

TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHO

**PERICIAL Y TESTIMONIAL,
SUS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS
EN MATERIA PENAL**

TUTOR: DOCTOR ELÍAS POLANCO BRAGA

ALUMNO: PABLO PICAZO FOSADO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico este trabajo de investigación:
A Dios, por permitirme vivir;
A mis padres que me dieron la vida;
A mi esposa Frida y mis hijos
Pablo y Frida Isabel,
Que son como la luz de mis ojos.

Reconocimiento a mi tutor
Doctor Elías Polanco Braga,
por su valiosa orientación y
apoyo en la investigación.

No hay testigo más acusador
y valioso que la consciencia.

"Ningún mal puede golpear al hombre recto
Ni cuando vive, ni cuando esta muerto
Sus acciones no son indiferentes a los dioses".
sócrates

INDICE

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BASICOS

1.1. Probar y pruebas.....	7
1.2. Elementos de las pruebas.....	12
1.2.1 Objeto de la prueba (thema probandum).....	13
1.2.2 Medio de prueba (instrumentos, objetos o cosas y conductas humanas).....	15
1.2.3 Órgano de prueba (sujeto o persona física).....	19
1.2.4 Carga de la prueba (onus probandi).....	22
1.3. Los sistemas de valoración de la prueba.....	26
1.3.1 Sistema legal o tasado.....	27
1.3.2 Sistema de valoración libre.....	29
1.3.3 Sistema mixto.....	32
1.3.4 Sistema de la sana crítica o íntima convicción.....	32

CAPÍTULO II

EL MARCO JURÍDICO DE LAS PRUEBAS PERICIAL Y TESTIMONIAL

2.1. De la prueba pericial.....	37
2.1.1 Peritaje, y sus disposiciones legales.....	41
2.1.2 La importancia del peritaje.....	43
2.1.3 Naturaleza jurídica del peritaje.....	45
2.1.4 Perito, pericial, peritación y el peritaje.....	46
2.2. Tramitología de la prueba pericial.....	47
2.2.1 Número de peritos y requisitos para ser perito.....	48
2.2.2 Designación oficial y particular de peritos.....	51
2.2.3 Emisión del dictamen.....	54

2.2.4 Junta de peritos y tercero en discordia.....	56
2.3. Obligaciones, causas de excusa y recusación del perito.....	60
2.4. Sanciones administrativas y responsabilidad penal del perito.....	62
2.5. Algunos criterios jurisprudenciales relativos a la prueba pericial.....	63

CAPÍTULO III

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1. Su naturaleza jurídica.....	70
3.2. Capacidad e incompatibilidades.....	73
3.3. Disposiciones legales procesales.....	75
3.4. Requisitos para ser testigo.....	76
3.5. Contenido del testimonio.....	76
3.6. La retractación y su valoración.....	78
3.7. Las sanciones administrativas y penales.....	82

CAPÍTULO IV

TÉCNICAS DEL INTERROGATORIO EN MATERIA PENAL

4.1. El interrogatorio en materia penal.....	85
4.2. Las disposiciones legales.....	87
4.3. Una guía para la formulación adecuada de preguntas.....	92
4.4. Porqué se aceptan o rechazan las preguntas.....	98
4.4.1. Sistema para la calificación de preguntas.....	101
4.4.2. Fundamentos para desechar preguntas.....	103
4.4.3. Recursos para el caso de desechamiento de preguntas.....	109
4.4.4. Desahogo de la prueba testimonial.....	110
4.5. La condición humana y sus facetas de verdad y mentira, de claridad y confusión, de espontaneidad y engaños deliberados.....	113
4.6. La libertad para valorar las pruebas pericial y testimonial, no es sinónimo de arbitrariedad.....	117

CAPÍTULO V

LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LAS PRUEBAS PERICIAL Y TESTIMONIAL

5.1 peritos, diferencia con los testigos.....	121
5.2. La prueba testimonial como expresión de lo advertible a través de los sentidos en contraposición a la prueba pericial que no requiere de la experiencia sensitiva.....	124
5.3. El saber especializado que requiere la prueba pericial en contraste con la prueba testimonial en su aspecto de informes verbales de testigos con capacidad retentiva.....	127
5.4. La prueba pericial al servicio de la justicia ante la necesidad de conocimientos técnicos, a diferencia de las simples apreciaciones subjetivas por parte de un testigo.....	129
5.5. Los medios a través de los cuales se allegan el conocimiento:	
5.5.1. La prueba pericial.....	133
5.5.2. La prueba testimonial.....	136
5.6. Delitos que únicamente se acreditan sus elementos constitutivos a través de la prueba pericial.....	140
PROPUESTAS.....	145
CONCLUSIONES.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	150

INTRODUCCIÓN

“...Yo que en tantos procedimientos penales he intervenido, me he percatado que le tengo alergia al procedimiento, porque aun cuando es forma, puede ahogar a la prueba que es sustancia...”¹ Con estas palabras de Santiago Sentis Melendo, iniciamos la presentación de este trabajo de investigación, en el que nos proponemos hacer una distinción entre la prueba pericial y testimonial, estableciendo sus diferencias y semejanzas en materia penal, con el propósito de establecer su valor y credibilidad.

Después de años trabajando con pruebas, nos hemos percatado que la prueba testimonial, hoy en día se encuentra contaminada, viciada, inducida y corrompida; sin embargo, la prueba tiene una función social muy importante; la administración de justicia sería imposible sin la prueba; por ello, en el primero capítulo de este trabajo de investigación establecemos los conceptos básicos del derecho probatorio, como son la diferencia entre probar y pruebas; los elementos de las pruebas; el objeto y medio de prueba; los órganos de prueba; la carga de la prueba y analizamos los sistemas de valoración de las pruebas.

El objeto de la prueba es el hecho investigado y aún cuando se utilicen diversos medios de prueba, el hecho no cambia, pero existen medios de prueba más eficaces y otros tan viciados como la prueba testimonial; en el capítulo segundo, analizamos el marco jurídico de las pruebas pericial y testimonial; investigamos la importancia del peritaje, su naturaleza jurídica y apuntamos los conceptos de perito, pericial, peritación y peritaje. Exponemos la tramitología de la prueba pericial, el número de peritos, sus requisitos, la designación oficial y particular, la emisión del dictamen, la junta de peritos y tercero en discordia; lo relativo a las obligaciones, causas de excusa y recusación del perito; las sanciones administrativas y responsabilidad penal.

¹ SENTIS MELENDO, Santiago, “La prueba, los Grandes Temas del Derecho Probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1979. p.5.

El capítulo tercero lo dedicamos a la prueba testimonial, su naturaleza jurídica, capacidad e incompatibilidades, requisitos para ser testigo, el contenido del testimonio, la retractación y las sanciones administrativas y penales.

Las pruebas pericial y testimonial constituyen el núcleo central de esta investigación, tienen gran importancia en el proceso penal, porque de ellas depende que se verifiquen los alcances de verdad o falsedad de un hecho investigado. En el capítulo cuarto trataremos lo relativo a las técnicas del interrogatorio, establecemos una guía para la formulación adecuada de preguntas, se señalan los motivos por los que se rechazan las preguntas, los fundamentos legales y los recursos procedentes.

En el capítulo quinto, trataremos lo referente a la diferencia y semejanza entre las pruebas pericial y testimonial. Analizamos la importancia de la prueba pericial en el esclarecimiento de hechos que requieren de personas con conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados, para determinar con la mayor exactitud posible el cómo y el porqué acontecieron dichos hechos.

Investigamos que cualquier persona física es testigo; no importa su nacionalidad, sexo, edad juvenil, vejez, ni tampoco tienen importancia las imperfecciones físicas (cojo, sordo, mudo, ciego, etcétera), las enfermedades mentales o corporales, los estados ocasionales de inconsciencia. Tampoco implican restricciones ni el estado social, ni la condición económica de las personas, ni la reputación o fama pública, ni la profesión religiosa, ni la misma condena penal. Toda persona es hábil para ser testigo, el único requisito es que debe conocer el hecho.

Por ello, establecemos que no es novedoso sostener que detrás de cada testigo se oculta un enemigo invisible de la verdad y de la justicia; pues la prueba testimonial ha sido cuestionada durante los dos siglos pasados y hasta la actualidad.

Se hace la distinción entre crédito a los testigos y crédito a los testimonios, porque el proceso penal se encuentra dominado por el problema de la credibilidad que se debe atribuir a los testimonios, y de siempre la materia de la prueba testimonial esta caracterizada por la constante preocupación por la credibilidad del testigo. Las pruebas practicadas hay que valorarlas; así se reconocen, el sistema tasado o legal, la sana crítica y la íntima convicción, sin embargo, el progreso en el derecho procesal penal debe tender a reducir lo más posible la porción del empirismo incierto y del subjetivismo arbitrario, dándole a la técnica de valoración de las pruebas, directrices racionales, inspiradas en los modernos métodos científicos.

En las propuestas de este trabajo, se sostiene que las conclusiones del perito inspiran mayor confianza, por ser un profesional, científico leal, por su investigación de la verdad, por su juramento, por su examen concienzudo y sincero, su fidelidad; a diferencia del testigo, concluimos que se hace necesario en nuestros tiempos poner en más practica la prueba pericial y los procesos penales, dejen de sustentarse en la prueba testimonial que es más falible y fácil de contaminar, inducir, viciar y con ella, cometer grandes injusticias.

Afirmamos en las conclusiones, que nuestro sistema penal se encuentra en crisis, debido a la autolimitación de sus horizontes; hoy en día el temor se ha apoderado de las sociedades altamente criminalizadas como la ciudad de México, donde impera la inseguridad social y el temor generado por las altas tasas delincuenciales; las ciencias en general han progresado, menos la ciencia penal, y mucho menos el procedimiento penal mexicano; por lo que se debe construir una legislación realista, cuyos contenidos sean extraídos de la vida cotidiana y de la realidad social, donde se ponga a la prueba pericial o científica al servicio de la justicia, la cual requiere ser auxiliada por expertos que desentrañen la verdad en la delincuencia moderna; por lo que el procedimiento penal debe dejar de estar apoyado en simples conjeturas y apreciaciones subjetivas de testigos.

Proponemos que la valoración del testimonio, no puede realizarse sin el auxilio del perito psicólogo o psiquiatra; ello debe hacerse siempre que por la índole de las declaraciones y la personalidad del testigo, se presuma la necesidad de un examen psicológico o hasta psiquiátrico. La psicología jurídica ha puesto de relieve las dificultades que se presentan en la valoración del testimonio, cuando de la personalidad del testigo se trata. A las fases de valoración de la íntima convicción, sana crítica y la prueba legal o tasada, debe seguir la prueba científica; el procedimiento penal actual y del futuro, deberá dar preferencia a la prueba científica, porque ofrece mayores garantías de seriedad y eficacia probatoria.

Lo anterior es una exigencia del mundo moderno, y en especial del Distrito Federal, que reclama justicia rápida, segura y eficiente. La evolución histórica del procedimiento penal, demuestra que los sistemas clásicos de prueba, van cediendo en importancia, ante la elaboración científica o pericial de la prueba; sin embargo, la psicología judicial encuentra dificultades para aclimatarse entre nosotros, porque hay desinterés de ella.

Se propone el examen mental del testigo, siempre que se sospeche que sus declaraciones entran en el marco de lo intelectual patológico. Pues las falsas interpretaciones son más peligrosas cuando más verosímil es su apariencia, y han producido numerosos errores judiciales. El testigo no sujeto a error, no existe, y puede incurrir en error voluntario o involuntario, pero de cualquiera de las dos formas, constituye un grave peligro para la sociedad que reclama justicia.

Exponemos que se justifica la necesidad de una construcción científica de la crítica del testimonio, para desentrañar la índole de las motivaciones del error de percepción o de apreciación, al mismo tiempo establecer que grado de verdad existe en las declaraciones del testigo. Para resolver este problema, la psicología ha ideado un examen mental del testigo, con el cual se puede determinar el grado de veracidad de sus declaraciones.

Es necesario purgar los vicios del sistema de enjuiciamiento, porque ya no es suficiente la lógica y la experiencia de la vida en la valoración de las pruebas. La prueba de testigos representa un serio obstáculo al conocimiento de la verdad legal; porque la confianza en la palabra humana es una cándida ilusión; los testigos más serios cometen múltiples errores, pues la regla es el error y no la verdad; por lo tanto no puede darse fe ciega a este medio de prueba.

Señalamos que la prueba pericial se justifica por la complejidad de los hechos que constituyen el presupuesto para la aplicación de las normas jurídicas. Las consecuencias de un delito no se pueden establecer, sino por expertos. En la instrucción de un proceso se tiene que tratar tanto lo que prueba la inocencia, como lo que prueba la culpabilidad, y no se podrá pronunciar un juicio exacto, sino se poseen los medios de prueba idóneos y suficientes para fundarlo;

Es necesario que en el proceso penal se recaben pruebas científicas para acreditar la inocencia o la culpabilidad de las personas llevadas a juicio; pues de otro modo resulta que un hecho es verdadero y falso al mismo tiempo. ¿Cómo podemos creer intachable el testimonio de una persona?, sino hemos investigado en que circunstancias se encontraba al momento del hecho, las circunstancias de su vida, su amor o su odio, su interés en ese proceso, y demás datos que nos harían tener más certeza de su idoneidad; luego entonces, ¿qué de extraño tiene que nos engañe?.

Es cierto, en el Distrito Federal, frecuentemente es la única base de las acusaciones, la prueba testimonial, y dependen de ella intereses como el honor de un hombre y quizá su condena. Pero no hay que perder de vista que la injusticia cometida contra uno solo es una amenaza para todos. Un culpable castigado es un ejemplo para los delincuentes; pero un inocente condenado es una preocupación para todos los hombres honrados. Por ello, no debe ser permitido que los jueces se engañen con falsos testimonios.

Concluimos, afirmando que la justicia debe resolver las más graves cuestiones suscitadas entre los ciudadanos, debe dejar a un lado el empirismo rutinario y superficial empleado en la práctica y valoración de la prueba testimonial, es preciso prevenir por medio de la ciencia; pues es precisamente a la prueba científica a la que hay que recurrir en la investigación de los delitos; porque con la ayuda de científicos en las materias de Psicología Experimental y de Psicología Clínica, se debe integrar la ciencia del testimonio, y poder apreciar los errores involuntarios y deliberados que se contienen en las más sencillas declaraciones testimoniales.

Una de las razones que tiene la sociedad para desconfiar de la justicia, es porque es sabedora de que bastan dos testigos para inculpar a una persona del delito que sea; sin embargo, si las leyes procesales establecieran la obligación para la autoridad judicial de practicar tanto a los testigos como denunciados y procesados, la prueba psicológica judicial en la que intervengan psicólogos y psiquiatras, cuyos resultados son susceptibles de valoración exacta, quedaría demostrado que el error en el testimonio es la regla y no la excepción, y que la fidelidad del testimonio no depende solo de las cualidades morales del testigo, sino de numerosos factores, relacionados con su mentalidad, con el objeto de su declaración y con las condiciones de su testimonio; con lo que quedarían al descubierto los múltiples errores a que está sujeto el testimonio, y se disminuiría la confianza excesiva que tiene hoy en día la justicia en ese medio de prueba.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS

1.1. PROBAR Y PRUEBAS.

Al iniciar este trabajo de investigación, nos proponemos hacer una distinción entre los conceptos señalados, con el objeto de establecer su significado y delimitar su alcance e importancia en el proceso penal.

Debe advertirse que el proceso penal, se encuentra compuesto de una gran variedad de conceptos y términos legales y doctrinarios, pero para los fines de este trabajo sólo se tratarán los que se han considerado necesarios para lograr el fin propuesto.

Así diremos que, "procesalmente hablando, probar, es provocar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional, la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretéritas de un hecho controvertido. Esta certeza es el resultado de un raciocinio"².

Sólo los hechos son materia de prueba, por ello resulta importante establecer el significado de este término procesal. El derecho lo estará cuando se funde en usos o costumbres y se apoye en leyes o jurisprudencia extranjera. La jurisprudencia mexicana, cuyo conocimiento y acatamiento es obligatorio para todos los aplicadores de la ley, no requiere ser probada, sino basta que se le cite y se precisen los datos de localización en la que se le puede consultar. Por ello, se afirma que sólo serán objeto de prueba los hechos controvertidos, cuando no hayan sido confesados por las partes.

² ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal Mexicano, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 121.

La acción de probar se hace a través de la prueba. "Prueba.- Del latín *probo, bueno, honesto y probandum, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.*"³

"En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes"⁴.

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 discutibles.

Por extensión también se suele denominar *pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas*, con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho, así se habla por ejemplo de las pruebas testimonial y pericial.

Prueba, es lo que persuade (convencer para que alguien crea), al espíritu de una verdad.

La prueba constituye el núcleo central de esta investigación, tiene gran importancia no sólo en el proceso penal, sino que toda actividad humana científica está sometida a la prueba, porque de ella depende que se verifiquen los alcances de verdad o falsedad de un hecho investigado.

³ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Novena Edición, México, 1996, p. 2632.

⁴ Idem.

El proceso penal no escapa a la razón ni menos al juicio de la prueba; como se dijo el proceso es un instrumento creado para conocer la verdad de los hechos. Los métodos o técnicas de la investigación que en el proceso se siguen, equivalen a no otra cosa que la metodización del criterio de la prueba; es así que la necesidad intelectual de la prueba, en el terreno de la juridicidad, desciende a la realidad en forma de proceso como instrumento que ayuda para verificar la verdad de los hechos que requieren de una sanción jurídico-penal. "Por ello, el proceso requiere de la prueba, y la prueba necesita del proceso para poderse objetivar; y en el fondo, prueba y proceso vienen a coincidir la prueba como requerimiento racional que implica unir al derecho con el hecho verificado de cierto, y el proceso como instrumento que lo satisface a la manera de puente que permite el tránsito justo de lo jurídico hacia lo fáctico. Para el juez, esta necesidad de probar ha sido elevada al rango de deber que se cumple al juzgar con legalidad pero principalmente con justicia. Por ello, resulta que el proceso no es otra cosa que una herramienta de prueba." ⁵

La prueba esta conformada de una simple pieza glosada al proceso penal, pero intenta adaptarse a la realidad; también constituye un imperativo de la razón, con tendencia de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto, es decir la verificación de las afirmaciones.

Pero es oportuno precisar que el termino "prueba" no es exclusivo del derecho procesal penal, sino más bien corresponde a la *"teoría del conocimiento científico"*, y por consiguiente a todas las ciencias integradoras del saber humano, pero no existe razón alguna para poner en tela de duda el carácter científico del conocimiento obtenido en el proceso penal, el cual tiende a la investigación de los hechos, a través de una metodología científica y procura el conocimiento racional y objetivo, mediante fórmulas de investigación que permiten conocer una verdad.

⁵ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1991, p. 6.

No existen datos exactos que indiquen a partir de que fecha los seres humanos comenzaron a utilizar el término "prueba", pero se puede afirmar que fue cuando el hombre primitivo se enfrentó a problemas, porque fue entonces cuando tuvo necesidad de aprender a resolverlos y con ello se vio en la necesidad de saber como resolverlos, fue cuando surgió la tensión entre saber y no saber, entre conocimiento e ignorancia, lo que logró a través de pruebas, así por ejemplo, para saber que el fuego quemaba, tuvo que decidir quemarse varias veces, haciendo esta prueba. En el ámbito judicial, la prueba es necesaria desde que se realiza el primer proceso.

El concepto "prueba", no sólo es aplicado el conocimiento científico, sino también al ordinario, y a los actos más cotidianos y elementales de la vida humana, siempre que existe necesidad de probar algo, se hace a través de la prueba, por ello, nadie escapa a la necesidad de probar.

No existe un concepto único de prueba, sino que a este se le han dado diferentes sentidos, lo que ocasiona que en algunos casos se entienda de distinto modo y cuando se aplica se logren distintas consecuencias. Existen autores que se refieren a la prueba como el medio que tiende a un resultado, utilizándose para indicar el objeto que sirva para el conocimiento de un hecho, en este supuesto la prueba es el medio de prueba. Por otro lado, hay quienes conciben a la prueba, no como medio, sino como una actividad, que puede ser del juzgador o de las partes, y según esta posición se entiende por prueba los actos de investigación.

