 1°, dice que los actos y contratos celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito¹².

El artículo 4° expresa: "Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada". Hay que entender que esta disposición se refiere a los documentos oficiales, como son los que contienen resoluciones de la autoridad, las transcripciones o copias de ellas, los oficios dirigidos por funcionarios públicos a otros, los informes de organismos públicos como la Contraloría General de la República y muchos otros, pero no se refiere al instrumento público que define

¹² Ob. Cit. p. 137-139.

el artículo 1699 inciso 1º del Código Civil, el cual debe ser autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, que puede ser un notario en el caso de un acto otorgado ante él, o el oficial civil en el caso de un matrimonio u otro acto. La misma Ley nº 19.799 establece en el inciso 2º de su artículo 3º que lo dispuesto anteriormente no será aplicable a los actos o contratos en que la ley exige "una solemnidad no susceptible de cumplirse mediante documento electrónico", ni en aquellos casos en que se exige la concurrencia personal de alguna de las partes; tampoco se aplica la firma electrónica a los actos relativos al derecho de familia.

Así, en forma expresa, ha quedado excluida la posibilidad de otorgar instrumentos públicos o auténticos, definidos en el artículo 1699 inciso 1º del Código Civil, mediante firma electrónica. La misma idea indica el inciso 2º del artículo 6º.

Pero la firma electrónica puede tener gran aplicación tratándose de operaciones en que se emitan instrumentos privados o haya empleo de documentos oficiales para acreditar determinados hechos, como ocurre en el crédito documentado, especialmente.

El artículo 5º dispone que los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio, y en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:

1º. Los señalados en el artículo anterior harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales;

2º. Los que posean la calidad de instrumento privado tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior, en cuanto hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada. En caso contrario, tendrán el valor probatorio que corresponda de acuerdo a las reglas generales.

Esta disposición no ha modificado las normas contenidas en el Código Civil y que han sido estudiadas anteriormente, puesto que se remite a las reglas generales de derecho.

Como dice el artículo 1702 del Código de Bello: "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos". O sea, hace plena fe respecto de ellas en cuanto a la verdad de las declaraciones dispositivas y de las enunciativas que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Otros documentos privados y el documento oficial se valoran libremente por el tribunal de acuerdo con su persuasión racional.

Si bien el instrumento público o auténtico no puede otorgarse en forma electrónica, otra cosa es que un funcionario otorgue copia autorizada de una escritura pública o de un acta de matrimonio y se haga constar en forma electrónica la firma del ministro de fe.

Pero en caso de juicio se aplican las reglas generales y el documento que lleva firma estampada en forma electrónica puede ser impugnado por falta

de autenticidad o de integridad y el tribunal tendrá que resolver, ya sea por vía principal o incidental.

La nueva ley no ha modificado substancialmente las reglas contenidas en nuestros códigos. Únicamente suple la falta de firma, como en el caso del instrumento privado, o da fe de la que consta en un fax u otro elemento electrónico. Y su importancia es considerable; ejemplo: un comerciante que está en Chile dirige una propuesta a otro que está en Francia y le pide determinada mercadería por un precio que ya estaba convenido; si la persona a quien se ha dirigido acepta la proposición, no puede arrepentirse después, pero en el sistema tradicional tanto la propuesta como la aceptación deben constar por escrito y llevar la correspondiente firma. El nuevo sistema facilita la negociación puesto que esas firmas se harán en forma electrónica.

3.6. LA FOTOGRAFÍA Y FIRMA DIGITALIZADAS

Es probable que la innovación tecnológica amplíe los medios de prueba hoy conocidos. Así por ejemplo, una importante innovación tecnológica se está produciendo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Una norma legal local, de igual jerarquía que las normas nacionales resuelven para el derecho administrativo local que las fotografías digitalizadas entre otros medios adquieren el carácter de instrumentos públicos y generan responsabilidad solidaria en materia de tránsito.

Más allá de las resistencias iniciales de todo habitante a preservar su "sagrado" derecho a hacer lo que quiera con su automóvil (la expresión más íntima y "soberana" de su persona), parece un camino inevitable, aunque más no sea que por razones económicas, fiscales y de ordenamiento del caos vehicular. El progreso tecnológico terminará imponiéndose aquí como en otros ámbitos. Tal vez llegue el momento de un auto *inteligente y buen ciudadano*, programado para cumplir las normas de tránsito, estacionamiento, etc. El tema de la prueba en esta materia de fotografías¹³ y firmas digitalizadas lo mencionamos asimismo en otro lugar.

¹³ Cfr. FABREGA P. JORGE, "*Medios de prueba*", Op. Cit. p.p. 31-32.

CAPITULO IV.

**ESTUDIO COMPARADO DEL CODIGO FEDERAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

4.1 AUTORES MEXICANOS Y LA PRUEBA

JORGE ALBERTO SILVA SILVA¹.- en nuestro sistema procesal se establece que cualquier medio de prueba puede ser prueba para demostrar un hecho; solo se exige la idoneidad entre el medio probatorio y el dato o hipótesis que pretende confirmarse.

No cualquier medio de prueba puede demostrar un hecho, la simple inspección no sirve para demostrar la muerte; por ejemplo para esto se requiere la pericial.

El determinar la idoneidad del medio probatorio queda a cargo del funcionario ante el cual se tramita el procedimiento. Este artículo dice ante el funcionario que practique la averiguación.

No existe ninguna limitante para el ofrecimiento de pruebas, cualquier prueba puede ser ofrecida por las partes. Si el juzgador no ordeno la previa recepción del medio de confirmación no podrá haber la preparación. El juzgador puede negar la recepción cuando el *thema probandum* carece de relación con

¹ Cfr. SILVA SILVA JORGE ALBERTO, "Código Federal de Procedimientos Penales" ED. Harla, México, 1986. pp. 148-203.

las conductas litigiosas objeto del proceso o cuando, por si mismo, el procedimiento confirmatorio resulta contrario a derecho.

La admisión de la prueba a cargo del juez, implica la aceptación del medio probatorio ofrecido, solo puede rechazarse una prueba, cuando no sea idónea, por desgracia el artículo queda incompleto, también se puede rechazar la prueba cuando pugne contra el derecho o la moral o no tenga relación con el objeto del proceso.

FERNANDO ARILLA BAS².- el desahogo de la prueba deberá estar regida por lo siguientes principios:

a).- El de la inmediación, de acuerdo con el juez ha de recibir personalmente las pruebas, excepto aquellas que hayan de practicarse fuera del lugar del juicio;

b).- El de la contradicción, que demanda que las pruebas se rindan con citación de la otra parte y cuya inobservancia origina una violación a la garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 constitucional que otorga al acusado el derecho de que su defensor se halle presente en todos los actos del juicio;

c).- El de la publicidad, según el cual las pruebas deben rendirse en audiencia pública;

² Cfr. ARILLA BAS FERNANDO, *“El Procedimiento Penal en México”*, ED. Porrúa. México, 2001. pp.136-198.

d).- El de legalidad, que exige que cada prueba debe rendirse en la forma prescrita por la ley;

e).- El del equilibrio entre las partes, para que estas gocen de iguales derechos en la recepción; y

f).- El de la idoneidad, entendido en el sentido de que las pruebas que se reciban sean aptas para llevar la certeza al animo del juez y se rechacen la inútiles.

En la reforma del 30 de septiembre de 1999 el ultimo párrafo del articulo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal menciona: “Se admitirá como prueba en términos del articulo 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”. En comparación el Código Federal de Procedimientos Civiles, adiciono en la reforma de 29 de mayo de 2000 el articulo 210-A en los siguientes términos: “Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología”.

CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA³.- el Código actual concedió al juzgador libertad para apreciar los dictámenes de peritos y la presunción, otro acierto en el que el autor hace una critica al señalar que en la practica procesal no se logra borrar totalmente esa presunción de dolo, y se continua con el

³ Cfr. BARRAGÁN SALVATIERRA CARLOS, “*Derecho Procesal Penal*” Mc Graw Hill 2ª. Edición. pp. 395-487.

principio de que todos son culpables hasta probar su inocencia a diferencia del derecho anglosajón, donde se tiene el principio el que todos son inocentes hasta no comprobar su culpabilidad.

La prueba cuando es pertinente se constituye en el vehículo apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal. En otros términos, deben ser idóneas, de lo contrario no se llegaría al conocimiento de la verdad sino al absurdo.

Se admitirá como prueba en términos del artículo 20 apartado A fracción V constitucional, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente..., podrán por cualquier medio de prueba establecer su autenticidad.

RAFAEL PÉREZ PALMA⁴.- hace un señalamiento al llamar al grupo o las clases de los medios innominados de prueba son muy extensos; comprende los que en procedimientos civiles son conocidos como pruebas científicas: fotografías, grabaciones fonéticas, planos, reproducciones heliográficas y tantas otras, los informes proporcionados por oficinas o dependencias oficiales; los libros, revistas y otras impresiones.

⁴ Cfr. PEREZ PALMA RAFAEL, "Guía de Derecho Procesal Penal" Cárdenas Editor Distribuidor 7ª Edición. pp. 232-358.

4.2 CONSIDERACIONES GENERALES.

En materia penal, si bien no se establece expresamente en la ley adjetiva la preparación y desahogo de pruebas antes del proceso (pruebas anticipadas), podemos considerar tomando en cuenta que para nosotros el proceso se inicia con la trilogía procesal (juez y partes), que las pruebas recabadas durante la preparación del ejercicio de la acción penal (averiguación previa) son pruebas anticipadas, puesto que de todo el acervo probatorio recabado por el Ministerio Público y sobre cuyo fundamento ejercita la acción penal ante el juez, va a depender, en muchas ocasiones en gran medida el destino del proceso.

Ahora bien, en materia internacional es común que el Ministerio Público mexicano, prepare pruebas para ser usadas en un proceso extranjero y viceversa; la preparación de pruebas en el extranjero para ser empleadas en un proceso en México.

4.3. LA VERDAD MATERIAL.

Con tal enunciado se quiere decir que el juez debe averiguar hasta llegar a la conformidad entre el conocimiento adquirido a través de las pruebas y la realidad objetiva (verdad), la cual al ser adquirida por su mente y razonada, lo llevará a la certeza, la que es indispensable para su decisión definitiva. Esto implica que el juez no debe conformarse con lo que el Ministerio Público, el inculpado y la víctima o el ofendido someten a su consideración, le exponen y

piden, sino que debe buscar la verdad material, que se resuelve en el ser de lo acontecido.

Para encontrar la respuesta y averiguar así la verdad material, la ley procesal, de acuerdo con los artículos 180 del Código Federal de Procedimientos Penales y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, le da al juez, la posibilidad de usar con este fin todos los medios de investigación que estime conducentes a su criterio, con la única limitante de que no sean contrarios a derecho (deber de esclarecimiento y expresión máxima del principio de oficialidad).

4.4. MEDIOS DE PRUEBA Y SU SIGNIFICADO.

Por medio de prueba entendemos los instrumentos, formas, experimentos, fórmulas, actos ya sean tecnológicos, científicos, sociales o psicológicos, "tests", documentos o testimonios, que se utilizan en el proceso, con la finalidad de penetrar en el "ambiente del delito", esto es, en el ámbito de las personas y cosas que se encuentren inmiscuidas en *al dramatis personae* (durante el procedimiento de averiguación previa), o de encontrar la verdad material (durante el procedimiento de instrucción).

Su significación en el procedimiento penal es tal que de ellos dependerá el ejercicio o no de la acción penal por el Ministerio Público, una vez integrada averiguación previa (artículos 168 y 137 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal),

o bien su valoración por el juez. De producir en su ánimo la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del delinciente lo llevará a pronunciar una sentencia condenatoria o caso contrario, la absolución del acusado.

Expresado en otras palabras, en el proceso penal lo que se busca es la verdad material o histórica, no sólo la verdad formal que resulta de lo afirmado por las partes.

Nuestra legislación procesal penal establece, no casuísticamente, sino enunciativamente, los siguientes medios de prueba⁵:

- a) La confesión;
- b) El testimonio;
- c) Los dictámenes de peritos y el testimonio de estos;
- d) La reconstrucción de hechos;
- e) La inspección;
- f) Documentos públicos y privados;
- g) Presunciones;

Y como medios accesorios del testimonio:

- a) El careo; y
- b) La confrontación.

Además, otorga plena libertad al Ministerio Público y al juez para admitir todos aquellos medios de prueba⁶, que a su criterio puedan ser conducentes y no sean contrarios a derecho (sistema de libertad de prueba; artículos 206 del

⁵ M ORONoz CARLOS, "Las pruebas en materia penal", Op. Cit. p27.

⁶ Ídem. P.15.

Código Federal de Procedimientos Penales y 125 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

4.5. PETICIÓN DE PRUEBA.

Las pruebas pueden ofrecerse (derecho de prueba), por el inculpado durante el procedimiento preliminar de averiguación previa, de acuerdo con los artículos 128, fracción II, inciso e, del Código Federal de Procedimientos Penales y 269, fracción III, inciso f, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Las partes tienen derecho a ofrecerse pruebas, las que serán admitidas durante la instrucción, pero también durante la preinstrucción antes de resolverse la situación jurídica del inculpado, (artículos 161, párrafo sexto del Código Federal de Procedimientos Penales y 297, párrafo noveno del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) o bien, en el acto de la vista del proceso (periodo de juicio, artículos 306 del Código Federal de Procedimientos Penales y 328 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

En cuanto a la víctima y ofendido, en estricta técnica no poseen el derecho de petición de prueba, sino la facultad de poner a disposición del Ministerio Público o del Juez las pruebas con que cuenten, que sean conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, y establecer la probable o

plena responsabilidad del inculpado y la comprobación de la reparación del daño.

Las pruebas ofrecidas durante la instrucción y no admitidas por el juez, o admitidas y no desahogadas, no deben en estricta técnica procesal, practicarse en la vista ni en la segunda instancia, pues constituyen causas de reposición del procedimiento, (artículos 388, fracción VI, del Código Federal de Procedimientos Penales y 431, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) ordenada por el tribunal de apelación.

4.6. PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN DE PRUEBA.

En el procedimiento penal mexicano impera el principio de la libertad de prueba⁷, habida cuenta de que el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal otorgan al Ministerio Público en la averiguación previa, y al juez en la instrucción, la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, de lo que se deduce el derecho de las partes a presentar cualquier medio de convicción que sea útil como medio de prueba y la obligación del juez de admitirlo (artículos 180 y 206 del Código Federal de Procedimientos Penales y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

⁷ Cfr. BAILON VALDOVINOS ROSALIO, *“Derecho procesal penal”*, Op. Cit. p. 75.

Ahora bien, la libertad de prueba está limitada por la licitud del medio, pues los citados códigos prevén que puede emplearse cualquier medio de investigación, aunque no sea de los que menciona la ley, siempre que esos medio no sean contrarios a derecho.

En consecuencia, la prohibición de realización de prueba se refiere a aquellos elementos, medios, instrumentos o servicios de carácter electrónico, científico, tecnológico, personal, etc., que según ciertas normas de derecho, constituyan conductas prohibidas por la ley, sin que existan respecto de ellos otras normas de excepción.