La principal confusión radica en que se confunde las expresiones *medio* y *fuentes* de la prueba. Así el medio de prueba es la actividad del juez en busca de la verdad del hecho, y la fuente de la prueba, el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad. Pero la prueba tiene un camino procesal que conlleva las siguientes etapas: *a) la reproducción del hecho histórico*, en la cual el instrumento probatorio que se halla en presencia del juez desprende una estimulación o sensación para éste, es decir, centre su atención, pues comienza a ver los signos

que de ella se desprenden; *b) la percepción*, en esta fase se distingue entre el estímulo del sentido del juez y su actividad psíquica, pues ésta va más allá ya que incluye el conocimiento de la existencia del instrumento. Es a partir de la percepción cuando el juez crea en su mente el conocimiento de que la pieza probatoria existe; y *c) la valoración*, que es propiamente la actividad intelectual, ya que no es suficiente la reproducción y la percepción, de los datos que arroja el medio de prueba, pues en las dos primeras fases sólo tiene el conocimiento de su existencia, lo cual lo más que produce es un argumento de verificación, que requiere además de un juicio de valoración, esto es, de una actividad intelectual. En esta fase el juez realiza una operación mental al final de la cual concluye que solamente con un juicio consistente en la afirmación de la existencia o no de un hecho, y además el juez realiza una actividad perceptiva de la prueba, al formular la crítica de la misma.

En este sentido, probar es una actividad, es trasladar un hecho producido en un tiempo y lugar a la presencia del juez. Esta traslación tiene como propósito que el juez vea la repetición histórica del hecho para que reviva dicho acontecimiento. La labor de traslación es por tanto una labor de reproducir o de traducir, y para esto es necesario, como en cualquier otra ciencia, la utilización de medios que sirvan a tal fin.

Pero esta traslación del hecho, se realiza siempre con deficiencia, porque no es posible que los tres factores de tiempo, modo y lugar, sean captados por el juez, porque es imposible su reproducción idéntica, simplemente no se puede volver al pasado. Como es imposible trasladar y reproducir exactamente como sucedió el hecho, lo que se traslada es lo que dejó en la percepción de los medios de prueba, al momento de exteriorizarse, es decir, lo que se hizo perceptible.

Cuando el hecho se hace perceptible, altera las cosas que lo rodean, las impresiona, marcando su huella. En toda persona que presencia un hecho se fija una imagen que se guarda en su memoria, y el resultado de dicha fijación es lo que se denomina huella o rastro. Los medios de prueba trasladan no el hecho histórico sucedido, sino tan sólo sus huellas o rastros dejados. Por ello se dice que el juez no ve la realidad sino sus huellas; en consecuencia, el mejor modo para realizar la traslación y la reproducción de un hecho, depende de las cualidades de las huellas y de la aptitud del juez.

Como se ve el concepto de huella está íntimamente ligado al de prueba, y la diferencia entre ambas radica en que las pruebas son los medios de adquirir certidumbre gracias a las huellas, y éstas son las que se estampan en la memoria del hombre o de las cosas.

1.2. ELEMENTOS DE LAS PRUEBAS.

“...Pero la expresión “*prueba*”, en el lenguaje procesal penal tiene cuatro significados que hay que distinguir con cuidado, así se habla de *objeto de la prueba (thema probandum)*; *medio de prueba (instrumentos, objetos o cosas y conductas humanas)*; *órgano de prueba (sujeto o persona física)*; y *carga de la prueba (onus probandi)*...⁶. Todos estos conceptos habrán de desarrollarse en seguida en forma individual para su mejor comprensión.

La veracidad es uno de los objetivos del proceso penal. Su dificultad mayor es el conocimiento de los hechos. Lo que alcanza a través de las pruebas. Por ello, el proceso es un instrumento creado para conocer la verdad de los hechos. El jurista del proceso penal reconstruye el pasado, para conocer quien tiene la razón en el presente.

⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décimo Primera Edición, Porrúa, México, 1989, p. 285.

1.2.1 OBJETO DE LA PRUEBA (THEMA PROBANDUM).

"...Debe entenderse lo que se puede probar en general, es aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual..."⁷

Devis Echandia, entiende por "...necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*), lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de algunos de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero concreta porque recae sobre los hechos determinados..."⁸

No se concibe la prueba sin el objeto materia de ella. Si se tiene en cuenta esta verdad elemental, resulta obvia la conclusión de que jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo sea susceptible de comprobación; pero desde un punto de vista estrictamente procesal, por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional.

⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de Pruebas Judiciales, Edit. Temis, Bogota, Colombia, 1969, p. 42.

⁸ *Ibidem*.

Este tema es uno de los más relevantes de la teoría de la prueba, en tanto equivale a la materia prima en derredor de la cual gira el procedimiento probatorio penal, dado que todo lo relativo a la tramitología de la prueba, como son los medios, la carga, el ofrecimiento, desahogo y valoración de las pruebas, encuentra su basamento en los hechos o afirmaciones que se tengan que demostrar en el juicio, porque el proceso surge de un conflicto entre el estado y el infractor de la ley penal, de ello resulta que los hechos controvertidos constituyen el objeto de la prueba, y al mismo tiempo conforman el contenido de la relación de derecho penal, lo que constituye la substancia que anima al proceso penal.

El juicio del juez se apoya en los datos concretos que podríamos considerar de principales, y que son los hechos de la causa; es decir, los hechos que concuerdan con el supuesto de la norma penal cuya aplicación se solicita para apoyar la pretensión punitiva; sin embargo debe señalarse que en algunas ocasiones el objeto de la prueba, no es el hecho principal investigado, relacionado directamente con el delito, sino que también puede ser un hecho accesorio, como sucede cuando el hecho a probar es para demostrar o negar la eficacia de un medio de prueba.

Igualmente, debemos advertir que el objeto de la prueba no únicamente es lo que se afirma o el hecho afirmado, sino que también es la negativa o el hecho negado, dado que un principio recogido por el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece: "El que afirma está obligado a probar. También lo estará el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho".

Para el maestro Marco Antonio Díaz de León, "...el objeto de la prueba no sólo puede recaer en los hechos, dentro o fuera del proceso penal. Independientemente de considerar que la prueba tiene por objeto la demostración de la existencia de un hecho, y de que asimismo puede ser objeto de prueba la inexistencia de un hecho como ocurre frecuentemente en algunos delitos de fondo

patrimonial, cuando fundada la causa en esa circunstancia se afirma la inexistencia del derecho del ofendido, esta declaración no impide tener a las cosas o a las personas como objeto de prueba..."⁹

Inmanente al proceso penal existe la necesidad de la más amplia indagación acerca de la verdad histórica y jurídica, lo que hace que sea objeto de prueba todo lo que pueda allegarse al proceso y todo lo que se pueda presentar al conocimiento del juez y de las partes para la comprobación judicial relacionada con dicha indagatoria. Estas consideraciones permiten afirmar que el objeto de la prueba en el proceso penal es toda aquella objetividad considerada como hecho susceptible de prueba; esto es todo aquello que pueda formar de manera principal o accesoria, parte de la relación jurídico-criminal que se debata en el proceso.

1.2.2 MEDIO DE PRUEBA.

"...Ordinariamente se considera medio de prueba todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez; en suma el medio de prueba es un medio de conocimiento..."¹⁰

A través de los medios de prueba se obtienen los datos de la información en el proceso penal.

El artículo 135 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, señala: "...La ley reconoce como medios de prueba: I.- La confesión; II.- Los documentos públicos y privados; III.- Los dictámenes de peritos; IV.- La inspección ministerial y la judicial; V.- Las declaraciones de testigos, y VI.- Las presunciones.

⁹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Ob. cit. p. 264.

¹⁰ FLORIAN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I, Tercera Reimpresión de la Tercera Edición, Editorial. Temis, Colombia 1998, p. 169.

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

También se admitirán como prueba las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.

El artículo transcrito nos da la idea clara de que cuando nos referimos a los medios de prueba, son el medio o el acto en los que el titular del órgano jurisdiccional encuentra los motivos de la certeza. Por lo general el medio de prueba se identifica con la prueba misma.

De los medios de prueba nominados que la ley procesal del Distrito Federal, reconoce, habremos de tratar en este trabajo de investigación únicamente dos de ellos, que son la prueba pericial y la testimonial, lo que resulta oportuno precisar porque únicamente de ellos trata este trabajo, concretizando la hipótesis a comprobar que son las diferencias y semejanzas que existen entre estos medios de prueba.

Así diremos que los diversos autores de la teoría de la prueba, han realizado otras tantas clasificaciones de los medios de prueba, según su propia postura de la que participan, sin embargo, la clasificación que enseguida anotamos es de acuerdo a los fines de este trabajo:

Un criterio formal permite subdividir a los medios de prueba en *principales y accesorios o perfeccionadores*. Los primeros tienen existencia autónoma, en tanto que la existencia de los segundos está condicionada a la de los principales.

Por su forma de presentación ante el órgano jurisdiccional, se dividen en *observados, hablados, escritos y razonados*.

Por último, "...se dice que existen dos clases de prueba, *la directa y la indirecta*. La primera se da cuando existen inferencias inmediatas, esto es, que concluyen en una proposición de otra sin intervención de una tercera. A esta se le contrapone la llamada prueba de presunciones, que es a la que se denomina prueba indirecta porque las inferencias son mediatas, esto es, se concluye una proposición por medio de una tercera. Se dice, sin embargo, que no hay prueba directa, pues las inferencias parten de los instrumentos probatorios -confesión, testimonio o documentos- y de éstos se tiene siempre que hacer inferencias, ya sean mediatas o inmediatas, pues de la percepción de los instrumentos se tiene que realizar siempre una valoración, por ello, de todas las pruebas siempre se obtendrán indicios..."¹¹

Por ello, podemos decir que: "...medio de prueba son los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de los hechos sobre los que versa la causa, y pueden clasificarse atendiendo a su función, en directos o indirectos según que, respectivamente, la fuente que suministran se halle construida por el hecho mismo que se intenta probar o por un hecho distinto..."¹²

Cabe decir, que los medios de prueba indirectos suelen a su vez subclasificarse en históricos y críticos atendiendo a la circunstancia de que el dato percibido por el juez revista o no el carácter representativo del hecho a probar. En esta última categoría la doctrina incluye a las presunciones, por cuanto el hecho que les sirve de base se encuentra, frente al hecho objeto de prueba; importa destacar que las presunciones no configuran medios sino, en todo caso, argumentos de la prueba.

¹¹ GONZÁLES SALAS CAMPOS, Raúl, La Presunción en la Valoración de las Pruebas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 112.

¹² PALACIO LINO, Enrique, La Prueba en el Proceso Penal, Editorial, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 2000, p. 23.

El medio de prueba representa el momento en que el aporte de la prueba se manifiesta con su mayor eficacia, y a través de él se efectúa el contacto entre el objeto de prueba y el juez, ya que por su intermedio el objeto de prueba se pone al alcance del conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales.

La forma como se verifica este contacto es decisiva, puesto que las diversas maneras en que se patentiza son de extrema importancia para la función de la prueba, para su destinación y su eficacia.

Ciertamente el objeto de prueba no cambia al cambiar el medio que lo revela al juez, pero el modo como el juez llega al conocimiento de él ofrece en verdad un criterio capital respecto a la eficacia y a la apreciación del aporte de la prueba que surge de ese medio.

La utilización del objeto de prueba descansa sobre la base de un pleno y exacto conocimiento de ese objeto. El medio de prueba pone en función al objeto de la prueba. Por lo que se afirma que los demás conceptos que integran la noción de la prueba, como son *objeto de la prueba* y *órgano de la prueba*, sin duda alguna son importantes, pero no pueden utilizarse con igual eficacia y amplitud que el concepto *medio de prueba*.

Un mismo objeto de prueba puede ser revelado por los demás diversos órganos de prueba, y a un mismo objeto de prueba pueden converger los medios de prueba más diversos. Pero cada uno de los modos de percepción tiene una característica propia, y aporta al proceso una eficacia probatoria distinta.

1.2.3. ORGANO DE PRUEBA.

"...Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba..."¹³

El conocimiento del dato probatorio por parte del órgano de prueba puede haber sido obtenido por orden del juez (como perito, intérprete o traductor), o bien accidentalmente (en el caso del testigo o la parte que confiesa), pero el juez no es órgano de prueba, sino el destinatario de los datos que aquéllos traen al proceso.

Como se dijo en renglones anteriores, a través de los medios de prueba se obtienen los datos de la información en el proceso penal. Ahora bien, la persona intermediaria que se interpone entre el objeto de prueba y el juez y que le suministra a este el conocimiento del objeto de prueba, adquiere una importancia especial, asume una actitud propia, una función característica, por ello nos parece que a esta persona se le puede definir como *órgano de prueba*.

Entre prueba y conocimiento no existe oposición, sino a la inversa, todo medio de prueba tiene esta propiedad debido a su idoneidad para poder servir de medio de conocimiento.

No se soslaya que existen autores que al órgano de prueba, lo llaman, sujetos de prueba, pero coinciden en la sustancia, al indicar que el sujeto de prueba no son sólo las personas sino las cosas de donde emanan las pruebas, en las que queda impregnada la huella del hecho. "...Así pues, el órgano de prueba es la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales..."¹⁴.

¹³ M. JAUCHEN, Eduardo, La Prueba en Materia Penal, Editorial. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 1996, p. 28.

¹⁴ FLORIAN, Eugenio, Ob. cit. p. 174.

En los órganos de prueba no puede incluirse al juez en cuanto adquiere el conocimiento del objeto de prueba mediante su percepción directa. Sin duda alguna, el juez percibe el objeto de prueba no sólo para sí mismo, sino también para los demás, en orden al proceso penal, y en esta forma el resultado de la percepción se comunica a las partes, por lo cual, cuando el juez perciba al objeto de prueba fuera de la presencia de las partes, será también, en relación con estas, un órgano de prueba, pero este acto suyo no tiene nada de particular que lo diferencie de los demás de su actividad probatoria.

El órgano de prueba naturalmente queda sometido a la apreciación del juez, pero lo cierto que el juez no puede juzgarse a si mismo, por ello sería un sofisma hacer del juez, un órgano de prueba, porque su actividad de percepción directa queda absorbida en la actitud probatoria general que él desarrolla. Por consiguiente, la calidad de órgano de prueba no pueden tenerla sino personas distintas del juez, como pueden ser las partes, los testigos y peritos.

Los órganos de prueba pueden transmitir el conocimiento del objeto de la prueba directa o indirectamente, y en esta forma las personas que representan dichos órganos pueden aun no estar presentes en el proceso, como son por ejemplo los informes de policía judicial, las cartas y escritos en general, mediante los cuales se allega de conocimiento al juez.

Aquí se presenta con natural evidencia el concepto de medios de prueba, si se tiene en cuenta que tanto la actividad del juez en la percepción del objeto de prueba, como las atestaciones de los órganos de prueba se concretan en manifestaciones.

Así mediante un acto procesal, el objeto de prueba se revela y se consigna en el proceso por obra del juez o de los órganos de prueba, por ello el contenido de ese acto, en el cual se acoge el aporta probatorio, puede en verdad llamarse medio de prueba, dicha locución se justifica, porque es precisamente en virtud y por la

eficacia del medio de prueba, por lo que el objeto de prueba, llega a la causa y le sirva a ella, por lo que se verifica su utilización procesal. En consecuencia, puede validamente afirmarse que el medio de prueba es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez y los demás sujetos procesales, y el objeto de la prueba.

Una misma persona puede ser al mismo tiempo *órgano y objeto de prueba*, como ejemplo, cuando es testigo y narra hechos a la autoridad investigadora, pero también será sujeto de una prueba pericial en su persona. Así se afirma que buena parte de las personas que intervienen en el proceso penal son órganos de prueba, pues le suministran al juez informaciones sobre los hechos investigados, esto es los diversos objetos de prueba.

La víctima, el acusado, el perito y el testigo, en el proceso penal, se encuentran mezclados, por ser órganos de prueba, y todas son personas que transmiten informaciones a la autoridad.

Pero debe dejarse en claro desde ahora, que todos los órganos de prueba tienen su propia regulación jurídica en la legislación procesal penal, no obstante ello, surgen algunas relaciones entre ellos, así como diferencias y semejanzas, las que son objeto de esta investigación, esto referido únicamente a los medios de prueba pericial y testimonial.

Lo anterior sin perder de vista que testigos y peritos, son extraños a las relaciones jurídicas surgidas del hecho delictivo, que es objeto de proceso penal, y deben distinguirse a su vez, el uno del otro; como se acreditará en el desarrollo de este trabajo, teniendo en cuenta el criterio general deducido de su naturaleza de las informaciones que respectivamente suministran testigos y peritos; así veremos que los primeros son informadores, relatores comunes, por así decirlo; y los peritos también son informadores o relatores técnicos.

1.2.3. CARGA DE LA PRUEBA (ONUS PROBANDI).

"... A las partes corresponde la tarea de probar, por ello se entiende la carga de la prueba, como el gravamen que recae sobre las partes de aportar los medios probatorios al órgano jurisdiccional para buscar su persuasión sobre la verdad de los hechos manifestados por las mismas..."¹⁵

Otra razón de la carga de la prueba se deriva en que cada uno de los litigantes tiene interés de vencer en el juicio; sólo que para triunfar, se tiene que demostrar lo que en el proceso penal se afirme. En el proceso penal se cuestiona la vigencia de la carga de la prueba, por estimarse que la carga no tiene la eficacia de estímulo de la actividad de las partes, se afirma que en el proceso penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes.

La carga de la prueba en materia procesal penal no constituye un deber, porque el deber es de cumplimiento obligatorio, y viene impuesto para la satisfacción de un interés legalmente tutelado, de índole social o particular, y en caso de no ser cumplido la consecuencia es la imposición de una sanción. "...Por el contrario, la carga es una facultad o un poder, de cumplimiento potestativo, facultativo o voluntario, que como tal no es de cumplimiento obligatorio, sin que su incumplimiento o inobservancia conlleve una sanción, porque con la carga no se trata de satisfacer un interés social o particular protegido legalmente, sino que lo único que puede ser satisfecho es el interés particular de la persona afectada por tal carga. Si la carga es atendida, el resultado será beneficioso para el sujeto interesado, ya que verá satisfecho su propio interés, consiguiendo así una determinada ventaja o beneficio. Si la carga es desatendida, la consecuencia puede ser perjudicial para el sujeto afectado, porque puede perder los efectos beneficiosos que habría podido obtener si hubiera satisfecho dicha carga..."¹⁶

¹⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, ob. cit. p. 271.

¹⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos, La Prueba Penal, Editorial, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 699.

Una de las cargas procesales más relevantes es la carga de la prueba; su razón de ser es la de dar a los juzgadores y a las partes procesales unos criterios claros para resolver problemas de valoración probatoria que pueden plantearse en los casos de inexistencia de pruebas o de dudas razonables sobre las pruebas practicadas.

"...La teoría de la carga de la prueba tiene aplicación cuando se ha producido una *carencia probatoria*, porque no ha resultado probado un determinado hecho. Si se ha conseguido probar la existencia de un determinado hecho litigioso, o bien probar su inexistencia, con independencia de qué parte haya realizado tal prueba (de la existencia o de la inexistencia del hecho), carece de sentido acudir a la teoría de la carga de la prueba, porque en uno y en otro caso no tiene utilidad..."¹⁷

La carencia probatoria puede producirse no sólo cuando no se ha practicado ninguna prueba sobre el hecho litigioso, sino también cuando las pruebas practicadas han sido insuficientes, porque no han producido el resultado probatorio pretendido, al no haber logrado que el juzgador tenga plena certeza sobre el hecho, disipando las dudas que éste pudiera tener. De ahí que se afirme que la teoría de la carga de la prueba es la *teoría de las consecuencias de la falta de prueba*.

Ahora bien, si los hechos han quedado plenamente probados, habiendo alcanzado el juzgador una completa certeza sobre la realidad, la teoría de la carga de la prueba deviene inútil, porque en tal caso ningún cometido puede desempeñar. Basta con que los hechos controvertidos hayan quedado probados, para que sea innecesario acudir a las reglas sobre la carga de la prueba. Esto es lo que se denomina *principio de adquisición procesal*, según el cual los resultados de las actividades procesales de las partes intervinientes en el mismo, de tal manera que la actividad procesal de una parte puede ser utilizada por la otra parte en provecho

¹⁷ CLIMENT DURÁN, Carlos, *Ibidem*, p. 700.

propio, porque el proceso constituye una relación jurídica (procesal) que pertenece a todas las partes que intervienen en ella. Así proyectando estas afirmaciones sobre la actividad probatoria, se dice que todas las pruebas son del proceso, y éste es de orden público, pudiéndose valerse de ellas no sólo la parte que las ha producido, sino también las demás.