4.7. PROHIBICIÓN DE APROVECHAMIENTO DE LA PRUEBA.

La prohibición de aprovechamiento de la prueba⁸, está íntimamente ligada con la prohibición de realización de prueba. Esto implica, que llegado el caso en que la autoridad persecutora o el juez emplearán, el uno en la averiguación y el otro en la instrucción, medios de prueba contrarios a derecho estos no podrían hacerse valer para fundamentar el ejercicio de la acción penal o una sentencia justa, sea condenatoria o absolutoria, pues sería tanto como tomar "fruta del árbol prohibido".

⁸ Ibidem. p.76.

4.8. VALORACIÓN.

Debido al descollante papel de la prueba en el proceso penal, el acervo probatorio que contempla el procedimiento mexicano, se rige por la legislación procesal y los postulados de la mayoría de los tratadistas. Destacando las siguientes reglas o principios:

- a) El de inmediatez;
- b) El de contradicción;
- c) El de publicidad;
- d) El de legalidad;
- e) El de equilibrio entre las partes;
- f) El de idoneidad o pertinencia.

El valor de la prueba radica en el grado de credibilidad que provoca en el juez hasta llevado a la certeza o dejado en la duda. Para hacer ello, se evalúa cada prueba en particular y administran unas con otras hasta apreciarlas en su conjunto.

En cuanto a los sistemas de valoración de la prueba adoptados por la legislación procesal penal, advertimos que el Código Federal de Procedimientos Penales se orienta por el sistema de la prueba tasada o legal para la valoración de los documentos públicos, la inspección y los cateos, toda vez que la ley les fija valor probatorio pleno, en tanto que a los testimonios y a los documentos privados les confiere valor de indicio (artículo 285). Sin embargo, en relación con estos últimos parece admitir un sistema mixto entre el tasado, al conferirles valor de indicio, y el de libre albedrío o conciencia, porque

deja a su criterio el determinar si alcanzan ese valor indiciario o no. El sistema de la libre valoración, libre conciencia o libre convicción se aplica en relación con la justipreciación de las presunciones (artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales) y los dictámenes de peritos (artículo 288).

Respecto de la valoración de la confesión, existen dos normas incompatibles: el artículo 279 se dirige por el libre albedrío, en tanto que el artículo 285 se acoge al sistema tasado al conferirle valor de indicio. Aquí es necesaria entonces, una modificación en el sentido de derogar el artículo 285 y dejar al juez la potestad de valorar la confesión.

El artículo 290 exige que 16 jueces expongan los razonamientos que hayan tenido en cuenta para la valoración de las pruebas.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal impone al juez un criterio legal para apreciar las pruebas (sistema tasado) cuando estas sean documentos públicos, en determinados casos los documentos privados, inspecciones, visitas domiciliarias y cateos; y deja a su libre apreciación, a lo que le dicta su propia estimación (sistema de libre albedrío o libre convicción), la valoración de la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos y los documentos privados provenientes de un tercero. En consecuencia, se trata de la apreciación de todas estas pruebas al valorarlas en conjunto para determinar la integración de la presuncional.

CAPITULO V.

AVANCES CIENTIFICOS Y LA CREACION DE DELITOS.

5.1. ASPECTOS GENERALES.

No existiendo disposición alguna que limite expresamente los medios de prueba de que puede hacerse uso, entendemos, que pueden emplearse otros medios accesibles¹, a través de la técnica moderna: pruebas fonográficas o magnetofónicas, fotográficas, impresiones digitalizadas, radiográficas, fílmicas, video tape o video cassette, DVDs, CDROM, etc.

También son admisibles las inspecciones oculares, a través de otros sentidos: prueba de gusto, olfato, tacto, oído; en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos; o con la colaboración de ellos, es decir, realizar la medida probatoria el órgano administrativo personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito. También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de inspección ocular disponiendo que el órgano administrativo esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación a la prueba, sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también en ciertos casos sobre personas y animales, pudiendo consistir en una comparación, medición, etc.; constituye un medio de

¹ M. MORELLO AUGUSTO, "La prueba". Tendencias modernas, editora platense, Buenos Aires, segunda edición, p.153

prueba de cierto interés, en cuanto otorga mayor inmediación al procedimiento. En el caso de las pruebas a realizarse sobre la persona física, no existe en el derecho argentino una obligación legalmente establecida de soportar la inspección, razón por la cual será siempre necesario el consentimiento de la persona afectada. Esto es clarísimo en derecho administrativo, tratándose de la relación administración-administrado; sin embargo, la regla cambia en ciertos tipos de relaciones de empleo público, en que es obligatorio someterse a exámenes médicos. También se ha planteado la cuestión en relación a la extracción de sangre a fin de determinar la verdadera identidad de una persona, cuando dicha identidad se halla razonablemente dubitada. No procede la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida eficazmente por informes o certificaciones. Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo, pero si bien, ello es lo usual, no constituye una regla absoluta ya que también pueden las partes traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su acceso directo por aquél, cuando ello es materialmente posible.

5.2. LA INFORMÁTICA EN MÉXICO.

Es un hecho innegable que el avance inaudito de la tecnología en materia informática y el desarrollo de las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación han excedido con mucho las expectativas más ambiciosas; pero sobretodo y como consecuencia de ello, han propiciado una serie de conductas, actos y hechos que inciden de manera trascendente en la vida

social, económica, familiar, comercial, laboral, profesional, política, científica, en fin en todos los ámbitos de la existencia humana. Y es ahí donde el Derecho, como regulador de las conductas del hombre en sociedad, como creador y organizador de los instrumentos jurídicos idóneos para garantizar la paz social y el bien público temporal, debe intervenir de manera expedita y eficaz para evitar que la estampida de fenómenos informáticos que nos invade, escapen de control legal manteniéndose al margen del Derecho mientras generan una serie de situaciones que necesariamente afectan de manera importante la vida de las personas y particularmente del Estado.

Lo cierto es que el desarrollo y aplicación de los avances y fenómenos informáticos llevan una inercia y una velocidad que los han hecho casi inalcanzables, cuantimás para un sistema jurídico formal, escrito, como lo es el Sistema Latino con un proceso legislativo pausado, enclavado en un entorno político volátil, complicado, por decirlo en una palabra que engloba todos los adjetivos que merece: mexicano.

Pero si bien la política desgraciadamente afecta en gran medida los procesos legislativos y con ello, el avance o retroceso de la regulación de asuntos prioritarios para la Nación, no es el objetivo de este trabajo analizar ese fenómeno, sino ofrecer un panorama general del marco jurídico actual en materia informática en México, mismo que por ésta y otras razones, presenta un rezago considerable, así como proponer a grandes rasgos, las reformas o adiciones legales que se hacen necesarias

Para comenzar, haremos un recuento de los tópicos o asuntos más importantes que en materia informática es imperante regular:

- 1.- Delitos informáticos.
- 2.- Contratos electrónicos y firma electrónica.
- 3.- Protección de la privacidad y de la información.
- 4.- Propiedad Intelectual.
- 5.- Cómputo forense.
- 6.- Contenidos de Internet.

En el caso particular de México, antes de pasar a analizar si existe o no legislación sobre cada uno de los temas enumerados, resulta prioritario meditar si es necesario establecer la materia informática como una materia federal.

Al estar constituido nuestro país como una República Representativa, Democrática Federal, en la que los Estados que la integran son libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, si bien unidos por el pacto federal, encontramos que en la actualidad, los asuntos informáticos que inciden en el ámbito del Derecho Civil o Penal, pueden ser regulados por cada una de las Entidades Federativas a su libre y mejor parecer.