La regla básica sobre la carga probatoria, se encuentra consagrada en los artículos 247 y 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el primer dispositivo, se establece que en caso de duda debe absolverse; lo que contiene una obligación imperativa para el juzgador, para resolver sus dudas sobre la certeza de un determinado hecho, al momento de dictar sentencia; por otra parte, la carga sobre determinado hecho corresponde a la parte que lo ha alegado o afirmado, o dicho de otra forma, cada parte tiene la carga de probar los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación pretende en su favor. Por ello, el segundo numeral recién indicado, prevé: El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.

Como se ve, la teoría de la carga de la prueba tiene una gran utilidad no sólo para el juzgador en el momento de decidir una cuestión litigiosa, superando así la posibilidad de un non liquet, sino también para las partes en cuanto las previene acerca de que es lo que cada una de ellas debe probar en apoyo a sus respectivas pretensiones.

Por otra parte, la presunción de inocencia, constituye en el proceso penal, la regla básica sobre la carga de la prueba, aunque sus efectos abarcan todo el proceso penal, pues constituye un derecho fundamental que parte de la presunción de que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, hasta que se demuestre lo contrario.

La presunción de inocencia opera en el juicio penal imponiendo a los acusadores la carga de probar la perpetración de un hecho delictivo por parte del acusado. Esto significa que el acusado queda exento de probar su propia inocencia o su falta de culpabilidad.

La presunción de inocencia establece un trato favorable para el acusado, en detrimento del acusador, con la quiebra al principio de igualdad de las partes, lo que no es así porque la presunción de inocencia no introduce en el proceso penal nada especialmente beneficioso para el acusado, ni tampoco agrava la posición de la acusación. Simplemente indica que se parte de la presunción de inocencia del acusado, y quien trate de destruir esa presunción ha de probar que éste ha cometido un hecho delictivo. Porque en el proceso penal el que acusa ha de probar el hecho penal y la participación en el del acusado, lo que no constituye una presunción de inocencia invertida, sino más bien, se establece el principio de que si no hay prueba de cargo, hay que absolver.

La afirmación de que cualquier persona es inocente, a menos que otra cosa se pruebe, significa por un lado, que nadie está obligado a probar su propia inocencia, y de otro lado, que quien afirme la culpabilidad de otra persona debe probarla.

Se trata pues de una presunción "*iuris tantum*", que puede ser destruida con pruebas en contra; tan presunción significa que la carga de la actividad probatoria pesa exclusivamente sobre quien acusa, de manera que es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado.

1.3 LOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

"...La valoración de las pruebas, es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación, para así, obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda) y a la responsabilidad penal del delincuente (certeza)..."¹⁸

El juicio del juez proviene de presunciones, y éstas no son más que juicios de probabilidad, y es precisamente en este juicio donde se encuentra la valoración de las pruebas.

"...Ninguna prueba puede alcanzar por sí misma la convicción absoluta, por ello no queda más que basarse en presunciones. El método lógico de la valoración de las pruebas es un método inferencial, y se parte siempre desde algo conocido al algo por conocer. Es cierto que en cada caso se tienen distintos medios de prueba que se tienen que enlazar, pues el proceso inferencial, tiene un carácter lógico; así nuestro máximo tribunal judicial del país utiliza distintos términos, en la valoración de las pruebas, para aludir a este método, como: *inducir, deducir, inferir, presumir, indicar, implicar, etc....*"¹⁹

"...El resultado de la prueba debe considerarse como la contribución que de un objeto de prueba o de un medio de prueba puede surgir en favor o en contra de la demostración de la verdad de hecho o jurídica, que pertenece al proceso o que influye en él. Este resultado implica, por consiguiente, un ejercicio de valoración..."

20

¹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit. p. 295.

¹⁹ GONZÁLES SALAS CAMPOS, Raúl, Ob. cit. p. 113.

²⁰ FLORIAN, Eugenio, Ob. cit. p. 357.

Sin embargo para que pueda hacerse la apreciación de un resultado de la prueba es indispensable, como requisito, que el resultado, así sea dentro de ciertos límites, pueda apreciarse en su estructura íntima y sustancial. Ahora bien, esta posibilidad queda excluida típicamente en un régimen probatorio en que las pruebas tienen un carácter estrictamente formal, como ocurría por ejemplo, en el derecho germánico, con el juicio de Dios. En consecuencia, las pruebas estrictamente formales se sustraen por completo a cualquier apreciación de su efectiva relevancia sustancial.

Pero fuera del régimen formalista, las pruebas deben apreciarse con arreglo a su contenido íntimo y real. Y como las pruebas se recogen en el proceso con el fin práctico de suministrar el material para la sentencia, esto es, para resolver el interrogante de si el hecho concreto, objeto de la imputación, realiza la incriminación abstracta y específica de la ley, de ello se sigue que este material se encuentra naturalmente sometido a la apreciación de las partes y del juez.

No obstante, mientras las partes aprecian las pruebas con el fin de discutir y justificar sus respectivas tesis, el juez, en cambio, hace esa apreciación con miras a la sentencia. Por este motivo sólo la apreciación del juez tiene importancia jurídica y decisiva para los fines del proceso: por ello, la apreciación judicial de las pruebas, se ha establecido mediante diversos sistemas de valoración de las mismas, que trataremos enseguida.

1.3.1 SISTEMA LEGAL O TASADO

Desde este punto de vista, la investigación se concreta en la determinación de las facultades que la ley le confiere al juez para la apreciación de las pruebas. En otras palabras, aquí se trata de la ingerencia de la ley para darles valor a las pruebas, y de los límites que en algunos casos pone la ley a la libertad del juez en su tarea de apreciación. Debe establecerse si ha de tener valor el juicio apriorístico

y preestablecido de la ley, o el juicio concreto y relativo del juez. En realidad, aquí se trata de saber cómo puede formar el juez su propio convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de un hecho.

Por un lado la intervención de la ley en el sentido de que ella aprecia y estima previamente las pruebas y de este modo fija las reglas para la formación del convencimiento del juez; en este caso impera, no la lógica común, sino la que ha sido definida como lógica oficial. Aunque existe otro modo de valorar las pruebas, donde la potestad conferida al juez para determinar sobre las pruebas de modo libre, su propio convencimiento, esto es, para definir por sí mismo el valor de ellas.

El primer método de valoración de las pruebas, llamado sistema legal o tasado, también se le ha llamado *teoría legal de las pruebas, estimación legal de las pruebas, certeza legal, etc.*; y al segundo, se le ha denominado: el método del libre convencimiento, de la certeza moral, de la convicción íntima. También se dice que libre convencimiento corresponde a la teoría material de las pruebas, y el método de la teoría legal corresponde a la teoría formal de las pruebas.

Históricamente el método de las pruebas legales, se hizo posible por la decadencia o desaparición del juez popular, se consideró como una exigencia del proceso inquisitorio, puesto que, concediéndosele en este proceso al juez todo poder de iniciativa, de investigación y decisión, y quedando el acusado desprovisto de su propia defensa, el legislador intervino para limitar los poderes del juez en el momento culminante, en el cual éste debía proceder a absolver o condenar, tomando como base los resultados obtenidos en su propia investigación. Por ello, este método, antes que una coerción de la conciencia del juez, se interpretó como una eficaz defensa del acusado frente al juez y también como un poderoso auxilio prestado al juez, el auxilio de una experiencia amplia y profunda, de una experiencia secular y colectiva, de una experiencia codificada.

En este sistema legal o tasado de valoración de pruebas, el legislador se sustituye al juez en la valoración de la prueba. No hay más que un convencimiento: el libre. La prueba legal es ajena a la convicción, lo que el juez forma mediante ella, es, objetivamente la premisa menor del silogismo, o parte de ella; si al juez se le exigiera la convicción, estaríamos fuera del ámbito de la prueba legal.

Así en nuestro Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, concretamente en el capítulo XIV intitulado valor jurídico de la prueba, integrado por los artículos 246 al 261, se establece el sistema para la valoración legal o tasada de las pruebas.

La teoría de la valoración legal, se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas. Estas reglas aparecen consignadas en los textos legislativos.

1.3.2 SISTEMA DE VALORACION LIBRE.

"...La prueba es libertad; pero es libertad con la prueba; libertad de apreciación de la prueba; en manera alguna prescindencia de la prueba..."²¹

De acuerdo con el sistema de la libre convicción, el legislador le dice al juez: "Tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos..."²²

Valorar libremente la prueba no quiere decir arbitrariedad, sino más bien, se trata de medir el valor o el precio de los medios probatorios, y nada más que en eso consiste la etapa final y definitiva de la prueba.

²¹ SENTIS MELENDO, Santiago, La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1979, p. 243.

²² Ibidem. p. 243

El sujeto a quien se encomienda justipreciar el material probatorio, no debe atender a ningún criterio legal preestablecido, susceptible de impedir la actualización de la verdad material. La variedad de los asuntos y sus peculiaridades nos conducen a concluir que, ninguna prueba, en forma aislada, puede tener un valor superior al de otra; es el concurso de todas lo que tal vez, permita el esclarecimiento de la conducta o hecho. Si a esto agregamos que, a través de la secuela procedimental, el juez estuvo en constante contacto con los integrantes de la relación procesal, y se le proporcionó la asesoría técnica necesaria, estará en aptitud de otorgar a las probanzas el valor que su íntima convicción dicta.

Para llevar a cabo este juicio valorativo, el juez empleará: "...su preparación intelectual: conocimientos jurídicos, psicológicos y su experiencia; aplicará las llamadas "*máximas de la experiencia*", que son las enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, debemos entender como "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas, respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y además de los cuales deben valer para nuevos casos...." ²³

"Las partes proponen, el juez dispone"²⁴. La idea en el fondo es la elección, decisión, para denotar la última fase del procedimientos jurisdiccional (no del proceso penal) “.

Pero el juez no decide solamente al final del procedimiento jurisdiccional, sino también durante su curso, pero cuando se habla de la decisión, el pensamiento corre a la sentencia, que es el tipo de la decisión final, que concluye el procedimiento jurisdiccional. "...Los métodos del juicio de Dios, están superados,

²³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit, p. 295.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco, Principios del Proceso Penal, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires Argentina, 1971, p. 237.

lo cual no excluye que la decisión deba fundarse en que el juez no tiene otra vía, para cumplir dignamente su tremendo deber, que no sea la de pedir la iluminación divina. Porque el pensamiento más que humano, es divino, de manera que por el hombre es recibido y reflejado como la luz por un espejo. El progreso no consiste en poner al hombre como juez en el lugar de Dios, sino en la conciencia de que tramite del pensamiento divino es el hombre mismo, el cual debe juzgar, y así en el buscar en sí, en lo íntimo de sí, en aquel íntimo que se llama conciencia, porque es una ciencia nata en nosotros y con nosotros en juicio de Dios...." ²⁵

El juicio es pues, el primer paso sobre la vía de la decisión, el juez tan pronto como se ha retirado para decidir y aun antes de retirarse formula un juicio de inocencia o de culpabilidad; ordinariamente se habla de impresión o, más correctamente, de intuición; pero el juicio es nada más que un hecho intuitivo, no un hecho racional. La razón, en efecto, opera con la ley y con la prueba, a través del silogismo: la ley (premisa mayor) es el instrumento mediante el cual se saca del hecho conocido (premisa menor) el hecho desconocido (ilación); pero la ley supone el juicio, no el juicio supone la ley, la cual no es más que el resultado de una multitud de experiencias y, por tanto, de juicios. El silogismo sirve para la verificación, no para la formación del juicio.

El segundo paso en el camino de la decisión, es el razonamiento, o también llamada motivación, pero las razones no son en absoluto lo que mueve la decisión, esto es, lo que le da el primer impulso. El juicio inicial escapa a la atención; pero la verdad es que sin una hipótesis no se puede razonar precisamente porque el razonamiento sirve para verificar y no se puede dar verificación sin lo que debe ser verificado.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco, Ob. cit. p. 239.

"...La teoría de la libre valoración de las pruebas ostenta una posición dominante en los sistemas procesales contemporáneos, y es exclusiva del proceso penal..."

26

1.3.3 SISTEMA MIXTO

Nuestro derecho de procedimientos penales, recoge principios de prueba racional y prueba legal, se trata de un régimen mixto en el cual interfieren las dos técnicas.

El sistema mixto es aquél que contiene manifestaciones de prueba legal y de prueba libre. El sistema adoptado por nuestra legislación procesal penal, es intermedio entre los dos tipos extremos, en cuando admite el libre convencimiento del juez, pero da reglas obligatorias sobre el valor que ha de atribuirse a ciertos medios de prueba.

1.3.4 SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA O ÍNTIMA CONVICCION.

Como se dijo anteriormente que el sistema de apreciación de las pruebas se centra en las facultades que se le confieren el juez para valorar la prueba producida, el tema ha sido materia de regulación desde tiempos muy antiguos, ya sea sujetando al juez a reglas formuladas de manera abstracta preestablecida, que le señalen conclusiones que debe respetar para determinado medio de prueba, o por el contrario, otorgándole facultades para que efectúe una valoración personal y extraiga las que estime que corresponden según el medio probatorio existente en la causa.

Pero un verdadero sistema de valoración, exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de ésta, no hay verdadera valoración, por cuanto la fijación de los hechos sometidos a pautas establecidas por el legislador

²⁶ IGARTUA SALAVERRIA, Juan, Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995, p. 32.

El sistema de valoración de la prueba llamado de la sana crítica, debe entenderse, como el modo de razonar, que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

"...En efecto, la libertad del juez para valorar las pruebas aparece delineada en la convicción íntima, como en la libre convicción, en las que se quiere encontrar diferencias, pues tanto en una como en la otra campea la libertad para la apreciación de las pruebas, cuya finalidad es la formación de convicción..."²⁷

Tampoco se advierte la distinción al hablar de libre apreciación, siempre y cuando no se entienda esto como libertad para la arbitrariedad y apreciación no razonada de las pruebas. En ambos casos debe presidir el acto valorativo, la lógica, los principios naturales y la experiencia, ya que el convencimiento judicial no va más allá del convencimiento racional necesario para juzgar.

En este apartado debe decirse, que las expresiones "sana crítica" o "apreciación razonada", encierran el mismo significado desde el punto de vista lógico, gramatical y jurídico.

Por ello el sistema de la sana crítica, apreciación razonada, libre convicción o convicción íntima, significan lo mismo en las distintas expresiones, esto es, libertad del juez para la apreciación de la prueba. Sin embargo, de todas las denominaciones parece la más acertada, la de la sana crítica, que en su acepción etimológica refiere sano arte de juzgar.

²⁷ A. VARELA, Casimiro, Valoración de la Prueba, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 156.

A pesar de que el concepto de la sana crítica tiene sus orígenes en la legislación española civil de 1855, este concepto no tiene una descripción de su contenido, y algunos autores señalan que se refiere a la lógica, otros la relacionan con el buen sentido, con la crítica o el criterio racional, la rectitud y sabiduría de los jueces.

La sana crítica implica que en la valoración de las pruebas el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de la investigación; el criterio valorativo debe estar basado, en consecuencia, en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a juzgamiento, y no debe derivar sólo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica; al mismo tiempo requiere de la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del juez, sean aplicables al caso, sin embargo cabría preguntarse, ¿cuáles son las normas de la sana crítica?.

En relación con este tópico, y concretamente referente a la valoración de las pruebas resulta ilustrativa la siguiente tesis aislada emitida por nuestro máximo tribunal judicial, en el que se establece una regla para la valoración:

No. Registro: 171,080. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXVI, Octubre de 2007. Tesis: 1a. CCXII/2007
Página: 201.

PRUEBAS PRESUNCIONALES. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE PREVÉ SU APRECIACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. La garantía de exacta aplicación de la ley penal contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a las autoridades legislativas que al tipificar un hecho como delictivo precisen mediante normas claras la conducta reprochable, así como la penalidad por su comisión, y exige a las autoridades judiciales la aplicación exacta de la sanción expresamente establecida en la ley, para evitar confusiones que se traduzcan en aplicaciones por analogía o por mayoría de razón, lo cual redundaría en la seguridad y certeza jurídica de los gobernados. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el

Distrito Federal, que dispone que los jueces y tribunales apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, no viola la mencionada garantía constitucional en virtud de que el referido dispositivo legal no describe abstractamente alguna conducta como delito ni faculta a dichas autoridades para determinar sanciones o autoriza su imposición por analogía o mayoría de razón, sino que señala las condiciones para que el juzgador tenga como prueba plena el conjunto de presunciones que le permitan arribar a la verdad histórica de los hechos sometidos a su consideración. Además, si bien es cierto que el citado artículo 261 confiere atribuciones al juzgador para que haga una valoración personal y concreta del material probatorio, también lo es que correlativamente le impone el deber de exponer los razonamientos que haya tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba y requiere que se encuentren probados los hechos de los cuales deriven las presunciones, así como la existencia de un enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la buscada. Amparo directo en revisión 349/2007. 9 de mayo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal judicial, en jurisprudencia definida de observancia obligatoria, en la cual ha definido como es que se integra la prueba de indicios o circunstancial en materia penal, para conocer objetivamente una verdad:

No. Registro: 171,660. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXVI, Agosto de 2007. Tesis: V.2o.P.A. J/8. Página: 1456.

PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL EN MATERIA PENAL. SU EFICACIA NO PARTE DE PRUEBAS PLENAS AISLADAS, SINO DE DATOS UNÍVOCOS, CONCURRENTES Y CONVERGENTES, DE CUYA ARTICULACIÓN, CONCATENACIÓN Y ENGARCE, SE OBTIENE OBJETIVAMENTE UNA VERDAD FORMAL, A TRAVÉS DE UNA CONCLUSIÓN NATURAL A LA CUAL CADA INDICIO, CONSIDERADO EN FORMA AISLADA, NO PODRÍA CONDUCIR POR SÍ SOLO. En el proceso penal no es dable acoger la falacia de la división, que consiste en asumir que las partes de un todo deben tener las propiedades de éste, y que en el caso se refleja al aislar cada elemento de convicción y demeritar su eficacia o contundencia demostrativa por sí mismo, es decir, considerado aisladamente. Lo anterior es improcedente, cuenta habida que de cada medio de prueba pueden desprenderse uno o varios indicios, signos o presunciones, con un

determinado papel incriminador, partiendo de que el indicio atañe al mundo de lo fáctico e informa sobre la realidad de un hecho acreditado, que sirve como principio de prueba, no necesariamente para justificar por sí mismo un aserto, o la verdad formal que se pretende establecer, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido, a base de razonar silogísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí en la mente, para llegar a una conclusión, y es precisamente la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial, que se sustenta en la demostración de los hechos indiciarios y en el enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la buscada. Por ello, la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio -considerado en forma aislada- no podría conducir por sí solo.

CAPITULO II

EL MARCO JURIDICO DE LAS PRUEBAS PERICIAL Y TESTIMONIAL.

2.1 DE LA PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial tuvo sus orígenes en el derecho civil de los jurisconsultos prácticos italianos, no existió en el proceso penal romano, donde ante el juez penal actuaba el *consilium* (consejo asesor), quienes formaban una especie de cuerpo consultivo permanente; tampoco existió durante la época imperial en Roma, donde se generalizó el procedimiento extraordinario o *extra ordinem*; posteriormente surgió *el procedimiento de los comicios*, para los asuntos criminales, donde surgió el recurso de apelación (*provocatio*) del pueblo reunido en comicios contra una sentencia de los magistrados.

Tampoco existió la prueba pericial "...en las *quaestiones perpetuae* (tribunales permanentes que sucedieron a los comicios). Los elementos de la doctrina de la peritación, como figura de prueba separada y distinta de los testigos, se manifestaron entre los jurisconsultos prácticos italianos; el perito se separa poco a poco del testigo y en las primeras épocas se le consideraba casi como un juez. Pero en materia penal se habla poco de la prueba pericial, y cuando esto ocurría, se hacía con respecto a la comprobación del cuerpo del delito o *corpus criminis*, para la apertura de la *inquisitio*..."²⁸

²⁸ FLORIÁN, Eugenio, Ob. cit, p. 356.