El Congreso Federal, constitucionalmente tiene facultades exclusivas para legislar sobre: hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, derecho marítimo, ciudadanía, migración, vías generales de comunicación, correos, aguas, moneda, delitos

federales, coordinación en materia de seguridad pública, fiscalización superior de la federación, leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 Constitucional, nacionalidad y extranjería, migración, salubridad, coordinación de la educación, generación, difusión y aplicación de conocimientos científicos o tecnológicos, entre otras.

De lo anterior podemos observar que todo el comercio electrónico, contratos electrónicos mercantiles, fenómenos informáticos que afecten vías generales de comunicación, delitos informáticos regulados por el Código Penal Federal (piratería, destrucción de información), los contenidos de Internet que impliquen delito federal (pornografía, casinos), el correo electrónico (si legalmente se equiparara al correo convencional) constituyen materia federal y por tanto, son o deberán ser regulados por leyes federales.

Sin embargo, los Estados pueden regular, en el ámbito de su competencia, las materias que no están expresamente reservadas a la Federación; por lo que en esta esfera entrarían los contratos civiles electrónicos, los delitos informáticos que incidan en el orden común, la admisión de documentos o medios electrónicos como prueba en los procesos penales o civiles, la protección a bases de datos privadas y todo aquel asunto que no toque materia federal.

Vista la importancia, la trascendencia y el carácter global e internacional de la Internet, de las Tecnologías de Información y Comunicación, de las herramientas tecnológicas que pueden afectar las relaciones económicas y sociales, lo ideal u óptimo es que se eleve a nivel federal la materia informática, sea cual sea su ámbito de aplicación o la rama del Derecho en la

que incida, para lo cual se hace necesario reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 73.

5.3. DELITOS INFORMÁTICOS.

Es innegable que la era de la información tiene consecuencias importantes para el trabajo de investigación ministerial y policial. Mientras las formas tradicionales del delito comprenden eventos de corta duración claramente ubicados en el ámbito espacial, las nuevas formas del delito asociadas al mundo de la información, no tienen una clara ubicación temporal o espacial, ya que para su preparación necesitan de días o tal vez meses, pero su ejecución puede consumarse en fracciones de segundo, lo cual significa un reto para las modalidades tradicionales de control social.

Las formas tradicionales del delito todavía permanecen y estarán con nosotros por un tiempo todavía, pero la importancia de las nuevas formas del delito radica en los contrastes que se pueden generar al comparar lo viejo y lo nuevo en términos de su ubicación y consecuencias. Como tipos de delincuencia, no hay una separación completa entre uno y otro. Así, vemos el caso del fraude que puede representar tanto viejas como nuevas formas de delincuencia. Las viejas formas del delito se ubican en sitios específicos, en espacios sociales claramente delimitados y significativos, frecuentemente con nombres, y con la posibilidad de señalarse en mapas, tal es el caso de los alfileres de diversos colores que se colocan en los llamados mapas

delincuencias y que se encuentran en la mayoría de las agencias investigadoras del país, señalando los lugares y los tipos de delitos que se cometen en determinadas zonas geográficas.

Las viejas formas del delito también contienen dimensiones de amenaza y daño que son localizables en el espacio y en el tiempo. La experiencia de sufrir lesiones, una violación o el robo de un automóvil, es grande y ocupa un lugar en el espacio y en la realidad social. Las viejas formas del delito implican la pérdida de la propiedad, el daño o alteración de la integridad corporal, o una amenaza del mismo tipo. Experimentar estos delitos es algo conocido y tangible. Las viejas formas del delito se definen en las leyes y las obligaciones territoriales de un Estado, de igual manera se circunscriben y se delimita el ámbito competencial de la autoridad investigadora. Por lo general, estos delitos son cometidos por una sola persona o, cuando mucho, por dos o tres personas, con una visión a corto plazo y una duración de segundos o minutos. Son hechos impulsivos y frecuentemente de poca planificación. Desde muchos puntos de vista, las viejas formas del delito representan la delincuencia común que afecta directamente a las víctimas, y es ejecutada regularmente por personas marginales, de bajo nivel educativo y de poco afecto por el sistema social imperante, quienes operan en zonas donde el delito es un fenómeno recurrente y son fácilmente localizables geográficamente. Del otro lado, la policía, cuyo radio de acción y de misión son predominantemente reactivas, trabaja en esas calles, deteniendo de manera repetitiva a ese tipo de persona.

Delitos como el peculado, el fraude y el manejo ilegal de sistemas bancarios y de otras cuentas han estado presentes en el mundo moderno desde la aparición misma de la contabilidad, y los errores, las malas prácticas y la corrupción también son una característica constante de cualquier sistema de almacenamiento y recuperación de datos sobre finanzas o bienes. Durante los últimos 25 años, han seguido desarrollándose las técnicas para investigar estos tipos de delito, lo cual ha contribuido al surgimiento de nuevas y más sutiles formas de delincuencia.

Los nuevos delitos no se ubican en un espacio físico o en un momento en el tiempo, en sentido estricto. No hay una experiencia concreta referida al delito, salvo el momento en que se descubre la pérdida que no coincide, normalmente, con el momento de la comisión del delito. Tampoco ocurre el delito en un espacio claramente delimitado, como por ejemplo, una casa, una calle, una ciudad, o un país. No hay un cuerpo especializado de agentes investigadores ministeriales que tenga competencia explícita sobre la investigación de estos hechos y tampoco hay un tribunal con competencia específica para esta materia. Estas nuevas formas de delito no son fáciles de detectar con los métodos de investigación tradicionales. Así, una sola persona, con grandes habilidades, puede lograr que un sistema de información completo pueda funcionar mal, o dejar de funcionar. Las nuevas formas del delito necesitan el acceso a computadoras y teléfonos, y al conocimiento de sistemas de hardware y software y su protección correspondiente, por lo cual frecuentemente requieren, para su comisión, mucha planificación y paciencia. El impacto de estos nuevos delitos quizás no se registra de inmediato, o puede ser ocultado mediante la manipulación de los propios registros.

Dentro de esta construcción social encontramos a las sociedades de la información cuyo lenguaje característico es creado a su vez por los propios creadores y usuarios de la Red. Términos como accesar, chatear, resetear y bootear, por decir sólo algunos, son comunes en el lenguaje informático, como común resulta la forma en que se conoce al delincuente informático o sujeto activo del delito informático. Así tenemos a los llamados hackers y a los crackers, cuyo distingo entre uno y otro conviene aclarar: un hacker es el individuo que, al amparo de un pseudónimo, vulnera un sistema de seguridad, empresarial o gubernamental, con el único fin de darse a conocer, vanagloriándose de su actuar y generalmente dejando dentro del sistema vulnerado rastros evidentes de su intrusión, tal es el caso reciente del sujeto que dijo contar supuestamente con una edad de 14 años y que ingresó al sistema de seguridad de la Cámara de Diputados. El cracker utiliza el mismo método de intrusión que el hacker, con la diferencia de que el cracker tiene como finalidad el accesar ilícitamente a los sistemas informáticos para destruirlo mediante la colocación de virus, gusanos o bombas lógicas, o para obtener la información ahí contenida ya sea para venderla a un tercero o, incluso, al propio afectado, enviándole un mensaje parecido a éste "tengo información valiosa de su empresa, si desea recuperarla debe pagar una cierta cantidad". Éste, el cracker, es el más peligroso de los delincuentes informáticos y podemos encontrarlos generalmente al interior de las propias empresas o instituciones gubernamentales, por tal motivo se les identifica con el nombre de insiders, porque operan "desde adentro". Así, un empleado resentido puede vulnerar fácilmente los sistemas de seguridad y lucrar con la

información obtenida al ofrecerla en venta a la competencia o en el peor de los casos, destruirla.

Existen más clasificaciones como el phreaker, cuyo instrumento para comisión de delitos informáticos lo es el teléfono celular o inalámbrico, aprovechando que los datos de información viajan vía wireless (sin cables), tal es el caso de intercambio de fotos, videos y archivos completos en casi cualquier formato mediante el dispositivo conocido como bluetooth².

Por lo que se refiere a la regulación federal con el desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación, encontramos sancionadas las siguientes conductas:

a) Modificación, destrucción o provocar la pérdida de información contenida en sistemas o equipos informáticos, (virus, gusanos).

b) Conocer o copiar la información contenida en sistemas o equipos.

Es importante señalar que las penas varían si se trata de sistemas o equipos de particulares, del Estado o de las Instituciones que integran el Sistema Financiero, asimismo se agravan si tratándose de sistemas o equipos del Estado, el presunto contaba con autorización para el acceso. Las penas se incrementan si son realizadas por empleados del Sistema Financiero o si se obtiene provecho de la información obtenida (en éste caso, estaríamos en presencia de fraude, si bien el Código no lo tipifica como tal). Sin embargo, inexplicablemente no se sancionan las conductas descritas tratándose de

2 LUIS RODRIGO HERNÁNDEZ ORTEGA *“Revista Comunidad CUDF el valor de la palabra”*, año 1 – num. 5- México DF. Marzo de 2008- Editor responsable Lic. Ángel Pichardo Díaz. Pág. 2

equipos o sistemas privados cuando el agente cuenta con autorización para el acceso.

c) Uso y/o reproducción no autorizada de programas informáticos con fines de lucro (piratería).

En este caso vale la pena resaltar que es ésta una de las conductas antijurídicas en esta materia mejor regulada, en virtud de la armonización lograda con la Ley Federal del Derecho de Autor, misma que protege los programas de cómputo. También cabe aclarar que se sanciona, asimismo al que fabrique, importe, venda o arriende algún sistema o dispositivo destinado a descifrar señales cifradas de satélite que contengan programas o algún dispositivo o sistema diseñado para desactivar la protección de un programa de cómputo. Las penas por la reproducción de obras protegidas con fines de lucro son fuertes (2 a 10 años de prisión y de 2000 a 20,000 días de multa).

d) Ataque a las vías de comunicación y obtención de información que pasa por el medio.

El Código Penal Federal sanciona con uno a cinco años de prisión y 100 a 10,000 días de multa al que dolosamente o con fines de lucro, interrumpa o interfiera comunicaciones alámbricas, inalámbricas, o de fibra óptica, sean telegráficas, telefónicas o satelitales, por medio de las cuales se transmitan señales de audio, video o datos.

Aquí encuadran entre otras, las conductas encaminadas a obtener información financiera o de crédito de las personas (al hacer una compra por Internet, por ejemplo), así como el interceptar correos electrónicos antes de

que lleguen a su destinatario; sin embargo, no se tipificaría el hecho de acceder al buzón de correo electrónico de alguien y leer su correspondencia, lo cual crea un vacío legal al resultar controversial (o al menos, merecer interpretación) el poder encuadrar esta conducta en el delito de violación de correspondencia, que se refiere: “Al que abra o intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él”.

e) Pornografía infantil.

En este caso la ley específicamente hace alusión al hecho del que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca por cualquier medio a menores de 18 años, actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, audio grabarlos, fotografiarlos filmarlos exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de computo, electrónicos o sucedáneos se le impondrá de siete a catorce años de prisión y de dos mil quinientos a cinco mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales mencionados.

En tanto que para el que fije, imprima, video grabe, audio grabe, fotografíe, filme o describa actos de exhibicionismos corporales o lascivos o sexuales, reales o simulados, se le impondrá una pena la pena de siete a doce años de prisión y de mil a dos mil días multa.

Se impondrán las mismas sanciones a quien financie elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite o difunda el material a que se refieren las conductas anteriores.

Al que permita directa o indirectamente el acceso de un menor a espectáculos, obras graficas o audiovisuales de carácter lascivo o sexual, se le impondrá prisión de uno a tres años y cincuenta doscientos días multa.

Así en el artículo 188, señala al que almacene, compre, arriende, el material a que se refiere el artículo anterior sin fines de comercialización o distribución se le impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días multa

f) Asociación delictuosa y pandilla.

El Código Penal sanciona el hecho de formar parte de alguna asociación o banda con el propósito de delinquir y también regula de forma especial a las pandillas, entendiendo por éstas la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictivos, llegan a cometer algún delito.

A este respecto también cabe la consideración de si encuadrarían en la descripción del tipo penal las asociaciones, bandas y pandillas electrónicas, es decir, gente que sin conocerse siquiera, se reúne electrónicamente a través de Internet para planear la comisión de ilícitos, o bien, que reuniéndose con otros fines, llegan a intervenir en la realización de algún delito; un claro ejemplo de esto último es el caso de los integrantes de una sala de chat que al saber que uno de ellos (una muchacha) estaba consumiendo estupefacientes, la alentaron a continuar haciéndolo hasta que falleció de una sobredosis (lo cual pudieron observar a través de web-cams) y después salieron simplemente de la sala sin que el hecho tuviera mayor trascendencia.

En este caso, al igual que en el de violación de correspondencia electrónica, merece especial mención el caso de las reuniones electrónicas, sean éstas habituales, ocasionales o de primera vez.

Ahora bien, por lo que respecta a las legislaciones estatales, encontramos lo siguiente:

a) Fraude.

El Código Penal para el Distrito Federal tipifica el fraude³ en general: “Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero...” y en el artículo siguiente, equipara las penas previstas para el fraude, para el que: “Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la institución...”

Como vemos, no se tipifica específicamente el fraude cometido accediendo a sistemas o programas de informática de empresas o instituciones diversas de las que integran el sistema financiero y resultaría muy forzado y de nuevo motivo de interpretación encuadrar ésta conducta en el tipo de fraude genérico.

³ SANCHIS CRESPO CAROLINA, “*La prueba por soportes informáticos*”, ED. Tirant lo blanch, Valencia, 1999 p.148-149.

A los únicos a los que podría seguirseles proceso por la conducta descrita en el párrafo anterior, sería a los administradores o encargados del negocio, ya que el Código sanciona: “Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas, realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero”. Aquí sí encuadraría el uso de medios electrónicos o informáticos para realizar el fraude, puesto que el texto legal habla de la alteración de las cuentas o datos y no importaría el medio a través del cual se realicen éstas.

Sin embargo, a terceros ajenos al negocio o empresa, no se les podría sancionar conforme al artículo transcrito.

b) Pornografía infantil.

También se encuentra regulada y sancionada en el Código Penal para el Distrito Federal, especificando la publicación de las imágenes en medios, por lo que se considera incluido el medio electrónico.

c) Delito informático

El Código Penal para el Estado de Sinaloa, especifica lo que se entiende por delito informático: “Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho:

I. Use o entre a una base de datos, sistema de computadoras o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información; o

II. Intercepte, interfiera, reciba, use, altere, dañe o destruya un soporte lógico o programa de computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red. Al responsable de delito informático se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de noventa a trescientos días multa. “

No debemos olvidar que lo tipificado en Códigos estatales, sólo aplicará para los delitos cometidos en su territorio o por residentes del mismo.

Como colofón de esta primera parte, nos preguntamos sobre la conveniencia de que una vez elevado a nivel federal todo aquel asunto de cualquier materia relacionado con los fenómenos, equipos y sistemas informáticos, se regule en materia penal un capítulo especial para englobar la comisión de cualquiera de los delitos ya tipificados, por medios o usando recursos electrónicos, para después pasar al detalle de la descripción de tipos penales específicos para la materia informática.