"La prueba pericial es de una importancia relevante en el esclarecimiento de hechos o acciones que requieren de personas con conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados, para determinar con la mayor exactitud posible el cómo y el porqué acontecieron dichos hechos, cuál es la situación prevaleciente debido a ellos, o bien, las secuelas o riesgos que pueden ocurrir a futuro." ²⁹

"...En un tiempo los peritos se colocaban en el mismo plano de los testigos, puesto que su oficio se cumple, como el del testigo, mediante un diálogo con el magistrado; el magistrado pregunta y el perito, como el testigo, responde. La diferencia se busca entonces en que el testigo narra hechos y el perito expone juicios..."³⁰

La rectificación de ese modo de ver se ha cumplido el día en que se ha advertido que narrar hechos no se puede hacer sin narrar juicios; entonces ha parecido que la distinción entre testigos y peritos desapareció, pero se le ha encontrado de nuevo al reflexionar que el testigo narra juicios que ha formado por su cuenta, sin encargo del magistrado, mientras que el perito le comunica los juicios que ha formado por encargo de él. Más simplemente, se puede decir que el testigo narra juicios formados fuera del proceso y el perito juicios formados en el proceso.

Ahora bien, quienes forman juicios en el proceso y los exponen al magistrado, son, en primer lugar, en el procedimiento definitivo, el ministerio público y el defensor. Y también ellos, el objeto de formarlos especialmente sobre el tema de la prueba crítica, pueden tener necesidad de ayuda, lo mismo que el juez, puesto que también a ellos les pueden faltar los conocimientos científicos necesarios para la apreciación del hecho; en otras palabras, al perito que ayuda al juez, se agrega el perito que ayudan a las partes, y el cuadro del proceso penal se complica.

²⁹ CANALES PICHARDO, Víctor Manuel, *Análisis de la Prueba Pericial*, Tomo I, Filiberto Cárdenas Uribe, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000, p. 7.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Ob. cit.*, p. 219.

Por ello, válidamente puede decirse que el perito, ya sea que asista al juez, o a las partes, es en todo caso un sujeto del proceso, a diferencia del testigo, que es sobre todo un objeto.

Del análisis de las pruebas surge toda una estratificación de juicios que se sobreponen el uno al otro; "...el perito juzga al imputado o al testigo; el ministerio público o el defensor, juzgan al perito; el juez juzga al ministerio público o al defensor; el juez de apelación juzga al juez de primer grado; el juez de casación juzga al juez de apelación..."³¹

Lo que se ha dicho debe extenderse al juicio de la decisión, porque se juzga para decidir; pero el carácter diferencial entre el juez y el perito, no se encuentra en la confrontación entre el juzgar y el ser juzgado, sino entre aconsejar y el mandar, esto es, entre el proponer y el imponer a otro su propia decisión. Quien pide consejo acude a la ayuda del juicio ajeno, pero no renuncia al juicio propio; el juez es libre de aceptar o rechazar el parecer del perito; y no podría hacerlo sin juzgar su juicio, con lo que se llega a la *crítica de quien no sabe al juicio de quien sabe*; lo que conduce al juez a juzgar sobre una materia que no conoce; porque la función del perito es la de ayudar al decidente, y de ahí que su juicio tiene el valor típico del consejo, porque perito no quiere decir otra cosa que experto, y también el juez es un experto (*iuris-peritus*).

Pero debe dejarse en claro que "...la prueba pericial es suministrada por terceros que a raíz de un encargo judicial, y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones de los hechos sometidos a su examen..."³²

³¹ CARNELUTTI, Francesco, Ob. cit, p. 220.

³² A. VARELA, Casimiro, Ob. cit. p. 294.

En este sentido resulta ilustrativo el criterio aislado establecido por nuestro máximo tribunal judicial del país en la siguiente tesis en la que describe cual es la naturaleza jurídica de la prueba pericial, cómo se integra, y de que manera debe valorarse por la autoridad jurisdiccional, para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos que escapan a las aptitudes del común de la gente:

No. Registro: 176,491. Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXII, Diciembre de 2005. Tesis: V.4o.4 K. Página: 2745.

PRUEBA PERICIAL. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE. La doctrina, en forma coincidente con la esencia de las disposiciones legales que regulan la prueba a cargo de peritos, ha sustentado que la peritación (que propiamente es el conjunto de actividades, experimentos, observaciones y técnicas desplegadas por los peritos para emitir su dictamen), es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial (o incluso ministerial), por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, clínicos, artísticos, prácticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos cuya percepción, entendimiento o alcance, escapa a las aptitudes del común de la gente, por lo que se requiere esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas, de sus efectos o simplemente para su apreciación e interpretación. De esta manera, el perito es un auxiliar técnico de los tribunales en determinada materia, y como tal, su dictamen constituye una opinión ilustrativa sobre cuestiones técnicas emitidas bajo el leal saber y entender de personas diestras y versadas en materias que requieren conocimientos especializados, expresados en forma lógica y razonada, de tal manera que proporcionen al juzgador elementos suficientes para orientar su criterio en materias que éste desconoce. Ese carácter ilustrativo u orientador de los dictámenes periciales es lo que ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los diversos tribunales de la Federación a destacar que los peritajes no vinculan necesariamente al juzgador, el cual disfruta de la más amplia facultad para valorarlos, asignándoles la eficacia demostrativa que en realidad merezcan, ya que el titular del órgano jurisdiccional se constituye como perito de peritos, y está en aptitud de valorar en su justo alcance todas y cada una de las pruebas que obren en autos.

2.1.1 PERITAJE Y SUS DISPOSICIONES LEGALES.

"...El testigo técnico puede emitir juicios de valor relevantes para la apreciación del hecho narrado, siempre que versen sobre lo observado o conocido y no sobre las causas o efectos de tal hecho..."³³

Pero cuando la determinación de esas causas y efectos requieren de conocimientos especiales, que no están al alcance del juez, surge la necesidad de la peritación.

Por lo tanto la prueba pericial se justifica por la frecuente complejidad de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de estos expertos.

Por otra parte, siempre que se trate de establecer los efectos futuros o las proyecciones futuras de un hecho pasado o presente, que no aparezcan reguladas expresamente por las partes (por ejemplo las consecuencias de un delito de lesiones y el tiempo que tardará en sanar), es indispensable recurrir al dictamen de expertos, porque los testigos no pueden conceptuar sobre tales aspectos y el juez está en incapacidad de determinarlos, a menos que la ley haya previsto el caso y señalado tarifa o el sistema matemático para calcularlos.

Así el Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, en su capítulo VIII, contiene los artículos 162 a 188, que regulan la participación de los peritos en el proceso penal.

³³ DEVIS ECHANDIA, Hernando, Ob. cit. p. 433.

Por su parte el artículo 162 de dicha ley recién señalada, dispone: siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos.

De lo anterior se observa que no es cierto que el perito deba limitarse a exponer juicios de valor, sin ninguna narración fáctica, porque en ocasiones es necesario que primero observe los hechos que todavía existen o las huellas de los hechos pasados, sobre lo cual expone al juez sus observaciones para luego adoptar sus conclusiones valorativas del caso; de ahí que se habla del perito *percipiendi*, que necesita fundamentarse en la percepción de los hechos objeto de la prueba o de otros relacionados con ellos, a diferencia del perito que se limita a emitir su concepto, basándose en lo que surge del proceso sobre los hechos objeto de éste, en testimonios, en confesiones, en documentos, etc..

La peritación en el Derecho Mexicano, comprende: personas, hechos y objetos.

Puede haber tantas clasificaciones de la peritación como especialidades existan. Sin embargo por la procedencia de su designación, puede ser oficial o particular. Es oficial cuando el perito es designado de entre los órganos de la procuración o administración de justicia. La peritación es particular, cuando proceda de sujetos sin ninguna relación o nexo emanado de un cargo o empleo públicos, y además que haya sido propuesta por los particulares integrantes de la relación jurídico-procesal.

La intervención del perito tiene lugar, en nuestro sistema de enjuiciamiento desde el inicio de la averiguación previa; porque en otras condiciones, el ministerio público no podría cumplir con la función encomendada, por ese motivo, el Código de Procedimientos Penales, ordena que desde las primeras diligencias, para el examen de personas, lugares, cosas, designe peritos y agregue el dictamen a las averiguaciones.

El Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, dispone que el ministerio público dé intervención a los peritos en la averiguación previa; sin embargo, no obligan al cumplimiento de formalidades especiales, como en las peritaciones que tienen lugar durante el proceso.

2.1.2 LA IMPORTANCIA DEL PERITAJE.

El juez es un técnico en derecho, pero carece generalmente de conocimientos sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o larga experiencia. Esto pone de manifiesto la importancia de este medio de prueba, para la solución de muchos litigios.

En presencia de una cuestión técnica o científica, el juez se ve en la necesidad de recurrir al auxilio de expertos, para que lo ilustren adecuadamente, en su condición de peritos. Así el dictamen configura el acto mediante el cual culmina el desarrollo de la prueba pericial y consiste, en la respuesta fundada que suministran los peritos a las cuestiones oportunamente fijadas por el juez, sea de oficio o a propuesta de las partes.

La importancia de esta prueba en el proceso penal, es cada día mayor, ya que si el juez no puede verlo todo, con mayor razón no puede saberlo todo, lo cual impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe, por ello se debe acudir al perito, porque sus conocimientos son necesarios para descubrir o valorar un elemento de prueba que requiere conocimientos especiales, propios de una cultura profesional especializada.

El juez sólo puede prescindir del perito cuando se trata de conocimientos de determinadas ciencias o artes que entran en el patrimonio cultural común, fuera de este caso, y cuando existe la necesidad de conocimientos especiales, el nombramiento del perito constituye un deber del juez o ministerio público. La justicia penal no puede tener como única base la certeza exclusivamente individual del juez, porque para que la justicia sea útil a la sociedad, no basta que sea justicia, sino que ante todo debe aparecer como tal, ya que un convencimiento individual puede aparecer enfrentado con la justicia.

Sin embargo deben distinguirse dos hipótesis: cuando una de las partes legitimada para ello, solicita la práctica de la peritación y cuando se trate de resolver oficiosamente sobre su conveniencia, en el primer caso el juez debe admitir el ofrecimiento de la prueba pericial y proceder a su desahogo, a menos que aparezca clara su *impertinencia, inutilidad o su inconducencia*; en el segundo caso el juez tiene la obligación de ordenar el desahogo de la prueba pericial, porque actualmente los jueces estarían a menudo desarmados sino pudiesen utilizar el auxilio de los expertos.

La trascendencia e importancia de la prueba pericial, puede resumirse diciendo que hoy en día existen conductas delictivas que sólo se podrían acreditar sus componentes a través de esta prueba, y de no ser así, sería imposible su acreditamiento en el proceso penal.

2.1.3 NATURALEZA JURIDICA DEL PERITAJE.

La prueba pericial tiene el carácter de voluntaria o necesaria, según quede sujeta a requerimiento de parte, formulación de oficio o impuesta por la ley

La actividad del perito es de un auxiliar del juez en la búsqueda de aquellos conocimientos que no estén a su alcance, por ello los peritos revisten el carácter de auxiliares de la justicia, pero esto no descarta la índole probatoria de la pericia, constituyéndose en un verdadero medio probatorio, al explicar datos que aporten para la formación de una determinada convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.

Igualmente existen autores que sostienen, en cuanto a la naturaleza de la peritación, que es un medio de prueba; otros lo consideran como un testimonio; así señalan que el perito es un testigo de calidad, también se dice que el perito es un auxiliar de la justicia; sin embargo, la circunstancia de que tanto el perito como el testigo sean órganos de prueba, no justifica el confundir sus distintas condiciones jurídicas, pues son tan grandes las diferencias que hay entre testimonio y peritaje, las cuales son objeto de este estudio, que resulta inadmisibles considerar al perito como un testigo especializado, técnico o científico, y a su dictamen como un testimonio técnico.

En efecto el perito no juzga, sino aporta elementos de derecho y conceptos de valor que el juez utiliza para decidir, pero no lo vinculan; la doctrina contemporánea lo conceptúa como un *auxiliar del juez y de la justicia*, un colaborador del juez y un órgano de prueba, sin embargo estas denominaciones no obstan para reconocerle al peritaje la naturaleza de medio de prueba.

Por ello, debemos concluir este apartado diciendo que *la naturaleza de la prueba pericial es mixta*, porque se encuentra regulada por las disposiciones que norman la prueba real, la personal (testigos), y la de indicios; dicha probanza considerada en su aspecto exterior, esto es, entre la persona del perito y la cosa sobre la que recae su dictamen, debe existir una relación necesaria de veracidad; considerando su aspecto interno directo, el hecho consignado debe constituir lo que se juzga; y considerada en su aspecto interno indirecto, la circunstancia verificada debe implicar lo que se quiere probar.

2.1.4 PERITO, PERICIAL, PERITACION Y EL PERITAJE.

"...Perito, es toda persona a quien se le atribuye capacidad técnica-científica o práctica en una ciencia o arte.

Pericia, es la capacidad técnico-científica, o práctica, que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito.

Peritación, es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines.

Peritaje, es la operación del especialista traducida en puntos concretos, en inducciones razonables y operaciones emitidas, de acuerdo con su leal saber y entender...³⁴.

El perito es un experto en determinada materia, cuya función es auxiliar al juez para que éste pueda apreciar y evaluar los acontecimientos y así poder determinar un veredicto apegado a una realidad científica o técnica analizada.

³⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Ob. cit. p. 340.

De lo dicho se extrae que se trata de un medio probatorio indirecto, histórico, ya que los datos que proporciona son mediatos y representativos con relación a los hechos a probar.

La peritación cumple una doble función; por un lado, verifica hechos que requieren conocimientos especiales, y por otro, suministra reglas técnicas o científicas de la experiencia de los peritos, para formar la convicción del juez sobre los hechos e ilustrarla con la finalidad de que pueda apreciarlos correctamente.

2.2 TRAMITOLOGIA DE LA PRUEBA PERICIAL.

En general, la prueba penal se rige por los principios de pertinencia y utilidad, la prueba es pertinente cuando constituye un vínculo apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal y debe ser idónea, de lo contrario no se llegaría al conocimiento de la verdad; la utilidad de la prueba se justifica si conduce a lograr lo que se pretende.

El procedimiento probatorio, esto es, la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial; en términos generales el procedimiento probatorio se compone de los siguientes actos: a) ofrecimiento; b) admisión o rechazo; c) preparación, y d) ejecución práctica o desahogo de la prueba pericial.

Por lo que hace al ofrecimiento, se encuentra regido por los artículos 307 y 314 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, según se trate de un procedimiento sumario u ordinario, respectivamente, esto sólo en cuanto al término que las partes tienen para ofrecer en tiempo su prueba pericial, si es un procedimiento sumario, dispondrán de tres días contados desde el siguiente de la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para proponer pruebas; y si se trata de un proceso ordinario, las partes contarán con quince días para proponer las pruebas que consideren pertinentes.

Una vez que la prueba pericial es ofrecida por alguna de las partes o ambas, la autoridad judicial se pronunciara sobre su admisión, y si ésta fue positiva, entonces procede a su preparación de conformidad con el numeral 173 de la misma ley procesal penal, dicha autoridad, citará a los peritos en la misma forma que a los testigos, con el objeto de que acepten el cargo y se les tome la protesta legal, (artículo 168), con excepción de los oficiales, y se de cumplimiento a lo ordenado por el artículo 164 de la misma ley adjetiva, donde se prevé que a los peritos propuestos se les hará saber por el juez su nombramiento, y a quienes se les ministrarán todos los datos que fueren necesarios para que emitan su opinión.

El juez fijará a los peritos el tiempo en que deben desempeñar su cometido. Transcurrido éste, si no rinden su dictamen, serán apremiados por el juez del mismo modo que los testigos y con iguales sanciones, lo que prevé el artículo 169 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte le sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su dictamen. (artículo 175). Los peritos emitirán su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial (artículo 177),

2.2.1 NÚMERO DE PERITOS Y REQUISITOS PARA SER PERITO.

Artículo 163. Por regla general, los peritos que se examinan deberán ser dos o más: pero bastará uno, cuando sólo éste pueda ser habido, cuando haya peligro en el retardo o cuando el caso sea de poca importancia.

Artículo 164. Cada una de las partes tendrá derecho a nombrar hasta dos peritos, a los que se les hará saber por el juez su nombramiento, y a quienes se les ministrarán todos los datos que fuesen necesarios para que emitan su opinión.

Esta no se atenderá para ninguna diligencia o providencia que se dictare durante la instrucción, en la que el juez normará sus procedimientos por la opinión de los peritos nombrados por él.

Con lo anterior el legislador busca que los dictámenes no corran peligro de que por deficiencias en la formulación de éstos pudiere desorientarse el juez en su actividad cognoscitiva, y no sólo se busca la suma de mayores conocimientos, sino la colaboración entre éstos en la elaboración del dictamen, lo cual lleva la mejor garantía de estar mejor fundado, y aún cuando existen las excepciones señaladas en este artículo respecto del dictamen de un solo perito, tales excepciones deben ser acreditadas en el proceso para no invalidar el dictamen.

Dentro de los requisitos para ser perito, se encuentra la capacidad para ser perito, que comprende el conjunto de los requisitos o atributos requeridos como propios de una persona para que pueda asumir esas funciones procesales.

Así el artículo 171 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deben dictaminar, si la profesión o arte están legalmente reglamentados; en caso contrario, el juez nombrará a personas prácticas. Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena.

Por su parte el artículo 172 de la misma ley adjetiva de la materia señalada, dispone: También podrán ser nombrados peritos prácticos, cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción: pero en este caso se libraré exhorto o requisitoria al juez del lugar en que los haya, para que, en vista de la declaración de los prácticos, emita su opinión.

Pero la capacidad para ser perito puede ser general y específica, se dice que la capacidad general la determina en primer lugar, la edad, porque el perito requiere

cierta edad para poder desempeñar su profesión o arte en que se hubiere especializado, porque es obvio que la sana apreciación del juez y el interés de las partes procurarán por todos los medios descartar peritos muy jóvenes, pero de todos modos, la alta dignidad que significa la peritación y su creciente importancia, exige de cierta madurez física.

Dentro de la capacidad general, también resulta trascendente que el perito goce de *salud mental*, por lo que debe descartarse como perito el que se encuentre en estado de interdicción legal o judicial, o quien se halle afectado por una enfermedad mental.

El perito debe encontrarse en estado de capacidad efectiva para el ejercicio de cargos públicos y de la profesión o del arte a que se refieren las investigaciones o los conocimientos requeridos. Por lo que no debe hallarse en curso de ejecución de una condena a interdicción o destitución o inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas o de su profesión, o no se encuentre sometido a medidas de seguridad o privativas de libertad.

Para ser perito, también se requiere de una *capacidad específica (técnica)*, que es la competencia e idoneidad técnica, consistente en tener especiales conocimientos o aptitudes de índole técnica, que naturalmente varían en cada proceso, según la materia de que se trate.

2.2.2 DESIGNACION OFICIAL Y PARTICULAR DE PERITOS.

"...Para que la peritación tenga validez como medio de prueba, es indispensable que se lleve a cabo, en todos sus pasos, con estricto apego a las formalidades que la ley procesal establece. Entre ellos es preciso comenzar por señalar que el designado debe tomar debida posesión del cargo previo a cualquier actividad..."³⁵

El juramento asegura la veracidad del dictamen y la asunción de responsabilidades. Los peritos oficiales están eximidos de prestar juramento ante el juez en cada proceso que fueren designados, por razón de su cargo oficial en el que prestaron juramento genérico al asumir el cargo.

Una vez aceptado el cargo como perito tendrá el deber de comparecer y desempeñar fielmente el mismo, salvo que tuviere un impedimento grave, en cuyo caso deberá hacerlo saber al juez. En este caso el impedimento debe entenderse un concepto genérico comprensivo de cualquier circunstancia configurativa de una incapacidad, aun transitoria, como enfermedad o ausencia, así como los motivos de excusa o incompatibilidad para desempeñar el cargo.