5.4. CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y FIRMA ELECTRÓNICA.

Ésta materia se encuentra regulada en varias leyes:

a) La Ley de Instituciones de Crédito.

Autoriza a las mismas a: “Pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos, medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sistemas automatizados de procesamiento de datos y redes de telecomunicaciones, ya sean privados o públicos...”. La propia ley determina asimismo, que en los contratos respectivos deben de establecerse cuáles serán los medios para identificar al usuario y para hacer constar la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones inherentes a las operaciones de que se trate, otorgándoles validez y valor probatorio a los medios de identificación que se establezcan en sustitución de la firma autógrafa.

b) La Ley del Mercado de Valores.

Al regular el contrato de intermediación bursátil, autoriza a las partes a convenir libremente el uso de télex⁴, telefax o cualquier otro medio electrónico⁵, de cómputo o telecomunicaciones para el envío, intercambio o confirmación de las órdenes de la clientela inversionista, debiendo las partes precisar las claves de identificación recíproca y las responsabilidades que conlleve su utilización.

c) El Código de Comercio.

La primera vez que se legisló en materia de comercio electrónico en México fue en mayo de 2000, con las primeras reformas realizadas al Código de Comercio, al Código Civil que después sería Federal y al Código Federal

⁴ FABREGA P. JORGE, “*Medios de prueba*”, ED. Varitec, Panamá, 1997 p. 123. “es un sistema de comunicación a través de centrales de conmutación y además se podrá llamar telex el mensaje en concreto (el escrito) enviado o recibido por una persona natural o jurídica”.

⁵ SANCHIS CRESPO CAROLINA, “*La prueba por soportes informáticos*”, ED. Tirant lo blanch, Valencia, 1999 p.163-165.

de Procedimientos Civiles; posteriormente en agosto de 2003, se volvió a reformar el Código de Comercio, incorporando un Título Segundo referente al comercio electrónico. Básicamente, se autoriza el empleo de medios electrónicos, ópticos y de cualquier otra tecnología en los actos de comercio y la formación de los mismos, sentando las bases de lo que se entiende por mensaje de datos y firma electrónica, estableciendo la necesidad de que se confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma electrónica mediante un certificado, que deberá ser expedido por un prestador de servicios de certificación autorizado en este caso por la Secretaría de Economía. El Código dicta los lineamientos para determinar cuándo y dónde se presume que un mensaje de datos ha sido enviado y recibido, las formalidades a seguir cuando el acto deba constar por escrito o ante fedatario público, los requisitos para que una firma electrónica se considere fiable, las obligaciones del firmante y del destinatario, los requisitos para ser prestador del servicio de certificación, las obligaciones de los prestadores de este servicio y los elementos de un certificado (nacional o extranjero) válido. Es importante mencionar que la citada reforma inicia su vigencia el día 27 de noviembre del 2003, por lo que a la fecha no existe aún entidad certificadora alguna.

d) La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Protege como confidencial la información que éste proporcione al proveedor, prohibiendo su difusión a otros proveedores ajenos, salvo autorización expresa e imponiendo al proveedor la obligación de utilizar los

elementos técnicos disponibles para brindar confidencialidad y seguridad a la información proporcionada. También obliga al mismo a entregar al consumidor antes de la transacción, sus números telefónicos y domicilio físico en donde pueda presentar reclamaciones.

e) El Código Civil Federal.

Al regular el consentimiento, menciona que: “Será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito, medios electrónicos, ópticos, cualquier otra tecnología, o signos inequívocos...”; asimismo, equipara a la oferta hecha entre presentes la realizada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.

f) Los Códigos Civiles de los Estados de Baja California Sur, Coahuila, Jalisco, Puebla, Yucatán,

También equiparan la oferta hecha entre presentes a la realizada por télex, telefax o cualquier otro medio de comunicación simultánea, que permita al que recibe la oferta contestar inmediatamente; algunos de éstos Códigos, además, engloban dentro del consentimiento expreso el manifestado por medios electrónicos o telemáticos. Particularmente los Códigos Civiles de los Estados de Baja California Sur y Jalisco, permiten la "...telecomunicación impresa para considerarse manifestada la voluntad para contratar,...cuando exista una oferta al público o en los contratos de ejecución no instantánea, en los de suministro y en los de prestaciones periódicas siempre que:

I. Exista un acuerdo previo entre las partes involucradas, para confirmar la voluntad por ese medio o la oferta se haga por medios masivos de comunicación;

II. Los documentos transmitidos a través de esos medios, tengan las claves de identificación de las partes; y

III. Se firmen por las partes los originales de los documentos donde conste el negocio y tratándose de inmuebles, que la firma sea autenticada por fedatario público.

En Coahuila se le otorga validez a la contratación por telégrafo, radiotelegrafía, fax o medios similares, si las partes pactan con anterioridad ésta forma de contratar y firman en original las comunicaciones; lo cual, no representa gran avance, considerando que de todos modos se exige la firma autógrafa y de las diversas interpretaciones que puede darse a las palabras "medios similares", ¿será un correo electrónico "similar" a un fax?

El Código del Estado de Guerrero, por ejemplo, equipara la oferta hecha por teléfono, radio o cualquier otro medio de comunicación instantánea a la oferta hecha entre presentes, pero al fax y al télex u otro medio similar, les aplica las reglas de la oferta entre ausentes, por lo que se hace difícil dilucidar en qué categoría quedan los medios electrónicos.

En Tabasco específicamente se equipara a la oferta hecha entre presentes, la realizada por medios electrónicos.

Como puede observarse, hace falta uniformidad en los criterios, así como en los vocablos que se emplean para designar las nuevas tecnologías de información. También se hace necesaria una regulación específica que permita garantizar en la contratación civil por medios electrónicos, la identidad de los contratantes, así como su capacidad legal para contratar y en su caso, su legal existencia y facultades de los representantes. De igual modo, se requiere regular la forma en que los notarios públicos, podrán dar fe y garantizar la seguridad jurídica a las partes que contraten a través de medios electrónicos.

5.5. PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y DE LA INFORMACIÓN.

a) La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Como veíamos en el punto anterior, protege como confidencial la información que éste proporcione al proveedor, prohibiendo su difusión a otros proveedores ajenos, salvo autorización expresa e imponiendo al proveedor la obligación de utilizar los elementos técnicos disponibles para brindar confidencialidad y seguridad a la información proporcionada.

b) La Ley Federal del Derecho de Autor.

Al proteger las bases de datos que por razones de disposición de su contenido constituyan obras intelectuales, establece que la información privada de las personas contenidas en dichas bases no podrá ser divulgada,

transmitida ni reproducida, salvo con el consentimiento de la persona de que se trate.

c) La Ley de Instituciones de Crédito.

Sanciona con prisión y multa al que: "Obtenga o use indebidamente la información sobre clientes u operaciones del sistema bancario sin contar con las autorización correspondiente..."; sin embargo, sólo puede imponer pena de prisión un juez penal y su fundamento tiene por fuerza que ser una ley penal. El Código Penal Federal sanciona al que indebidamente utilice información confidencial reservada a la institución o a persona facultada, con el objeto de producir, alterar o enajenar tarjetas o documentos utilizados para el pago de bienes o servicios o para disposición de efectivo, por lo que como se ve, la disposición no va encaminada a proteger la privacidad, sino sólo en la medida en que se evita el fraude.

d) Existe una iniciativa de Ley Federal de Protección de Datos Personales.

Presentada en el Congreso de la Unión en 2002, la cual no ha concluido su proceso de aprobación, su objetivo es garantizar que el tratamiento de los datos personales se realice con apego a las garantías individuales. La ley define lo que se entiende por datos personales, datos sensibles, banco de datos, tratamiento de datos, usuario, responsable e interesado y establece que toda persona tiene derecho a ser informada sobre la existencia de un archivo de datos sobre ella, la identidad y domicilio del responsable del mismo y su posibilidad de ejercer derechos de acceso, complementación, rectificación,

reserva y cancelación. Se determinan los derechos y obligaciones de los responsables de archivos o bases de datos, así como la creación de un Instituto encargado de controlar, organizar, estructurar y vigilar la protección de datos personales. También se crea la acción de protección de datos personales como procedimiento civil.

e) En el mismo sentido, la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Colima.

Garantiza la protección de los datos de carácter personal "como uno de los derechos humanos fundamentales" y determina los principios bajo los cuales deberán tratarse los datos personales que deben ser: adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido, correctos y actualizados, obtenerse por medios lícitos, etcétera.

Nuevamente, resalta la necesidad de unificar la legislación, elevándola a rango federal, para evitar la posible contradicción entre regulaciones estatales o incluso, la posible inconstitucionalidad de alguna ley. Asimismo, se hace necesaria la estricta regulación del manejo de las bases con que cuentan las instituciones crediticias y gubernamentales, en virtud de que en la actualidad es evidente en México, que muchas empresas de diversa índole tienen acceso a información personal, financiera y de crédito de los particulares, misma que emplean para bombardearlos con propaganda y con llamadas telefónicas a su domicilio particular y a todas horas, ofreciendo los productos o servicios que comercializan, con la consecuente molestia a su

derecho a la privacidad y con el peligro del mal uso que pueda darse a sus datos de crédito (clonación de tarjetas, por ejemplo).

f) Por lo que se refiere al spam.

En México no existe ninguna regulación al respecto, siendo que el envío masivo de correos basura es una de las cuestiones que han sido consideradas internacionalmente como una grave violación a la privacidad de las personas; incluso en California ya se multó con dos millones de dólares a una empresa de marketing que enviaba correos electrónicos no solicitados, imposibles de identificar y con instrucciones de reenvío.

5.6. PROPIEDAD INTELECTUAL.

En México, están protegidos los programas de cómputo así como las bases de datos que por su composición constituyan obra intelectual, como apuntamos anteriormente. La ley que tutela éstos derechos es la Ley Federal del Derecho de Autor, misma que entiende por programa de cómputo: "La expresión original en cualquier forma, lenguaje o código, de un conjunto de instrucciones que con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica". La Ley protege programas tanto operativos como aplicativos y deja fuera a los que tienen por objeto causar efectos nocivos. Autoriza al usuario legítimo a hacer las copias que le permita la licenica, o

bien, una sola que sea indispensable para la utilización del programa o sea destinada sólo para resguardo. El autor tiene derecho de prohibir además de la reproducción, traducción, adaptación o arreglo al programa, así como su distribución o descompilación. Se prohíbe además la importación, fabricación, distribución y utilización de aparatos o prestación de servicios destinados a eliminar la protección técnica de los programas de cómputo. La violación a lo anterior, constituye una infracción en materia de comercio, sancionada con multa por el Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual. Además, está la tipificación penal a que aludimos en el punto uno de este trabajo.

5.7. CÓMPUTO FORENSE.

Apenas legislada esta materia, diversos ordenamientos legales se limitan a otorgarles valor probatorio a los documentos o instrumentos que se obtengan por medios electrónicos (Código de Comercio, Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores). El Código Federal de Procedimientos Civiles expresamente reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, debiéndose estar a la fiabilidad del método con el que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la misma, siendo accesible para su ulterior consulta.

En este caso, además de la necesidad de unificar las diversas legislaciones del país tanto en materia penal como civil, se requiere ser más específicos ya que no se dice qué determina, "La fiabilidad del método con el que haya sido generada...", por lo que es necesario remitir a estándares internacionales como son el ISO (International Standard Organization) y el IEEE (Institute of Electric and Electronic Engineers).

Pero además sería conveniente establecer ciertas obligaciones para los proveedores del servicio de Internet y para los titulares de nombres de dominio como el establecer cuentas acuse (para recibir quejas de los usuarios), llevar de manera organizada logs o bitácoras y tener identificables los números de teléfono, asignada y tiempo de conexión de los usuarios, para que sea más fácil en determinado momento para un perito en cómputo, reunir los documentos que deban aceptarse como prueba en un juicio.

5.8. CONTENIDOS DE INTERNET.

Es éste, un asunto de los más difíciles en cuanto a regulación se trata, en virtud del carácter absolutamente internacional del Internet y de la enorme cantidad de sitios que existen. Se han hecho algunos esfuerzos por regular un adecuado uso de Internet, aislados y sin fructificar (Europa, Estados Unidos de América). Este complejo asunto se manifiesta por ejemplo, en el hecho de que estando prohibidos los casinos en México, no exista forma alguna de evitar

que las personas jueguen en casinos virtuales y mucho menos de sancionarlas.

Consideramos que el único contenido de internet que está prohibido y sancionado en nuestro país es el de la pornografía infantil.

En este aspecto vuelve a resaltar la necesidad de establecer obligaciones para los titulares de nombres de dominio, llevando un estricto registro de los mismos, así como para los proveedores del servicio.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- A grandes rasgos, se ha descrito el panorama general del marco jurídico en los avances científicos como prueba en México y podemos concluir que hasta el día de hoy, hemos avanzado en ciertas materias, así como hay otras en las que falta aún mucho camino, desde luego que se hace necesario un análisis minucioso,

SEGUNDA.- Siempre nos enfrentamos al reto del veloz avance de las tecnologías de información, y cada vez se hace más evidente la necesidad de que se actualice a los estudiosos del Derecho.

TERCERA.- La necesidad de una reforma al Sistema Penal, que haga frente a las necesidades de la admisión y valoración de las pruebas que la ciencia esta aportando para que el Juzgador se allegue de la verdad legal.

CUARTA.- Aunados a los tradicionales medios de prueba y a los avances electrónicos, se deben establecer nuevas directrices para fortalecerse la prueba pericial y desarrollarse conforme los adelantos tecnológicos y científicos en materia de criminalística, desprendiéndose de ello los documentos informáticos como prueba en un proceso, lo cual obliga a nuestra sociedad a la investigación de la prueba por soportes informáticos.

QUINTA.- Ya que en nuestro sistema no existe alguna certificación obtenida con base en la información contenida en el soporte informático que haga prueba en un juicio, el original que se debe aportar, será un documento escrito, impresión (y por lo tanto copia), del soporte informático que lo genera. Como vemos se llega a lo absurdo en virtud de que: la exigencia del original como garantía de autenticidad queda frustrada, ya que la verdadera garantía de autenticidad en el verdadero original, que no es otro sino el soporte informático y respecto del cual es francamente difícil, sino imposible, establecer su originalidad.

SEXTA.- El Juzgador excluiría los soportes informáticos del concepto tradicional de documento, reservando para éste el medio probatorio documental. La eficacia probatoria de los soportes informáticos queda garantizada precariamente, por no regularse de modo específico la actividad necesaria para incorporarlos al proceso, esta carencia de regularización posibilita la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para tal defensa.

SEPTIMA.- Ahora bien los soportes informáticos firmados digitalmente son en estos momentos tan seguros o más que los documentos tradicionales con firma manuscrita.

OCTAVA.- Se debe dar eficacia de la prueba tasada a los documentos electrónicos si son reconocidos por la parte a quien perjudica.

PROPUESTA.

Una reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice:

“**Artículo 254.-** La fuerza probatoria de todo dictamen pericial, incluso el cotejo de letras y los dictámenes de peritos científicos, será calificada por el Ministerio Público, por el juez o por el tribunal, según las circunstancias.”