"...El dictamen pericial es una comprobación y un juicio de hecho, obra de persona experta acerca de una cosa dada que excede del propio conocimiento del juez..."³⁶

Cuando hay en un cadáver una materia desconocida para el juez; se debe hacer la intervención de un perito químico, quien puede afirmar que la sustancia de que se trata es veneno, de donde resulta claro que el perito es un elemento auxiliar, una ayuda prestada a la ciencia y conocimiento del juez acerca de una cosa dada.

³⁵ M. JAUCHEN, Eduardo, Ob. cit. p. 170.

³⁶ ELLERO, Pietro, De la Certidumbre de los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Traducción de Adolfo Posada, Séptima Edición Española, Editorial Reus, España 1980, p. 167.

"...El dictamen pericial se enumera entre las pruebas, pero realmente no es una prueba, sino el reconocimiento de una prueba ya existente. Es un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándola al modo como los anteojos auxilian el sentido de la vista. En el caso supuesto del envenenamiento, ¿qué es lo que pone de manifiesto la existencia del mismo?, ¿El dictamen pericial o el veneno?. El veneno, sin duda; esta es la verdadera prueba, prueba real directa o indirecta del envenenamiento, prueba, es verdad, que se llega a reconocer y a afirmar más mediante el perito. Así, pues, si queremos considerar el dictamen del perito como prueba, no es una prueba original, sino de referencia; una especie, en suma, de la prueba testifical de una prueba real..."³⁷

Para tener la certeza si una persona es o no enfermo mental, resulta oficioso para la autoridad jurisdiccional ordenar la práctica de la prueba pericial en psiquiatría, psicología o ambas, para así tener la certeza de si es o no enfermo de la mente, pero no hay duda que el perito se limita a revisar y estudiar al acusado para emitir su dictamen. Debiendo distinguir que existen cuestiones en las que basta la simple inspección judicial, como prueba directa para que la autoridad pueda formar juicio y tenga el conocimiento, pero en otras se requiere el dictamen pericial.

Resulta también claro que la necesidad y los límites de la prueba pericial varían según los grados de cultura de cada juez y de cada época judicial, teniendo en cuenta las facultades legales para proponer dicha experticial. Pero el juez acudirá a la prueba pericial siempre que se conceptúe incapaz de juzgar por sí mismo una cosa cualquiera, siendo imposible definir por adelantado los casos concretos, pero resulta importante contar con una sabia y prudente legislación que se incline por aumentar el número de casos en que imponga como una necesidad, la intervención de peritos.

³⁷ Ibidem.

Este punto, se debe concluir diciendo que la legislación adjetiva penal, establece la facultad del juez para nombrar peritos, lo que se extrae del contenido de los artículos 162 que en su párrafo segundo que señala: cuando la parte que promueve lo haga a través de defensor de oficio, por alguna circunstancia no le sea posible contar con un perito, o no tenga los medios económicos para cubrir los gastos que esto implique, el juez previa la comprobación de dicha circunstancia, de oficio o a petición de parte, nombrará un perito oficial de alguna institución pública, a fin de no dejar en estado de indefensión al inculpado.

Lo anterior deja claro que aun cuando sea para la defensa del acusado, el juez puede nombrar perito, cuando no tenga dicho perito o bien cuando no tenga los medios económicos para pagarle.

Con mucho más razón, el juez tiene facultades para nombrar peritos, con el objeto de conocer la verdad y estar en condiciones de resolver en justicia, como lo prevén los artículos 165 Bis: Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional. Por su parte el artículo 166 dispone: La autopsia de los cadáveres de personas que hayan fallecido en un hospital público la practicarán los médicos de éste, salvo la facultad del ministerio público o del juez para encomendarla a otros. Artículo 167. Fuera de los casos previstos en los artículos anteriores, el reconocimiento a la autopsia se practicará por los médicos legistas oficiales o por los peritos médicos que designe el ministerio público o el juez.

Así debemos referirnos al contenido del artículo 180, el cual no deja lugar a dudas de la facultad de la autoridad judicial o administrativa para designar peritos, cuando refiere: La designación de peritos, hecha por el juez o por el ministerio público, deberá recaer en personas que desempeñen este empleo por nombramiento oficial y a sueldo fijo. Si no hubiere peritos oficiales, se nombrará de

entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas nacionales, o bien, de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del Gobierno. Si no hubiere peritos de los que menciona el párrafo anterior y el juez o el ministerio público lo estimaren conveniente, podrán nombrar otros. En estos casos, los honorarios se cubrirán según lo que se pague por costumbre en los establecimientos particulares de que se trate a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo que los peritos debieron ocupar en el desempeño de su comisión.

En este mismo sentido el artículo 181 de la ley adjetiva de la materia, señala: Cuando los peritos que gocen sueldo del Erario emitan su dictamen sobre puntos decretados de oficio o a petición del ministerio público, no podrán cobrar honorarios.

Luego entonces, no hay duda de que el nombramiento de peritos puede ser de forma oficial y oficiosa, (tercero en discordia), o bien que sea un ofrecimiento y designación de peritos de las partes.

2.2.3 EMISION DEL DICTAMEN.

Los peritos designados, ya sea en forma oficiosa por parte del juez o del ministerio público o por alguna de las partes, y después de la correspondiente aceptación y protesta del cargo (excepto oficiales), deberán elaborar y emitir el dictamen, una vez que los peritos se impusieron de las constancias del expediente, y que han practicado todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera, expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su dictamen.

Aquí debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 177, que señala: los peritos emitirán su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial, en el caso de que sean objetados de falsedad, el ministerio público o el juez lo estime necesario.

La valoración ponderada de la prueba pericial, la hacen los juzgadores considerando: la versación de los peritos nombrados, la uniformidad en sus conceptos; el apoyo de las conclusiones, en cuanto se fundan en principios científicos, técnicos, artísticos; se aplica el principio de la crítica razonada. Tienen libertad para apreciar la prueba pericial, porque el dictamen del perito no es per se, prueba plena, sino constituye un indicio; para otorgarle valor probatorio o desecharlo, se han de expresar clara y precisamente las razones que fundan esa decisión.

El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterlo a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarlo si lo convence plenamente.

El deber del averiguador procesal de formarse un juicio propio, también en las cuestiones especializadas sobre las cuales tiene que dictaminar el perito, se justifica porque dispone de medios de investigación adicionales que el experto no tiene.

"...El dictamen debe desarrollarse silogísticamente constando de tres partes: hechos, consideraciones y conclusiones..."³⁸.

La ley no limita la actividad operatoria del perito, sino para el desarrollo del método, inductivo o deductivo, que haya de emplear.

El artículo 254 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sujeta la prueba pericial a la apreciación libre del juez, porque dicho precepto no debe ser entendido en términos absolutos, sino haciendo uso de la interpretación

³⁸ ARILLA BAS, Fernando, Ob. cit. p.156.

sistemática, y relacionados con todos los numerales que regulan dicha prueba. El juez en su sentencia, tiene la obligación de razonar lógicamente, su libertad de apreciación, para conceder o negar valor probatorio al dictamen pericial.

2.2.4 JUNTA DE PERITOS Y TERCERO EN DISCORDIA.

Siempre que los peritos nombrados discordaren entre sí, el juez los citará a una junta, en la que se decidirán los puntos de diferencia. En el acta de la diligencia se asentará el resultado de la discusión. (artículo 170). El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra pero sin sugestión alguna, los datos que consten en el expediente y se asentarán estos hechos en el acta de la diligencia respectiva, (artículo 174).

Cuando las opiniones de los peritos discreparen, el juez nombrará un tercero en discordia. (artículo 178).

En este apartado resulta importante apuntar que nuestro máximo tribunal judicial del país, ha establecido en jurisprudencia de la Octava Época, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en el Apéndice 1917-1995, Tomo II, Segunda Parte, página 409, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 655, el siguiente criterio: PERITOS, OMISION DE LA JUNTA DE, CASO EN QUE DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO.- Si el juez de la causa cerró la instrucción sin efectuar la junta de peritos, no obstante la existencia de contradicciones en los dictámenes del experto oficial y el de la defensa, violó las leyes del procedimiento de manera que su infracción afectó las defensas del procesado y trascendió al resultado del fallo en los términos del artículo 160 fracción VI, de la Ley de Amparo, por desatender lo dispuesto en los artículos 170 y 178 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; por lo que debe reponerse el procedimiento para que se repare la violación cometida.

En el mismo sentido, ha emitido diversa jurisprudencia el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, visible en el Apéndice 1917-1995, Tomo II, Segunda Parte, página 409, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 656.

PERITOS, SI EXISTEN NOTORIAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PERITOS OFRECIDOS POR LA DEFENSA Y ACUSADO, EN RELACION AL DEL REPRESENTANTE SOCIAL Y EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO OMITIÓ CITAR A LOS PERITOS PARA RESOLVER ESAS DIFERENCIAS, DEBE ORDENARSE LA REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO PARA SUBSANAR TAL OMISION.- Si se advierte que existen notorias diferencias entre los peritajes ofrecidos por la defensa y acusado, en relación al de la representación social y el juez natural omitió citar a los peritos para decidir sobre las diferencias de sus respectivos dictámenes, y de persistir las discrepancias, nombrar un perito tercero en discordia; tal omisión deja en estado de indefensión al acusado, en razón de que se deja de dar cumplimiento con lo ordenado por los artículos 173 y 181 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, pues el espíritu de la ley tiende a permitir y dar facilidades al procesado para que pueda destruir los cargos que le hacen; por tanto, debe ordenarse la reposición del procedimiento a efecto de subsanar la violación en que incurrió el juez del conocimiento.

De lo que se extrae que la junta de peritos cuando existen contradicciones entre los dictámenes, es oficiosa y constituye una obligación para la autoridad de instancia.

Como se afirmó anteriormente, al juez es un experto en derecho, no siempre lo es en otras disciplinas, y no tiene por lo general, conocimientos específicos sobre cuestiones y actividades que requieren estudios especializados.

Por lo tanto, cuando tales circunstancias se presentan, le resulta necesario recurrir al apoyo de peritos; de ahí la importancia de la prueba pericial para la solución de muchos litigios, donde las sentencias que se emiten, se basan en peritajes, a cuyos fundamentos y conclusiones se adhiere la autoridad judicial, de suerte que tal dictamen se convierte prácticamente en la base que dará sustento a la sentencia.

Sin embargo, siempre que los peritos nombrados discordaren entre sí, el juez los citará a una junta, en la que se decidirán los puntos de diferencia. En el acta de la diligencia se asentará el resultado de la discusión. (artículo 170). El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra pero sin sugestión alguna, los datos que consten en el expediente y se asentarán estos hechos en el acta de la diligencia respectiva, (artículo 174).

Pero debe apuntarse que los peritos: "tienen derecho a la confianza del juez, dentro de los límites de su profesión y de sus declaraciones científicas; el juez se funda en la lealtad del perito en el curso de las observaciones que se le piden, y éste investigará con tanto mayor cuidado la verdad, y sólo la verdad, cuanto que la sanidad de su juramento le recuerda doblemente que lo que de él se espera es un examen concienzudo y sincero; del mismo modo, el juez tiene derecho a esperar que el perito le manifestara sinceramente y sin ocultar cosa alguna lo que haya observado; además de la fidelidad que se espera del perito, el juez tiene en cuenta su ciencia y educación práctica, y se persuade de que no le será difícil hallar los principios científicos y experimentos susceptibles de ser aplicados a los hechos de que se trata; cree que, después de haberlos descubierto, hará la exacta aplicación de ellos, y sabrá deducir las consecuencias que la razón y la ciencia autorizan; las conclusiones del perito inspiran una confianza tanto mayor, cuando son más poderosos los motivos principales y está más patente su mutua relación; el juez observa en ellas el resultado de un detenido examen de todas las circunstancias, de la madurez y solidez de las observaciones" ³⁹.

Por su parte el artículo 178 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: cuando las opiniones de los peritos discreparen, el juez nombrará un tercero en discordia.

³⁹ ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Traducción al Castellano por Primitivo González del Alba, Fabián J. Di Plácido Editor, Argentina, 1999, p. 199.

El contenido del anterior dispositivo, nos indica que el llamamiento de los peritos, también corresponde a la autoridad judicial encargada del proceso penal, debido a la obligación de investigar todos los hechos que puedan conducir a la manifestación de la verdad, máxime que cuando existen discrepancias entre las opiniones de los peritos, se requiere de una tercera opinión que de mayor credibilidad al contenido de uno u otro de los dictámenes ofrecidos por las partes del proceso.

En este aspecto conviene señalar que los peritajes rendidos en calidad de terceros en discordia, deben ser ratificados ante la presencia de la autoridad judicial, porque así lo ha establecido nuestro máximo tribunal judicial en jurisprudencia de observancia obligatoria, en la que ha establecido que los dictámenes periciales para su validez deben ser ratificados por quienes los emiten, aun cuando se trate de peritos oficiales:

Contradicción de tesis 2/2004-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Octavo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Tesis de jurisprudencia 7/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXI, Abril de 2005. Pág. 235. Tesis de Jurisprudencia.

DICTÁMENES PERICIALES. PARA SU VALIDEZ DEBEN SER RATIFICADOS POR QUIENES LOS EMITEN, INCLUSO POR LOS PERITOS OFICIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). El artículo 150 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tlaxcala establece expresamente que "El perito emitirá su dictamen por escrito y lo ratificará en diligencia especial", sin hacer distinción respecto a si dicha disposición se dirige al oficial, al designado por las partes o al tercero en discordia. La referida obligación tiene por objeto establecer la autenticidad de la prueba mediante el perfeccionamiento formal que exige la ley, pues tratándose de una prueba constituida fuera de la intervención directa del juzgador, resulta indispensable que quien la elabora la confirme personal y expresamente para hacer indubitable su valor, esto es, la ratificación de los dictámenes periciales impuesta por la ley hace que la prueba sea digna de crédito y, consecuentemente, susceptible de ser analizada y valorada; máxime si

se toma en cuenta que el peritaje puede emitirse por una persona distinta de la designada, o puede ser sustituido o alterado sin conocimiento del **perito** nombrado, además de que también es admisible su modificación parcial o total en el momento de ratificarse. Es indudable que la opinión pericial no ratificada es una prueba imperfecta porque no cumple con la condición formal que la ley le impone para otorgarle certeza y seguridad jurídica, es decir, que quien la suscribe es efectivamente la persona designada para ello y que su opinión es verdadera, por lo que sin el mencionado requisito no es dable otorgar validez probatoria a los dictámenes emitidos, incluso los que provengan de **peritos** oficiales. Sin que obste a lo anterior el hecho de que el artículo 142 del citado código exceptúe al **perito** oficial que acepte el cargo de protestar su fiel desempeño ante el funcionario que practique las diligencias, pues tal disposición únicamente lo exime de rendir dicha protesta, pero no de ratificar su opinión.

1a./J. 7/2005

2.3 OBLIGACIONES, CAUSAS DE EXCUSA Y RECUSACION DEL PERITO.

Existen una serie de situaciones procesales que generan impedimentos o incompatibilidades para el desempeño pericial, en primer lugar haremos alusión al contenido del artículo 173 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que señala: Los peritos deberán ser citados en la misma forma que los testigos; reunirán, además, las propias condiciones de éstos y estarán sujetos a iguales causas de impedimento.

El numeral transcrito indica que los peritos tienen las mismas obligaciones y causas de excusa y recusación que los testigos y están sujetos a iguales causas de impedimento.

A manera de síntesis, se puede establecer que los peritos al igual que los testigos, en primer lugar tienen la obligación de declarar, y la autoridad judicial no podrá dejar de examinarlos durante el proceso, cuando hubieren sido ofrecidos; sin embargo ambos, peritos y testigos, pueden excusarse o bien ser recusados por alguna de las partes, cuando se encuentren en las hipótesis que prevé el diverso numeral 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esto es, que no se les podrá obligar a declarar cuando tengan la calidad de: tutor,

curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud.

Pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esta circunstancia. El anterior numeral transcrito, ha colaborado a toda una cadena de vicios del proceso penal mexicano, al establecer cuestiones que hacen valer tanto testigos como peritos para no tener la obligación de declarar, porque basta que manifiesten que tienen una relación de amor, respeto o gratitud, con el acusado, para quedar automáticamente excusados o excluidos de ser examinados, aún cuando hubieren sido ofrecidos correctamente.

Los peritos al igual que los testigos tienen los deberes de conducirse con verdad y con imparcialidad, porque pueden incurrir en los delitos de falsedad ante autoridades, y si es clara su parcialidad, demerita la fuerza probatoria de su experticia y testimonio, estas son las razones de dar cabal cumplimiento a lo señalado en el artículo 206 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando señala: Después de tomada la protesta de preguntará a cada testigo su nombre, apellido, edad, nacionalidad, vecindad, habitación, estado, profesión o ejercicio, si se halla ligado al inculcado, o a la víctima, al ofendido del delito o al querellante por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivo de odio o rencor contra alguno de ellos.

Sin soslayar que el artículo 185 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, prevé: Las partes podrán recusar al intérprete, fundando la recusación y el juez fallará el incidente de plano y sin recurso. Y el diverso numeral 186 de la misma ley adjetiva prevé: Ningún testigo podrá ser intérprete.

Lo que, en nuestro concepto, contiene una diferencia notable entre perito y testigo, porque se advierte que no se pueden reunir ambas calidades en una sola persona, esto es, que un sujeto no puede ser al mismo tiempo perito y testigo, con excepción de cuando al perito le constan los hechos sobre los que va a dictaminar.

2.4 SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL PERITO.

"...Como se trata de una prueba técnica, controvertida, puede ser criticada y objetada por las partes. En cualquier tiempo, antes de que se dicte el veredicto, en los juicios que se ventilan con intervención de peritos, cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso puede objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho, o falsedad..."⁴⁰

La ley adjetiva de la materia, también establece disposiciones para asegurar la observancia de las obligaciones impuestas al perito, con motivo de su cargo, así podrá reemplazarlo, si no acepta el cargo, podrá la autoridad emplear las medidas de apremio y disciplinarias, previstas en los artículos 31 y 33 de la ley recién señalada.

Por otra parte, el perito debe responder penalmente por su dolo, es decir, cuando afirma o niega falsamente hechos, circunstancias o calidades, oculta hechos o circunstancias que harían modificar sus conclusiones, o manifiesta haber verificado determinados experimentos sin que sea verdad, o afirma una conclusión sin poseer a certeza de ella, o realiza un concepto contrario a la realidad por interés o sentimiento de amistad o enemistad.

⁴⁰ IRRAGORRI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1983, p. 106.

Estos actos constituyen delito y precisamente el requisito de protestar su fiel desempeño tiene como uno de sus fines el exigir esa responsabilidad penal al que declare o informe ante una autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, pudiendo incurrir en los delitos de falsedad ante autoridades, responsabilidad profesional y usurpación de profesión.

Otro de los vicios que forman esa cadena infinita que dañan al proceso penal y a la justicia, consiste precisamente en que tanto peritos como testigos, mienten, al aportar datos que en forma deliberada o culposa, son erróneos, llevando a la autoridad a tener premisas falsas para fundar sentencias que son contrarias a la verdad.

Cuando la autoridad detecta o se percatata de esa falsedad, no existe consecuencia, porque entonces, el perito o testigo responderá penalmente de ello, pero la problemática surge cuando no hay prueba de ello, por una deficiente investigación, lo que conduce a resultados absurdos, aún cuando legales.

2.5 ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA PRUEBA PERICIAL.

En este apartado no vamos a analizar todo lo que ha dicho nuestro máximo tribunal judicial del país en relación a la prueba pericial, porque no existe espacio para ello, sino únicamente lo que es de utilidad para acreditar o comprobar la hipótesis planteada en este trabajo de investigación, como son las diferencias y semejanzas entre la prueba pericial y testimonial.

En este sentido encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha percatado que existen estas diferencias y semejanzas entre estas dos probanzas, porque ha establecido, una gran diferencia entre testigo y perito, es que resulta necesaria la intervención del perito en el proceso penal para

determinar si en la persona del acusado existe o no lesión o enfermedad orgánico cerebral, lo que no podría hacer un testigo:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XV, Abril de 2002. Pág. 1192. Tesis de Jurisprudencia.

VIOLACIONES A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO. SE ACTUALIZAN SI EL JUEZ OMITE MANDAR EXAMINAR AL INCULPADO CUANDO EXISTEN INDICIOS DE LESIÓN ORGÁNICO-CEREBRAL. Si durante el procedimiento se sospecha, por cualquier medio, que el inculpado padece alguna debilidad, enfermedad o anomalía mental, el Juez tiene la obligación de ordenar oficiosamente el desahogo de las pruebas que sean necesarias para determinar con certeza el estado mental del acusado, máxime si al respecto existe pedimento o dictamen pericial ofrecido por la defensa en tal sentido; lo anterior, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria o, en su caso, si existe motivo fundado, ordenar provisionalmente la reclusión del inculpado en alguna institución médica de atención especial. Consecuentemente, si tales circunstancias no las advirtió el Juez, es indudable que se violaron las normas que rigen el procedimiento penal, en especial, la relativa a cuando existe la sospecha de que el acusado revela indicios de lesión o enfermedad orgánico-cerebral, prevista en el artículo 495 del Código Federal de Procedimientos Penales y, por ende, se debe reponer aquél conforme a lo establecido por el numeral 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo.

Igualmente los tribunales federales, han establecido que el cuerpo del delito se tendrá por acreditado cuando se justifique la existencia de los elementos **materiales** que constituyen el hecho delictuoso; sin embargo, existe una excepción a tal regla general para el caso de la comprobación del cuerpo del delito de lesiones, pues de conformidad con los artículos 64 y 65 de la codificación adjetiva en cita, el cuerpo del delito sólo puede acreditarse con los siguientes medios de convicción: 1. Para las lesiones externas con: a) la inspección de las mismas hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de Policía Judicial o por el Juez que conozca del caso; y, b) la descripción que de ellas se haga en el dictamen **pericial** médico; 2. Para el caso de las lesiones internas, el cuerpo del delito se comprobará con: a) el dictamen **pericial** médico de tales lesiones; y, b) la inspección hecha por el funcionario o Juez mencionados, esto en caso de que existan manifestaciones externas.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, Noviembre de 2008. Pág. 1245. Tesis de Jurisprudencia.

LESIONES. REGLA ESPECIAL PARA LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO (LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL DE TLAXCALA). El artículo 62 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Tlaxcala establece la regla general relativa a que el cuerpo del delito se tendrá por acreditado cuando se justifique la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, lo que podrá demostrarse con cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley; sin embargo, existe una excepción a tal regla para el caso de la comprobación del cuerpo del delito de lesiones, pues de conformidad con los artículos 64 y 65 de la codificación adjetiva en cita, el cuerpo del delito sólo puede acreditarse con los siguientes medios de convicción: 1. Para las lesiones externas con: a) la inspección de las mismas hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de Policía Judicial o por el Juez que conozca del caso; y, b) la descripción que de ellas se haga en el dictamen pericial médico; 2. Para el caso de las lesiones internas, el cuerpo del delito se comprobará con: a) el dictamen pericial médico de tales lesiones; y, b) la inspección hecha por el funcionario o Juez mencionados, esto en caso de que existan manifestaciones externas, pero si no existen, bastará con el primer medio de convicción citado. Por tanto, el cuerpo del delito de lesiones sólo se podrá demostrar mediante los medios de convicción antes aludidos, sin que puedan ser sustituidos con alguna otra prueba.

En jurisprudencia definida, nuestro máximo tribunal constitucional, ha señalado que para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juzgador debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerir los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, sin que esto sea obligatorio; sin embargo nuestro máximo órgano jurisdiccional, ya se ha percatado de que es necesario conocer la personalidad del procesado, de la víctima a través de los dictámenes periciales correspondientes, aunque no es obligatorio, como lo señala la jurisprudencia que se transcribe:

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVII, Marzo de 2008. Pág. 100. Tesis de Jurisprudencia.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INculpADO

(LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Del análisis de los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal se advierte una regla general aplicable para la individualización de las penas, que establece que los Jueces y los tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente; asimismo, el último párrafo del citado artículo 72 expresamente establece que para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juzgador debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerir los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes. Ahora bien, de este precepto destaca la expresión "en su caso", la cual indica que el legislador otorga libertad al juzgador para requerir dichos dictámenes y tomarlos en cuenta; de ahí que no sea obligatorio. Por ello y atento a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, se concluye que conforme a lo expresamente previsto en el último párrafo del indicado artículo 72, al individualizar las penas a imponer, el juzgador puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculcado, lo que se corrobora con el primer párrafo del artículo 70 y las fracciones VI, VII y VIII del artículo 72 de dicho Código, según los cuales el legislador previó que al individualizar la pena deben considerarse las peculiaridades del delincuente, entre las que se encuentran aspectos reveladores de su personalidad como un dato indicativo del ámbito de autodeterminación del autor necesario para apreciar por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica.

En la siguiente jurisprudencia, emitida por nuestro máximo tribunal judicial del país, se ha sostenido que entre las intenciones que motivaron la expedición del Código Penal para el Distrito Federal se encuentran los principios que sustentan un derecho penal de acto, también lo es que los criterios que contempla esa legislación para individualizar las penas, no corresponden en su integridad a un esquema de culpabilidad de acto, sino a un sistema híbrido en el que cobran importancia para graduarla, datos reveladores de la personalidad del infractor de la ley. Se afirma lo anterior, toda vez que para la adecuada aplicación de las penas, el último párrafo del artículo 72 del citado código prevé que el Juez debe requerir los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del autor del delito, como serían, entre otros, el estudio en criminología; ya que como se ha visto, la legislación sustantiva para el Distrito Federal contempla la obligación del Juez de requerir los dictámenes periciales del infractor para la adecuada aplicación de las penas:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVI, Octubre de 2007. Pág. 3009. Tesis de Jurisprudencia.

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DEL INCULPADO. Si bien es cierto que entre las intenciones que motivaron la expedición del Código Penal para el Distrito Federal se encuentran los principios que sustentan un derecho penal de acto, también lo es que los criterios que contempla esa legislación para individualizar las penas, lo mismo que en el ámbito federal, no corresponden en su integridad a un esquema de culpabilidad de acto, sino a un sistema híbrido en el que cobran importancia para graduarla, datos reveladores de la personalidad del infractor de la ley. Se afirma lo anterior, toda vez que para la adecuada aplicación de las penas, el último párrafo del artículo 72 del citado código prevé que el Juez debe requerir los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del autor del delito, como serían, entre otros, el estudio en criminología. Así las cosas, no es legalmente posible sostener lo contrario aplicando, por analogía, el argumento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecido en la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 166/2005, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 111, de rubro: "CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).", ya que como se ha visto, la legislación sustantiva para el Distrito Federal contempla expresamente la obligación del Juez de requerir los dictámenes periciales del infractor para la adecuada aplicación de las penas, como son, entre otros, el criminológico.

La libertad para valorar la prueba pericial se pone de manifiesto en la siguiente jurisprudencia de observancia obligatoria, en la que se señalado que la prueba pericial no necesariamente debe valorarse conforme a los intereses de quien la ofrece, porque el hecho de ofrecer pruebas no significa la obligación de la autoridad para asignarles la eficacia pretendida por las partes:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVI, Julio de 2007. Pág. 2369. Tesis de Jurisprudencia.

PROCEDIMIENTO **PENAL**. EL HECHO DE QUE DETERMINADA PRUEBA SEA VALORADA O NO CONFORME A LOS INTERESES DE LA QUEJOSA, NO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO QUE RIGEN A AQUÉL, SINO EL ANÁLISIS DE FONDO DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN **PENAL**. Resulta infundado el argumento del quejoso de que se transgredieron las formalidades esenciales del procedimiento por el hecho de que la prueba **pericial** fue o no valorada conforme a los intereses de la defensa, pues el derecho a ofrecer pruebas no significa la obligación de la autoridad para asignarles la eficacia pretendida por las partes, de manera que lo correcto o no de esa valoración es análisis de fondo relativo a la procedencia de la acción **penal** en cuanto al acreditamiento del delito y la responsabilidad, no un aspecto vinculado con las llamadas formalidades esenciales del procedimiento.

En criterio definido, se ha establecido por nuestro máximo tribunal judicial que los dictámenes de peritos solo pueden ser combatidos a través de pruebas idóneas, de lo que entendemos que deberá hacerse por medio de un dictamen de expertos de la misma materia:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo III, Marzo de 1996. Pág. 754. Tesis de Jurisprudencia.

DICTAMENES **PERICIALES** EN **MATERIA PENAL**, OPORTUNIDAD PARA IMPUGNARLOS. Tratándose de peritajes en **materia penal**, éstos deben ser impugnados por la parte a quien afectan, durante la instrucción del proceso **penal** respectivo, y mediante el desahogo de pruebas idóneas para desvirtuarlos, por lo que la simple inconformidad mostrada al contestar las conclusiones del Ministerio Público o en los agravios de la segunda instancia, es extemporánea y carece además de consistencia por falta de apoyo probatorio.

En la siguiente jurisprudencia, se señala que no es necesario el dictamen pericial para conocer la personalidad del inculpado, para emitir sentencia, porque se trata de meras opiniones de técnicos en alguna especialidad, orientadores del arbitrio judicial, que de ninguna manera constituyen imperativos para el órgano jurisdiccional"; por lo que, la omisión de haberse recabado dicho dictamen, no constituye un impedimento al juez para apreciar la peligrosidad del enjuiciado:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 322. Tesis de Jurisprudencia.

DICTAMENES PERICIALES TENDIENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL ACUSADO. SU EXISTENCIA NO ES INDISPENSABLE PARA DICTAR SENTENCIA. En efecto, aun cuando de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52, último párrafo, del Código Penal, "el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales", no pasa desapercibido que de conformidad con la jurisprudencia número 187, visible a fojas 410, Segunda Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, "Los dictámenes periciales son meras opiniones de técnicos en alguna especialidad, orientadores del arbitrio judicial, que de ninguna manera constituyen imperativos para el órgano jurisdiccional"; por lo que, la omisión de haberse recabado dicho dictamen, no constituye un impedimento al juez para apreciar la peligrosidad que representa el enjuiciado y, sobre todo, para emitir el fallo definitivo.

CAPITULO III

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1 SU NATURALEZA JURÍDICA.

"Según el ilustre sociólogo italiano Enrico Ferri (escuela positiva), -citado por GORPHE- se han distinguido cinco fases en la evolución del sistema probatorio. En un principio fue la fase **étnica**, la de la sociedad primitiva, en la cual las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma del procedimiento estaba constituida por el delito flagrante. Vino después la **fase religiosa**, que mejor se denominaría mística, en que se invocaba el juicio de dios o de los dioses y se utilizaban las ordalías, probanzas diversas que constituían, en cierto modo, **las peritaciones divinolegales del pasado**. Apareció luego la **fase legal**, en la cual la ley no solo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno; y en la cual se considera la confesión como la reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos para obtenerla a toda costa, aun por la **tortura o questio**. En cuarto lugar se encuentra la fase **sentimental**; en esta, por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan solo con su convicción íntima: se trata del sistema actual. Finalmente surge la fase **científica**, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales." ⁴¹

⁴¹ GORPHE, Francois, *Apreciación Judicial de las Pruebas*, Segunda Reimpresión de la Primera Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998, p. 2.

En cierta medida la práctica judicial ha entrado ya en esta última fase, al utilizar medios científicos para el descubrimiento de la verdad y la identificación de los delincuentes. Se trata de perfeccionar un arte, el arte probatorio. Es oportuno apuntar que en nuestro país, es de imperiosa necesidad poner en amplia práctica el uso de la prueba pericial, por encima de todas las demás pruebas.

En lo que hace a la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, al respecto el maestro Eugenio Florián, en su obra “De las pruebas penales”. Señala: “El órgano de prueba es el testigo y el medio de prueba el testimonio, así testigo y testimonio aparecen como dos expresiones de un mismo concepto. Por lo que los elementos referidos al testigo son los siguientes: El testigo es una persona física, a quien se le ha citado al proceso penal, a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel, con el fin de establecer una prueba⁴².”

Por lo que testigo es la persona que relata un acontecimiento, que percibió por sus sentidos y se relacionan con el objeto del proceso penal. Y el testimonio será la narración de lo que se ha visto y de lo que se sabe.

“Por la palabra testigo se designa al individuo llamado a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de un hecho. Propiamente hablando, el testigo es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza⁴³.”

Desde ahora debe apuntarse que con mucha frecuencia, las facultades intelectuales, los hábitos prácticos y la experiencia adquirida, tienen una influencia directa y notoria en las observaciones de los testigos, para percibir de una sola mirada todos los pormenores esenciales. El intervalo entre el acontecimiento y la declaración puede modificar notablemente su naturaleza. La imaginación altera fácilmente el recuerdo de los hechos confiados a la memoria, y aún cuando ciertos

⁴² FLORIÁN, Eugenio. Ob. cit. p. 83.

⁴³ ANTON MITTERMAIER, Kart Joseph. Ob. cit. p. 289.

pormenores se olvidan, y otros aparezcan con colores más vivos, puede suceder que todo esto sea obra de la imaginación, que muchas veces se apresura a llenar los vacíos de la memoria, haciéndose en tales momentos muy difícil distinguir lo que es verdadero de lo que sólo es imaginario. El testigo es llamado a declarar tiempo después del suceso, no sabe combinar la observación real con las creaciones fantásticas de la imaginación, por lo tanto, cuanto más viva imaginación tiene, más riesgo corre de caer en inexactitud. Cuando la pasión le anima, cuando el temor y miedo lo invaden, pasan en silencio una multitud de hechos de que hubiera podido dar conocimiento.

Lo anterior, demuestra cuanta prudencia debe usarse en la apreciación de la prueba testimonial, y con que frecuencia sucede que el testigo en vez de la verdad, afirma hechos imaginarios. Por ello, el interrogatorio debe combinarse de modo que por una parte el testigo sea impedido a no declarar sino la verdad, y por otra se le imposibilite toda excusa o escapatoria, obligándole a dar una declaración completa.

Resulta importante señalar que en relación al tema de la naturaleza jurídica de la prueba testimonial, los tribunales federales de este país, han establecido el concepto en la tesis que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo II, Octubre de 1995. Pág. 603. Tesis Aislada.

PRUEBA TESTIMONIAL, NATURALEZA JURIDICA DE LA. NO ES LA DE UN INDICIO. No es verdad que la **prueba testimonial** constituya un indicio que genere presunción, pues ambas **pruebas**, es decir, la **testimonial** y la indiciaria son de **naturaleza** distinta, ya que un testigo es quien tiene conocimiento de algún hecho en el que no es parte que puede reproducir de palabra o por escrito ante una autoridad; y la **prueba** indiciaria es la consecuencia que se deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido, de donde se infiere que esas **pruebas** tienen distintas finalidades y por ello la **testimonial** no puede constituir un indicio.

Igualmente, la autoridad federal, ha formado jurisprudencia por repetición, a través de la cual ha señalado cuales son los principios que deben tenerse en cuenta en la valoración de la prueba testimonial, los que se ven afectados o disminuidos con el simple transcurso del tiempo; lo que tiene relación directa con el principio de inmediatez procesal en la valoración de la prueba testimonial:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XX, Octubre de 2004. Pág. 2251. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN. Los principios que rigen la inmediatez procesal, para efectos de valoración de la **prueba testimonial** son la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, en virtud de que en cuanto a la primera, como facultad de percatarse de los sucesos a través de los sentidos, por sí misma se va desvaneciendo en cuanto a su fidelidad al pasar del tiempo; la evocación como la facultad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria, además de variar en cada persona, dicha facultad también se debilita al correr el tiempo; finalmente el recuerdo como la capacidad de almacenar los acontecimientos captados por los sentidos se va olvidando paulatinamente; por ello, el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos.

3.2 CAPACIDAD E INCOMPATIBILIDADES

La capacidad jurídica para rendir testimonio la determina un conjunto de requisitos, cuya verificación habilita a un individuo para rendir su propio testimonio en el proceso penal. La capacidad de la que se habla aquí es la capacidad legal o jurídica, esto es, la definida en el campo del derecho como posibilidad o aptitud para servir de testigo; en cambio la capacidad física o intelectual de recibir o captar percepciones y de relatarlas; en una palabra, la posibilidad material de servir de testigo, no tiene aquí nada que ver.

Para el maestro Eugenio Florián, en su obra de las Pruebas Penales, señala un concepto moderno de la capacidad de rendir testimonio, y sostiene que “..puede decirse con razón que ahora cualquier persona física es testigo jurídicamente capaz. No importa la nacionalidad de la persona, ni el sexo, ni la edad juvenil, ni la vejez, ni tampoco tienen importancia las imperfecciones físicas (cojo, sordo, mudo, ciego, sordomudo, etcétera), las enfermedades mentales o corporales, los estados ocasionales de inconsciencia (por ejemplo la ebriedad), y otras circunstancias parecidas..”⁴⁴.

Tampoco implican restricciones ni el estado social, ni la condición económica de las personas, ni la reputación o fama pública, ni la profesión religiosa, ni la misma condena penal, no obstaculizan el deber de rendir testimonio.

Esta amplísima libertad que sustenta a capacidad de rendir testimonio, encuentra su fundamento en la necesidad de una investigación lo más completa posible que domina en el proceso penal; obstáculos y prohibiciones inflexibles, entorpecerían a cada paso la averiguación de la verdad, que es meta y motor del proceso penal.

Por tanto la capacidad para rendir testimonio no puede excluirse de manera general, y sólo es dado excluirla, en casos especiales.

Es necesario apuntar que en materia penal existen incompatibilidades para ser testigo, las cuales son de dos categorías. Incompatibilidad por causa de la función que realiza, e incompatibilidad derivada de la posición procesal de la persona llamada a declarar. En el primer caso se encuentran el juez, el secretario de acuerdos y el ministerio público. Los motivos de la segunda categoría se refieren a los vínculos de parentesco con el acusado, el mismo acusado, coacusados

⁴⁴ FLORIÁN, Eugenio. De Las Pruebas Penales, Ob. cit. p. 105.

3.3 DISPOSICIONES LEGALES PROCESALES.

En lo que hace a las disposiciones legales procesales acerca de los testigos, igualmente admite que toda persona en principio tiene capacidad jurídica para ser testigo; así el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, establece: "...Toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el ministerio público o el juez estimen necesario su examen...".

Empero, el artículo 192 del mismo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece un catálogo de excepciones en los que queda excluida la obligación de declarar, y por lo mismo de ser testigo, así el numeral referido señala: "...No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud. Si estas personas tuvieren voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esta circunstancia..."

Con lo anterior queda de manifiesto que en esta ciudad capital toda persona esta obligada a declarar como testigo, excepto en los casos que la misma ley señala, aún cuando se trate de personas que tengan imposibilidad física o enfermedad, ya que al respecto el numeral 202 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: "...Fuera del caso de enfermedad o de imposibilidad física, toda persona está obligada a presentarse al juzgado cuando sea citada. Sin embargo, cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la Federación, quien practique las diligencias se trasladará al domicilio u oficinas de dichas personas para tomarles su declaración o, si lo estima conveniente, solicitará a aquéllos que la rindan por medio de oficio, sin perjuicio de que el interesado, si se le requiere y lo desea, comparezca personalmente..."

3.4 REQUISITOS PARA SER TESTIGO.

Atentos a lo señalado en los renglones precedentes, se puede afirmar que los requisitos para ser testigo son: que ese deber les incumbe a todos los que se encuentran dentro del territorio del Estado. Es un deber de todos los individuos capaces de rendir testimonio, quienes están jurídicamente sometidos al deber de ser testigos, por ello, en principio, toda persona es hábil para ser testigo.

Sin embargo se considera que para ser testigo, debe conocer el hecho sobre el que declarará, porque de otra manera carecería de idoneidad su testimonio, y sería inútil sino aporta dato alguno que sea de utilidad a los fines del proceso penal.

La prueba es el núcleo central de la investigación, de ella depende que se verifique la verdad o falsedad de un hecho investigado. El procedimiento requiere de la prueba, y la prueba necesita del procedimiento para objetivarse.

La prueba va a unir al derecho con un hecho verificado de cierto. El procedimiento es el puente que permite el tránsito de lo jurídico hacia lo fáctico. Por ello, el proceso es una herramienta de prueba.