Al cual se le debe hacer la presente modificación:

Artículo 254.- La fuerza probatoria de todo dictamen pericial, incluso el cotejo de letras **y las pruebas obtenidas a través de avances científicos**, será calificada por el Ministerio Público, por el juez o por el tribunal, según las circunstancias.

Se tiene que crear además un cuerpo de peritos oficiales de acuerdo a los avances científicos tanto en la Procuraduría como en el Poder Judicial que serán los encargados en certificar las pruebas ofrecidas.

Un problema de la prueba sustentada en los avances científicos, es la incertidumbre que ello crea en el juzgador, el cual se muestra renuente al momento de valorar dicha prueba, perdiendo objetividad su análisis jurídico:

En el Poder Judicial, deberá de preparar juzgados que tengan una mayor especialización en dichos delitos, lo que incluye al personal administrativo y jurídico (jueces, secretarios de acuerdos, actuarios, proyectistas y pasantes en derecho), con el fin de que se pueda tener un mejor criterio al momento de la admisión, deshago y valoración de la prueba. Lo que

quiere decir que en los casos de los delitos denominados de cuello blanco (ilícitos en donde se presenta con más frecuencia la utilización de medios electrónicos como pruebas) existan juzgados especializados, que no implica que dichos juzgados solo conozcan de dichos ilícitos, si no que preponderantemente resuelvan estos, con preferencia en el turno de consignación existente (juzgados de consigna, por su especialización en dichos ilícitos).

BIBLIOGRAFIA.

A. VARELA CASIMIRO, “*Valoración de la Prueba*”, Editorial Astrea 2ª edición, Buenos Aires, 1998.

AMUCHATEGUI GRACIELA, “*Derecho Penal*”, Editorial Oxford, México, 2001.

ARILLA BAS FERNANDO, “*El Procedimiento Penal en Mexico*”, ED., Porrúa México, 2001.

BAILON VALDOVINOS ROSALIO, “*Derecho Procesal Penal*”, ED. LIMUSA, México, D.F. 2003.

BARRAGÁN SALVATIERRA CARLOS, “*Derecho Procesal Penal*” Mc Graw Hill 2ª. Edición

BETHAM JEREMÍAS, “*Tratado de las Pruebas Judiciales*”. ED. Ángel editor 2000.

CARNELUTTI FRANCESCO, “*Estudios de Derecho Procesal*”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo II, 1952.

COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO, “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”, ED. Porrúa S.A. México, 1982.

DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO, “*Procedimiento Penal Mexicano*”, ED. Porrúa, 1996, 2ª. Edición.

DE LA CRUZ AGÜERO, LEOPOLDO. “*Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*”. ED. Porrúa. México, 1999.

DESIMONI LUÍS MARIA, *“La Evidencia en Materia Criminal”*, editorial abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires.

DEVIS ECHANDIA HERNANDO, *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Xavala editor tomo II. Buenos Aires Argentina, 1972.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE. *“Derecho Penal Parte General”*, 2ª edición, ED. Porrúa, México, 2004.

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. *“Tratado Sobre las Pruebas Penales”*. ED. Porrúa. Tomo I, México, 2000.

FABREGA P. JORGE, *“Medios de Prueba”*, ED. Varitec, Panamá, 1997.

FENECH, MIGUEL, *“El Proceso Penal”*, Madrid, ED. Egesa, 1978.

FERRAJOLI, LUIGI. *“Garantías y Derecho Penal”*, publicado en Inter Criminis Revista de Ciencias Penales. Numero 1, Segunda Época, INACIPE 2000.

FLORIÁN EUGENIO, *“De las Pruebas Penales”* tomo II, ED. Temis Bogota Colombia, 1990.

FRAMARINO DEI MALATESTA NICOLA, *“Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”*, 3a. reimpresión de la 4a. edición, ED. Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *“Derecho Procesal Penal”*, México, ED. Porrúa, 1974.

GÓMEZ COLOMER JUAN LUÍS, *“El Proceso Penal Alemán”*. Introducción y normas básicas, Barcelona, España, Bosch, 1985.

GORPHE, FRANCOIS, *“La Crítica del Testimonio”*, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial Colección doctrina México, 2005.

HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO. *“Programa de Derecho Procesal Penal”*. ED. Porrúa, 4ª. Edición. México, 1999.

IRRAGORRI DIEZ, BENJAMÍN, *“Curso de Pruebas Penales”*, ED. TEMIS, Bogota Colombia, 1983.

L. KIFLMANOVICH JORGE, *“Teoría de las Pruebas y Medios Probatorios”*, Rubinzal-Culzoni Editores 2ª. Edición, Buenos Aires Argentina, 2001.

M. MORELLO AUGUSTO, *“La Prueba”*. Tendencias modernas, Editora Platense, Buenos Aires, 2ª. Edición.

M. ORONOS CARLOS, *“Las Pruebas en Materia Penal”*, ED. Pac, México; DF. 2005.

MACHADO SCHIAFFINO CARLOS A., *“Vademécum Pericial”*, ED. La Rocca, Buenos Aires, 1999.

MALO CAMACHO, GUSTAVO. *“Derecho Penal Mexicano”*. 2ª edición, ED. Porrúa, México, 1998.

MANCILLA OVANDO JORGE ALBERTO, *“Breve Estudio Sobre las Pruebas en el Juicio Penal Federal”*, ED. Porrúa. México, 1996.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. *“Teoría General del Proceso”*. ED. Harla. México. 1991.

PAILLAS PIÑA ENRIQUE, *“Estudios de Derecho Probatorio”*, ED. jurídica de Chile 2ª. edición; Santiago de Chile, 2002.

PEREZ PALMA RAFAEL, "*Guía de Derecho Procesal Penal*" Cardenas Editor Distribuidor 7ª Edicion.

PRIETO CASTRO, LEONARDO, "*Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil*", Madrid, 1950, vol. I.

RIVERA SILVA MANUEL, "*El Procedimiento Penal*", ED. Porrúa, S.A. México, 1976.

ROSENBERG LEO, "*La Carga de la Prueba*", ED. Montevideo Buenos Aires 2ª. Edición 2002.

SANCHIS CRESPO CAROLINA, "*La Prueba por Soportes Informáticos*", ED. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

SANDOVAL DELGADO EMILIANO "*Medios de Prueba en el Proceso Penal*" ED. Cárdenas Editor Distribuido. México DF. 2001.

SILVA SILVA JORGE ALBERTO, "*Código Federal de Procedimientos Penales*" ED. Harla, México, 1986.

VELASQUEZ V. FERNANDO. "*Los Principios y Garantías Penales en el Código Penal para el Distrito Federal Mexicano de 2002, publicado en comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*", ED. CEPOLCRIM, México, 2003.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. "*Derecho Penal Parte General*", ED. Porrúa, México, 2001.

DICCIONARIOS.

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. “*Diccionario de Derecho Procesal Penal*”. ED. Porrúa. Tomo I, 4a. Edición. México, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, “*Diccionario Jurídico Mexicano*”, 10ª Edición., México, ED. Porrúa, 1997.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. “*Diccionario Jurídico Mexicano*”, TOMO III, 6ª edición, ED. Porrúa-UNAM, México, 1993.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “*Diccionario de Derecho Penal*”, 2ª edición., México, ED., Porrúa, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, t. I, A-G, 20ª edición, Madrid, España, 1984.

CD-ROM. UIS-2006. Poder Judicial de la Federación.

REVISTA.

LUIS RODRIGO HERNÁNDEZ ORTEGA “*Revista Comunidad CUDF el valor de la palabra*”, año 1 – num. 5- México DF. Marzo de 2008- Editor responsable Lic. Ángel Pichardo Díaz. Pág. 2