3.5 CONTENIDO DEL TESTIMONIO.

El testigo debe limitarse en principio, a exponer los hechos, pero también es posible que narre sobre las circunstancias y naturaleza de las condiciones que los rodean; pero lo que no puede obviarse para que el testimonio resulte eficaz es que él contenga la razón del dicho, esto es, las explicaciones de lugar, tiempo y modo ocurrió el hecho, y además las del lugar, tiempo y modo como el testigo tomó conocimiento del él. Si este requisito no se cumple, no puede el juez otorgar credibilidad al testimonio. Además dichas explicaciones deben ser concordantes entre sí, resultando lógica la relación presupuesta entre el hecho sucedido y su

percepción. Si el hecho resulta improbable, o si la posibilidad que se expone de su conocimiento, es dudosa, la credibilidad del testimonio será escasa i ineficaz.

Como lo señala Casimiro A. Varela, en su obra: Valoración de la Prueba.- "...Son testigos fidedignos aquellos que no presentan incongruencia alguna en el contenido del relato que han efectuado. La sola discrepancia en los dichos de un testigo o una circunstancia de detalle no bastaría, para restarles eficacia. La apreciación de la eficacia del testigo debe ser efectuada por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones⁴⁵.

Por ello, el contenido del testimonio debe ser oral o escrito, mediante el cual se conoce la fidelidad de los hechos pasados, es fuente de la verdad histórica, incluso hay quien ha sostenido que no existe el proceso penal sin el testimonio, que es indispensable para conocer la verdad de los hechos; o como lo señaló Bentham, "los testigos son ojos y oídos de la justicia".

El profesor de Derecho de la Universidad de Cauca, Benjamín Irigorri Díez, en su curso de pruebas penales, establece una definición de testimonio en los siguientes términos: "...Se entiende por testimonio la relación libre y meditada que una persona hace ante el juez y su secretario, acerca de los hechos antecedentes, coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos⁴⁶..."

⁴⁵ VARELA A., Casimiro. Valoración de la Prueba, Ob. cit. p. 281.

⁴⁶ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales.- Editorial Temis, Ob. cit. p. 68.

Para que un testimonio tenga validez deberá estar hecho por una persona en el uso de razón, con los sentidos aptos para percibir las cosas a que su declaración se refiere, que deponga de ciencia propia, íntegra y circunstancialmente, en juicio y que no tenga interés en mentir, por lo que todos los demás requisitos que en forma ordinaria se exigen, son tan solo formalidades.

3.6 LA RETRACTACION Y SU VALORACION.

"No es novedoso sostener que detrás de cada testigo se oculta un enemigo invisible de la verdad y de la justicia." ⁴⁷

A veces, el testigo actúa de buena fe, aunque afirmando como ciertos, hechos que son erróneos; otras veces actúa de mala fe, porque conociendo la verdad, la falsea conscientemente.

Este peligro movió a las legislaciones para rodear a la prueba de testigos de las máximas garantías posibles

En materia penal, la Biblia estipula que un testigo es nulo, así lo determina expresamente el Deuteronomio: "***testis unus, testis nullius***".

"El rigorismo bíblico en materia de testigos lo proporciona el más célebre de todos los procesos: el de Jesús ante el Tribunal del Gran Sanhedrín de Jerusalén, en Judea. Donde para concretar las formalidades de la acusación, se requirió la presencia de dos testigos. Como éstos se contradijeron, no obstante las fundadas sospechas de que fueron sobornados, no pudo acusarse al Redentor del delito de sedición. " ⁴⁸

⁴⁷ ADIP, Amado, Prueba de Testigos y Falso Testimonio, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1995, p. 25.

⁴⁸ ADIP, Amado, Idem, p. 26.

En nuestra legislación no existen tachas de testigos, sin embargo la retractación de un testigo, cuando es infundada, repercute en su valoración al restarle credibilidad a ese testimonio, porque se encuentran afectados los principios que rigen a la prueba testimonial, como son la percepción, la evocación y el recuerdo, lo cual fue establecido por nuestro máximo tribunal judicial del país en jurisprudencia definida que a continuación se transcribe:

No. Registro: 180,282, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Octubre de 2004, Tesis: I.6o.P. J/6, Página: 2251

PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN. Los principios que rigen la inmediatez procesal, para efectos de valoración de la prueba testimonial son la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, en virtud de que en cuanto a la primera, como facultad de percatarse de los sucesos a través de los sentidos, por sí misma se va desvaneciendo en cuanto a su fidelidad al pasar del tiempo; la evocación como la facultad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria, además de variar en cada persona, dicha facultad también se debilita al correr el tiempo; finalmente el recuerdo como la capacidad de almacenar los acontecimientos captados por los sentidos se va olvidando paulatinamente; por ello, el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos.

Aquí resulta importante señalar que en lo referente a que el testigo debe conocer los hechos por sí mismo, porque cuando los conoce por referencias de terceros, en este sentido ya se ha pronunciado nuestro máximo tribunal judicial, en el sentido de que esas declaraciones que no reúnen el requisito de haber obtenido el conocimiento directo de los hechos, carecen de eficacia:

No. Registro: 173,487, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Enero de 2007, Tesis: 1a./J. 81/2006, Página: 356

PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL CUANDO LOS HECHOS SE CONOCEN POR REFERENCIA DE TERCEROS. SU VALORACIÓN. El artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que para apreciar la prueba testimonial, el juzgador debe considerar que el testigo: a) tenga el criterio necesario para juzgar el acto; b) tenga completa imparcialidad; c) atestigüe respecto a un hecho susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro sujeto; d) efectúe la declaración de forma clara y precisa, sin dudas ni reticencias sobre la sustancia del hecho ni sobre las circunstancias esenciales; y, e) no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en una declaración testimonial se aportan datos relevantes para el proceso penal, unos que son conocidos directa o sensorialmente por el deponente y otros por referencia de terceros -y que, en consecuencia, no le constan, el relato de los primeros, en caso de cumplir con los demás requisitos legalmente establecidos, tendrá valor indiciario, y podrá constituir prueba plena derivado de la valoración del juzgador, cuando se encuentren reforzados con otros medios de convicción, mientras que la declaración de los segundos carecerá de eficacia probatoria, por no satisfacer el requisito referente al conocimiento directo que prevé el citado numeral.

Por su contenido ilustrativo relevante, se transcribe la siguiente tesis aislada emitida por los tribunales federales, en la que se establecen en forma clara algunas características de la prueba testimonial, y que debe exigirse al testigo una narración en la que evoque lo que ha percibido, con el fin de lograr la constatación de las cuestiones relativas a: "dónde", "cómo", "cuándo", "quién", etcétera, cumpliéndose así el objeto de la prueba testimonial; y que no es una exposición cualquiera, que pudiera incluso vincularse con aspectos imaginarios, y no es sólo el de permitir una simple información, sino la posibilidad de la construcción intelectual del hecho constatado por el testigo. Lo anterior es denominado por la doctrina como "reproducción nemónica" de la experiencia vivida empíricamente, de donde se sigue la naturaleza "histórico-crítica" en donde de manera inherente participa el testimonio, de tal suerte que la realidad captada acaba por manifestarse como "realidad interpretada". Por ello, el testimonio debe entenderse también como un acto que no se separa de la naturaleza humana (actus humanus) y, por ende, el centro de atención es, sin duda, la persona del testigo, pero ese reconocimiento no debe conducir a la simplista resignación de

que el testimonio es un hecho personal, y pretender cerrar los ojos a lo que pueda hallarse debajo de ese juicio personal del sujeto.

No. Registro: 174,201. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXIV, Septiembre de 2006. Tesis: II.2o.P.204 P. Página: 1518.

PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. EL JUZGADOR, AL VALORAR UN TESTIMONIO, DEBE ATENDER A LOS ASPECTOS PARTICULARES Y LOS "IMPULSOS MOTIVADORES" O A LA ESPONTANEIDAD E INDEPENDENCIA DEL TESTIFICANTE. Se considera como característica de la prueba testimonial dentro del proceso penal, el que sea una expresión narrativa, es decir, que no puede reducirse a una simple exposición de respuestas (sí o no). Al testigo le es exigible, no una exposición cualquiera (que pudiera incluso vincularse con aspectos imaginarios), sino una narración que evoque lo que la persona ha percibido o captado, es decir, una narración de tipo histórico, con el fin de lograr la constatación de las cuestiones relativas a: "dónde", "cómo", "cuándo", "quién", etcétera, cumpliéndose así el objeto de la prueba testimonial, que no es sólo el de permitir una simple información, sino la posibilidad de la construcción intelectual del hecho constatado por el testigo, es decir, el acto comprendido y captado en la mente del declarante. Derivado de lo anterior, la narración de tipo testimonial se representa como una "reactualización" de la experiencia vivida por el testigo, esto es, una exteriorización de la representación mental del testificante, de la experiencia vivida por él, de modo que resulta un mediador del pasado (hecho) y el presente o futuro socialmente relevante en cuanto al proceso al que dicha narración se incorpora. Lo anterior es denominado por la doctrina como "reproducción nemónica" de la experiencia vivida empíricamente, de donde se sigue la naturaleza "histórico-crítica" en donde de manera inherente participa el testimonio, de tal suerte que la realidad captada acaba por manifestarse como "realidad interpretada". Por ello, el testimonio debe entenderse también como un acto que no se separa de la naturaleza humana (actus humanus) y, por ende, el centro de atención es, sin duda, la persona del testigo, pero ese reconocimiento no debe conducir a la simplista resignación de que el testimonio es un hecho personal, y pretender cerrar los ojos a lo que pueda hallarse debajo de ese juicio personal del sujeto, pues ello no resulta moral, ni legalmente válido, por el contrario, el reconocimiento sobre la imposibilidad de dividir, prima facie, la realidad de la construcción crítica del testigo, conlleva a la obligación del juzgador, en el plano de la valoración, a respetar la exigencia de atender los aspectos particulares del sujeto y los "impulsos motivadores" o la espontaneidad e independencia del testificante, tal como lo establecen los artículos 246, párrafo primero, 247, párrafo primero, 248, 249, párrafo primero y, especialmente, en las fracciones I, II, III y V del artículo 289, todos del Código Federal de Procedimientos Penales, disposiciones legislativas que, precisamente, como medidas de seguridad en cuanto a las reglas de valoración del testimonio y reconociendo los aspectos de la naturaleza humana remiten a la obligada atención de la persona

del testigo, ello con el fin de establecer, en lo posible, el hallazgo de un verdadero testimonio del hecho frente a la irrelevancia de un juicio personal de quien diciéndose testigo no pasa de ser un simple "portador" o "relator" de sus propias conjeturas o de lo que otras personas le indujeron a creer.

3.7 LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES.

El artículo 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece: "...Antes de que los testigos comiencen a declarar, el ministerio público o el juez los instruirá de las sanciones que impone le Código Penal para el Distrito Federal, a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley...".

La anterior disposición transcrita, pone de manifiesto que el mismo Código Penal para el Distrito Federal, establece las sanciones penales para las personas que declaran con falsedad, lo cual ya es un indicativo de que el testigo puede incurrir en ese delito; pero dicho numeral transcrito también prevé otras dos hipótesis en las que el testigo puede incurrir en responsabilidad, y esto es cuando se niega a declarar o bien cuando se niega a otorgar la protesta de ley.

Por su parte, el artículo 212 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal, establece la forma de proceder, cuando existe la sospecha de que una persona se ha conducido con falta de veracidad, al señalar: "...Siempre que se tome declaración a un menor de edad, a un pariente del inculpado, o a cualquier otra persona que por circunstancias especiales sea sospechosa de falta de veracidad o de exactitud en su dicho, se hará constar esto en el acta.

Igualmente se cierra el procedimiento para cuando una persona ha incurrido en falsedad o se ha contradicho manifiestamente, con lo estatuido por el numeral 214 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando señala:

“...Si de las actuaciones aparecieren indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha producido con falsedad, o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, quedará inmediatamente a disposición del ministerio público; se mandarían compulsar las piezas conducentes para la averiguación del delito y se formará por separado el expediente correspondiente...”.

Los artículos transcritos permiten afirmar que de las declaraciones de los testigos se puede derivar la comisión de los delitos previstos en el título vigésimo primero del Código Penal para el Distrito Federal, intitulado “Delitos cometidos por particulares ante el ministerio público, autoridad judicial o administrativa”, entre los que se encuentran los siguientes: fraude procesal, falsedad ante autoridades en sus diversas hipótesis, variación del nombre o del domicilio, simulación de pruebas

Incluso, actualmente nuestro máximo tribunal judicial federal, ha establecido en jurisprudencia por contradicción, que el delito de falsedad queda integrado cuando el testigo o perito declaran falsamente al responder a las preguntas propuestas por el defensor del acusado, y para mayor ilustración, se transcribe la jurisprudencia de donde emana este criterio:

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Pág. 297. Tesis de Jurisprudencia.

FALSEDAD EN DECLARACIONES JUDICIALES. SE CONFIGURA ESE DELITO CUANDO EL TESTIGO DECLARA FALSAMENTE AL RESPONDER A PREGUNTAS PROPUESTAS POR EL DEFENSOR DEL INculpADO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE PUEBLA).

El proceso penal es una institución de derecho público, fundamentalmente obligatorio, cuya conducción corresponde oficiosamente al Juez hasta concluirlo con una sentencia apegada a la verdad, ya sea absolutoria o condenatoria; además, el examen de los testigos en cualquier caso debe realizarse ante un funcionario público del tribunal, quien debe calificar las preguntas que el defensor del inculpado proponga, respecto a lo cual la legislación procesal lo faculta a desechar las preguntas que se estimen inconducentes y a interrogar a los testigos sobre los puntos que crea convenientes. En ese tenor, se concluye que el ilícito descrito en el artículo 247, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, vigente en 1999 (reproducido esencialmente en los artículos 311 y 312 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), y en el diverso 254, fracción II, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, que prevén que para que se actualice el tipo penal de falsedad en declaraciones judiciales, es menester que un testigo o un perito sea examinado por una autoridad judicial, y se configura cuando en un proceso judicial el testigo a quien se interroga declara falsamente sobre los hechos que se traten de esclarecer, aun cuando su declaración sea en respuesta a preguntas que le formule el defensor del inculpado, pues será el Juez quien valorará las respuestas. Ello es así porque, en cualquier caso en que intervenga el defensor durante el desahogo de una prueba testimonial, es al órgano jurisdiccional al que se atribuye el examen del testigo, ya que en el proceso penal se investiga la verdad material, por lo que si se permitiera que los testigos se aparten de la verdad al responder a las preguntas formuladas por el defensor del inculpado, sobre hechos relacionados con la indagación, y se admitiera que esa conducta no se sancione penalmente, sería imposible materializar el interés de la sociedad en que se condene a un delincuente, si ha quedado comprobado plenamente el delito y su responsabilidad penal.

CAPITULO IV

TÉCNICAS DEL INTERROGATORIO EN MATERIA PENAL

4.1. EL INTERROGATORIO EN MATERIA PENAL

Un dato histórico, nos indica que el interrogatorio ha evolucionado con el paso del tiempo, porque de la justicia del dedo de Dios (ordalías y duelo judicial), se pasó a la confesión, hasta que el uso y abuso de las torturas antiguas, modernas y contemporáneas, obscurecieron el destino de la llamada “reina de las pruebas”.

Así se recurrió a la prueba testimonial, cuestionada durante los dos siglos pasados y hasta la actualidad, por su inseguridad o eventual mala fe. Se perfeccionó la prueba con la pericial, con lo que surgió la prueba indiciaria que en la actualidad es la reina de las pruebas.

Descubrir la verdad, es la esencia y objetivo del interrogatorio. Por su parte, el interrogatorio es uno de los medios fundamentales para obtener información. Porque la vida es información, tan vital y trascendente como lo que está en juego detrás de ella. El interrogatorio debe ser científico y debe ser de utilidad para probar delitos, y descubrir a los criminales.

En su concepto más amplio, el interrogatorio, es el denominador común de toda investigación criminal. Según Antonio Viqueira Hinojosa, citado por Raúl Tomás Escobar, en su obra “El Interrogatorio en la Investigación Criminal”, establece que el interrogatorio “...es una serie o conjunto de preguntas, técnicas y lógicamente dirigidas para la investigación de la verdad...”⁴⁹

⁴⁹ TOMAS ESCOBAR, Raúl, El Interrogatorio en la Investigación Criminal.- Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 248.

El interrogatorio de las partes con fines de prueba persigue obtener su declaración sobre el conocimiento que tengan de los hechos que interesan al proceso, para formar el convencimiento del juez.

La verdad es cimiento de la justicia, por ello, reunir información y pruebas inmediatas, cuando sus protagonistas ni siquiera se han alejado del lugar del hecho, se logra que ni los testigos humanos ni los “mudos” puedan “alterarse” dado lo inmediato de su producción. Desde luego, hablamos de la investigación en la averiguación previa, donde generalmente no existe tiempo disponible para preparar coartadas ni elaborar versiones falseadas por consejos o intereses de terceros.

Sin embargo, ahora es preciso apuntar que en este trabajo de investigación, cuando nos referimos al interrogatorio en materia penal, tan sólo queremos delimitarlo al interrogatorio que se desarrolla durante el proceso penal, al que hemos llamado interrogatorio judicial, que se efectiviza con bastante posterioridad a lo ocurrido en la averiguación previa, donde el probable responsable, rectifica su espontánea versión de los hechos en la indagatoria, inducido por sus defensores, aconsejado por sus amigos, presionado por espurios intereses, donde no solamente acusados y testigos modifican sus primeros dichos, sino ahora imputan coerciones, exacciones y torturas.

“...Así, el interrogatorio realizado por personas experimentadas, tiene como propósito la impunidad, pues se trata de destruir las imputaciones existentes, urdiendo las más variadas maquinaciones, simulan enfermedades, viajes imprevistos; apelan a todo género de recursos ordinarios y extraordinarios, artimañas aparentemente lícitos para cubrir un objetivo, que es demostrar la inocencia del acusado. Y así, fueros, privilegios y jurisdicciones, constituyen fortalezas donde los infractores de este país se refugian.⁵⁰

⁵⁰ TOMAS ESCOBAR, Raúl. El Interrogatorio en la Investigación Criminal.- Ob. cit. p. 249.

En la investigación criminal, el tiempo que pasa, es la verdad que huye. La justicia sin la fuerza es impotencia. La fuerza sin justicia es tiranía. Por ello es necesario conciliar la justicia con la fuerza. Ya que en la actualidad cualquier técnica empleada en el interrogatorio ha servido para evadir a la justicia.

4.2. LAS DISPOSICIONES LEGALES.

En relación al tema del interrogatorio en materia penal, existen muy pocas disposiciones legales, que orienten la forma de cómo ha de realizarse este interrogatorio, esto sin perder de vista que este trabajo de investigación tan solo se refiere a las pruebas testimonial y pericial, por ello habrán de anotarse algunos renglones, en los que se analizarán las disposiciones legales referentes al tema.

Si entendemos que la declaración del imputado también es un testimonio, entonces habremos de referirnos a ella, y así encontramos que el primer dispositivo legal esta enclavado en el artículo 20 Constitucional en su apartado “A”, que se refiere a los derechos subjetivos o garantías que en todo proceso de orden penal, tiene el inculpado, dentro de las que destacan, las referidas al interrogatorio, las siguientes:

Artículo 20 Constitucional, fracción II.- “No podrá ser obligado a declarar”. Esta fracción transcrita, establece a favor del inculpado las garantías de no autoincriminación, de silencio y de defensa, por habersele acusado de la comisión de un delito, por lo que no se le puede exigir que declare bajo protesta aun cuando incurra en falsedad o falso testimonio ante dicha autoridad, pues de lo contrario se le compelería a declarar en su contra.

Situación contraria, es cuando el inculpado por sí en forma voluntaria decide declarar en relación a los hechos, una vez que ha tenido amplio conocimiento de las imputaciones, incluso ha decidido confesar, entonces se dice que la confesión es la **declaración** voluntaria realizada por una persona penalmente imputable, ante autoridad competente, y con las formalidades legalmente exigidas, sobre hechos propios constitutivos **del** tipo **delictivo** materia de la imputación, que importa el reconocimiento de su propia culpabilidad, derivada de su actuar precedente, como se precisa en las jurisprudencias 105 y 108 **del** Pleno y de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visibles en las páginas 60 y 61 **del** Apéndice de 1995, con los rubros "CONFESIÓN **DEL** ACUSADO." y "CONFESIÓN, VALOR DE LA.", debe concluirse que para que legalmente exista una confesión, el dicho **del** inculpado debe comprender la admisión de que el **delito** existe, y el reconocimiento de que el confesante participó en la actualización **del** injusto, materializado a través de la concreción de todos sus elementos típicos.

Lo que se ilustra con la tesis de jurisprudencia por repetición que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Mayo de 2006. Pág. 1511. Tesis de Jurisprudencia.

CONFESIÓN. SÓLO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL, LA ADMISIÓN DE LOS HECHOS QUE REALIZA EL IMPUTADO, CUANDO ELLO IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS **DEL DELITO**. Conforme al artículo 207 **del** Código Federal de Procedimientos Penales, así como a las jurisprudencias 105 y 108, sostenidas por el Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubros "CONFESIÓN **DEL** ACUSADO." y "CONFESIÓN, VALOR DE LA.", la confesión es la **declaración** voluntaria realizada por una persona penalmente imputable, ante autoridad competente, y con las formalidades legalmente exigidas, sobre hechos propios constitutivos de **delito**, que importa el reconocimiento de la propia culpabilidad derivada de su actuar; de lo anterior se concluye que, para poder considerar la existencia de una confesión, el dicho **del inculpado** debe comprender la admisión de que el **delito** existe, y el reconocimiento de que participó en su ejecución con la concreción de todos sus elementos típicos, como autor intelectual, autor material,

coautor, copartícipe, inductor o auxiliador (aun cuando con posterioridad se invoque alguna excluyente del ilícito o de responsabilidad, o bien, una atenuante); aspectos que no se satisfacen, cuando el imputado acepta un hecho que solamente implica la adecuación de uno o varios de los referidos elementos, o cuando no reconoce su participación, pues en esos casos, no se admite que el delito se cometió, o que la culpabilidad deriva de hechos propios debido a su intervención en la materialización de aquél; de ahí que una declaración con tales características no puede considerarse como confesión, sin que lo precedente implique que los aspectos admitidos en su contra por el inculpado, no puedan ser valorados en su perjuicio, al verificar la actualización fáctica de uno o más de los elementos que conforman el delito, o al analizar su responsabilidad penal.

En lo que se refiere a los interrogatorios formulados tanto a los testigos como a los peritos, el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone: "...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 la 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.

El dispositivo transcrito permite afirmar que un requisito previo a la declaración tanto del testigo como perito es la llamada protesta de ley, para que dichas personas estén sabedoras de que en caso de mentir, comete delito.

Por otra parte, el artículo 205 del mismo código recién señalado, establece: "...Antes de que los testigos comiencen a declarar, el ministerio público o el juez los instruirá de las sanciones que impone el nuevo código penal para el Distrito Federal, a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley...". En seguida el artículo 206 del mismo código adjetivo, señala: "...Después de tomada la protesta se preguntará a cada testigo su nombre, apellido, edad, nacionalidad, vecindad, habitación, estado, profesión o ejercicio, si se halla ligado al inculpado, o a la víctima, al ofendido del delito o al querellante por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivo de odio o rencor contra alguno de ellos...".

Como regla general, debe decirse que toda persona esta obligada a declarar ante la autoridad administrativa o judicial, como lo ordena el artículo 191 del Código de Procedimientos penales, para el Distrito Federal, donde se establece: "...Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el ministerio público o el juez estimen necesario su examen. En estos casos, el funcionario ante quien se realice la diligencia podrá desechar las preguntas que a su juicio o por objeción fundada de parte, sean inconducentes; y además podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes. Cuando se examine a un menor de edad las preguntas deberán ser concretas, en lenguaje sencillo y de forma tal que al abordar el tema se haga de manera que no impacte en su conciencia y estabilidad emocional, respetando siempre el interés superior del mismo...".

En este artículo se encuentran algunas reglas para el interrogatorio, como son: que esa declaración pueda aportar datos para la averiguación del delito, lo que permite afirmar que esas declaraciones tienen que tener relación con el hecho delictivo investigado, porque no se deben recibir todo tipo de declaraciones sin que sean conducentes, y por último que se estime necesario su examen.

Respecto de la forma de hacerse los interrogatorios, encontramos que este artículo, señala que la autoridad que realice la diligencia, podrá desechar las preguntas, que a su juicio o por objeción fundada de parte, sean inconducentes; igualmente establece que cuando se examine a un menor de edad las preguntas deberán ser concretar, con lenguaje sencillo, y sin que las preguntas impacten su conciencia y estabilidad emocional.

Las excepciones a esa regla, aparte de la ya señalada para los inculpadados, se encuentran señaladas en el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando señala: "...No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud. Si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esta circunstancia...".

Pero materialmente, ¿cómo declararán estas personas?; al respecto, la ley adjetiva, señala: Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que lleven escritas. Sin embargo podrán ver algunas notas o documentos que llevaren, según la naturaleza de la causa, a juicio del ministerio público o del juez. El ministerio público y el defensor pueden examinar a los testigos, haciéndoles las preguntas que estimen convenientes...".

El numeral 173 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: "...Los peritos deberán ser citados en la misma forma que los testigos; reunirán, además, las propias condiciones de éstos y estarán sujetos a iguales causas de impedimento...". Aquí encontramos una igualdad de tratamiento tanto para testigos como peritos, no solo en la forma de citarlos, sino además en sus condiciones, y causas de impedimento.

Por último, y en relación al interrogatorio, el artículo 174 del Código de Procedimientos Penales, para esta ciudad capital, prevé: "... El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra pero sin sugestión alguna, los datos que consten en el expediente y se asentarán estos hechos en el acta de la diligencia respectiva...".

4.3- UNA GUÍA PARA LA FORMULACIÓN ADECUADA DE PREGUNTAS.

La finalidad de hacer preguntas, no es otra que la de obtener una declaración que sirva para justificar un hecho determinado, de manera que en el fondo, la calificación de legal o procedente de las preguntas por parte del juzgador, viene a ser equivalente a la admisión de una prueba, en la medida en que la autorización para que se formule, obligando al testigo o perito a responder afirmando o negando un hecho, permite incorporar al proceso una declaración capaz de producir efectos probatorios.

En otro aspecto, resulta oportuno apuntar que si bien corresponde a las partes la formulación de las preguntas, es el juez quien en realidad examina a los testigos con el objeto de conocer la verdad de los hechos delictivos y poder pronunciar una sentencia justa, fundada y motivada; por lo que es al juzgador a quien se atribuye el examen de los testigos y no a las partes del juicio, ya que el tribunal siempre tendrá la facultad de desechar toda pregunta que a su juicio sea capciosa, inductiva o inconducente, así como de interrogar al testigo o perito sobre cualquier punto que estime conveniente para la investigación de la verdad. Porque no debe perderse de vista que el juez tiene a su cargo la conducción del desahogo de las pruebas y el examen de las personas que deben de declarar.

A manera de guía para la formulación de preguntas que pueden hacer las partes y el juez en el procedimiento penal, en este trabajo de investigación a continuación se enlistan una serie de formulas y requisitos que deben tenerse en cuenta en la realización o planteamiento de las preguntas:

- 1.- En primer lugar, debe señalarse que las preguntas que sean formuladas, deben tener relación directa con los hechos controvertidos e investigados en el procedimiento penal.

2.- Igualmente las preguntas formuladas a peritos deben tener relación con la materia de la prueba pericial aportada.

3.- Las preguntas se hacen de viva voz, es decir, en forma verbal en la propia audiencia.

4.- Las preguntas que se hagan no deben atentar contra la moral y el derecho.

5.- Deben ser directas y concretas.

6.- No deben tener por objeto ofuscar la inteligencia para obtener una respuesta contraria a la verdad.

7.- Las preguntas no deben ser insidiosas.

8.- Se debe cuidar que las preguntas no tiendan a engañar o inducir a error a quien las responde.

9.- Las preguntas deben ser conducentes a conocer el hecho delictivo investigado.

10.- Las preguntas que se hagan no deben llevar implícita la respuesta.

11.- Las preguntas no deben sujetarse a reglas o formulismos, deben ser sobre cuestiones verosímiles, uniformes en lo esencial, imparciales y congruentes con la litis planteada.

12.- Las respuestas deben cumplir con el requisito de imparcialidad, es decir, deben mostrar desinterés en la controversia.

13.- Las preguntas no deben ser ilustrativas, estos es, que incluyan hechos en forma detallada para provocar la respuesta, porque de ser así, se debe restar credibilidad a su contenido, como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal judicial del país en jurisprudencia por repetición de criterio que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVI, Agosto de 2002. Pág. 1198. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL, INTERROGATORIO ILUSTRATIVO EN EL DESAHOGO DE LA. SU VALORACIÓN. Cuando el interrogatorio al que se sujetará la prueba testimonial es ilustrativo, esto es, las **preguntas** incluyen hechos en esa forma detallada, sobre los cuales se pretende la respuesta y, por tanto, al desahogarse la prueba, los testigos se limitan a contestar que "sí lo sabe y le consta", debe restarse credibilidad a las declaraciones de los testigos y, por ende, valor probatorio a esta prueba.

14.- Las preguntas que formulen las partes se deben realizar ante un funcionario público del tribunal, quien las calificará, y valorará las respuestas, por lo que si se permitiese que los testigos se aparten de la verdad al responder a las **preguntas** formuladas, sobre hechos relacionados con la indagación, y se admitiera que esa conducta no se sancione penalmente, sería imposible materializar el interés de la sociedad en que se condene a un delincuente; como lo ha señalado la jurisprudencia por contradicción que se transcribe:

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Pág. 297. Tesis de Jurisprudencia.

FALSEDAD EN DECLARACIONES JUDICIALES. SE CONFIGURA ESE DELITO CUANDO EL TESTIGO DECLARA FALSAMENTE AL RESPONDER A **PREGUNTAS** PROPUESTAS POR EL DEFENSOR DEL INculpADO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE PUEBLA). El proceso penal es una institución de derecho público, fundamentalmente obligatorio, cuya conducción corresponde oficiosamente al Juez hasta concluirlo con una sentencia apegada a la verdad, ya sea absolutoria o condenatoria; además, el examen de los testigos en cualquier caso debe realizarse ante un funcionario público del tribunal, quien debe calificar las **preguntas** que el defensor

del inculpado proponga, respecto a lo cual la legislación procesal lo faculta a desechar las **preguntas** que se estimen inconducentes y a interrogar a los testigos sobre los puntos que crea convenientes. En ese tenor, se concluye que el ilícito descrito en el artículo 247, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, vigente en 1999 (reproducido esencialmente en los artículos 311 y 312 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), y en el diverso 254, fracción II, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, que prevén que para que se actualice el tipo penal de falsedad en declaraciones judiciales, es menester que un testigo o un perito sea examinado por una autoridad judicial, y se configura cuando en un proceso judicial el testigo a quien se interroga declara falsamente sobre los hechos que se traten de esclarecer, aun cuando su declaración sea en respuesta a **preguntas** que le formule el defensor del inculpado, pues será el Juez quien valorará las respuestas. Ello es así porque, en cualquier caso en que intervenga el defensor durante el desahogo de una prueba testimonial, es al órgano jurisdiccional al que se atribuye el examen del testigo, ya que en el proceso penal se investiga la verdad material, por lo que si se permitiese que los testigos se aparten de la verdad al responder a las **preguntas** formuladas por el defensor del inculpado, sobre hechos relacionados con la indagación, y se admitiera que esa conducta no se sancione penalmente, sería imposible materializar el interés de la sociedad en que se condene a un delincuente, si ha quedado comprobado plenamente el delito y su responsabilidad penal.

15.- La valoración de las respuestas a las preguntas que se hagan por las partes en el proceso penal, deben realizarse en forma integral, esto es, armonizando las respuestas emitidas con cada una de las preguntas formuladas, porque de otra manera podría distorsionarse el sentido real de tales testimonios, como lo señala la tesis de jurisprudencia 1848 que para mayor ilustración se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XX, Noviembre de 2004. Pág. 1848. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. SU VALORACIÓN ES ILEGAL CUANDO SE REALIZA MEDIANTE EL ANÁLISIS AISLADO DE LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS. La valoración de la prueba testimonial sólo puede considerarse legal, cuando los testimonios son analizados en forma integral, esto es, armonizando las respuestas emitidas con cada una de las **preguntas** formuladas, pues si dicha valoración se realiza respecto de alguna o algunas de esas contestaciones, es obvio que pueden distorsionarse de su sentido real tales testimonios, en virtud de que es factible que las aclaraciones o ampliaciones de los hechos a que se refieren las **preguntas** se encuentren en manifestaciones producidas en relación con el resto del interrogatorio.

16.- El articulante de las preguntas, no debe proporcionar a quien responde datos que lo ilustren sobre la respuesta, porque esa prueba carece de eficacia demostrativa, como se explica en la jurisprudencia por repetición de criterio que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Julio de 1999. Pág. 791. Tesis de Jurisprudencia.

TESTIMONIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LAS PREGUNTAS LLEVAN IMPLÍCITA LA RESPUESTA Y LOS TESTIGOS RESPONDEN CON UNA SIMPLE AFIRMACIÓN. Cuando las preguntas que conforman el interrogatorio contienen e ilustran sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos fundamentales que la parte interesada desea probar, de tal forma que los testigos al contestarlas se limitan a reafirmarlas, evidentemente, esa probanza carece de eficacia demostrativa, por cuanto que debe tenerse presente que ordinariamente los testigos acuden al juicio a exponer de viva voz los hechos por ellos conocidos que tienen relación directa con la litis respectiva y que son de importancia para dilucidar la controversia. Por tanto, con esa forma de declarar no puede estimarse que sean ellos quienes exponen los hechos fundamentales, sino el oferente de la prueba al formular el interrogatorio, y ello hace que sus declaraciones resulten ineficaces.

17.- Sin embargo, aún cuando las preguntas sean inductivas por contener la contestación en ellas, y el testigo se concreta a contestar con un “sí”, además de dar una contestación afirmativa, expone una serie de hechos con el fin de apoyar su declaración, deben tener valor probatorio, como lo sostiene la jurisprudencia que se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XI, Enero de 2000. Pág. 934. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. CASO EN QUE NO CARECE DE VALOR AUN CUANDO SE RINDA AL TENOR DEL INTERROGATORIO INDUCTIVO. Si bien por regla general la prueba testimonial carece de valor, cuando las **preguntas** que se formulan a los testigos son inductivas, por contener implícitamente la contestación en ellas y los testigos se concretan a contestarlas de manera afirmativa, tal criterio debe entenderse aplicable en aquellos casos en que el testigo se concreta a contestar con un simple "sí" aislado, mas no cuando, además de dar una contestación afirmativa, expone una serie de hechos con el fin de apoyar su declaración.

18.- Las preguntas no deben ser capciosas ni confusas, como se expone en la tesis aislada que se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 151-156 Sexta Parte. Pág. 193. Tesis Aislada.

TESTIGOS, PREGUNTAS A LOS. DEBEN DESECHARSE POR CAPCIOSAS LAS QUE COMPRENDAN DOS CUESTIONES. Es capcioso y confuso el preguntar a un testigo, si con anterioridad al día de la diligencia conocía **los** hechos contenidos en el interrogatorio, puesto que tal pregunta abarca dos conceptos, como son: el conocimiento previo de **los** hechos y el conocimiento del interrogatorio.

19.- Las respuestas que den a las preguntas que se formulen, deben ser concretas, pero no semejantes, porque presumen preparación, como lo ilustra la tesis aislada que se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 217-228 Sexta Parte. Pág. 662. Tesis Aislada.

TESTIGOS PREPARADOS. Si en las respuestas que dieron los testigos al interrogatorio a que fueron sometidos existe gran semejanza, resulta evidente que ello lleva a presumir que fueron previamente preparados, derivándose tal supuesto de la forma en que tales declarantes respondieron a las preguntas, las que, como se aprecia de su examen, se hicieron en un orden idéntico y fueron contestadas con las mismas palabras y en términos iguales en su mayor parte, por lo que sus deposiciones resultaron dudosas y, por ende, no debió otorgarse eficacia probatoria a las mismas.

4.4. PORQUÉ SE ACEPTAN O RECHAZAN LAS PREGUNTAS.

Toda pregunta que se formule cumpliendo los parámetros señalados debe calificarse de legal. Normalmente podría afirmarse que de no realizarse las preguntas en las formas enlistadas en los renglones que anteceden, deberían rechazarse las preguntas, sin embargo existen otras cuestiones legales que permiten rechazar las preguntas, de las que se señalan algunas:

a).- Cuando las partes pretenden formular preguntas al acusado y éste se acoge a la garantía constitucional de seguridad jurídica, contenida en el apartado "A" fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consiste en que el inculcado no podrá ser obligado a declarar en su contra, y quien puede reservarse su derecho a declarar, en ejercicio de su garantía de "no autoincriminación".

b).- También deben rechazarse las preguntas que se formulen a las personas que no tengan obligación de declarar, esto es, que se encuentren bajo cualquiera de las hipótesis del artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

c).- Se deben desechar las preguntas confusas, oscuras e imprecisas.

d).- Se deben desechar las preguntas inútiles o intrascendentes.

e).- Las preguntas no deben ser ilustrativas, estos es, que incluyan hechos en forma detallada para provocar la respuesta, porque de ser así, se debe restar credibilidad a su contenido.

f).- Se deben rechazar las preguntas que ilustran sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que la parte interesada desea probar, porque no puede estimarse que sean ellos quienes exponen los hechos, sino el oferente de la prueba al formular el interrogatorio, como se ilustra con la jurisprudencia que se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Julio de 1999. Pág. 791. Tesis de Jurisprudencia.

TESTIMONIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LAS PREGUNTAS LLEVAN IMPLÍCITA LA RESPUESTA Y LOS TESTIGOS RESPONDEN CON UNA SIMPLE AFIRMACIÓN. Cuando las preguntas que conforman el interrogatorio contienen e ilustran sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos fundamentales que la parte interesada desea probar, de tal forma que los testigos al contestarlas se limitan a reafirmarlas, evidentemente, esa probanza carece de eficacia demostrativa, por cuanto que debe tenerse presente que ordinariamente los testigos acuden al juicio a exponer de viva voz los hechos por ellos conocidos que tienen relación directa con la litis respectiva y que son de importancia para dilucidar la controversia. Por tanto, con esa forma de declarar no puede estimarse que sean ellos quienes exponen los hechos fundamentales, sino el oferente de la prueba al formular el interrogatorio, y ello hace que sus declaraciones resulten ineficaces.

g).- El párrafo primero del artículo 174 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: “el juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas”; pero esta facultad no es absoluta ni arbitraria, pues como toda potestad está regulada por las reglas de la lógica y del sentido común, y si tratándose de la testimonial no es permisible hacer preguntas insidiosas u obscuras con el propósito torcido de hacer caer en el equívoco al testigo, esa misma pauta debe seguirse respecto a la pericial, por lo que si las preguntas son insidiosas, se deben desechar por improcedentes.

Sin embargo, la máxima autoridad judicial de este país, ha emitido jurisprudencia, en la que señala que el interrogatorio sugerente en el desahogo de la prueba testimonial, no es suficiente para quitar valor probatorio a esas declaraciones:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo VI, Parte TCC. Pág. 635. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. INTERROGATORIO SUGERENTE.

Es difícil imaginar siquiera cómo pudiera formularse un interrogatorio sin señalar los hechos objeto de la probanza, ya que, en efecto, si el oferente estuviera imposibilitado para encausar las contestaciones, se llegaría al absurdo de que al presentar a los testigos sólo pudiera decirles "diga usted lo que sepa con relación a este juicio"; sólo así no detallaría los hechos. Dicho de otra forma, el oferente de una testimonial jamás puede escaparse de dirigir al testigo en cuanto a lo que quiera que responda; forzosa e ineludiblemente tiene que exponerle en la pregunta lo que desea declare. Así las cosas, se considera que lo importante a fin de cuentas no es la forma como se formulen las **preguntas**, sino las razones que dé el testigo acerca de por qué le consta lo que expone, con independencia, claro está, de las tachas que hubiera admitido o se hayan justificado. La sola circunstancia, pues, de que los testigos declaren al tenor de un interrogatorio sugerente, no basta para quitar valor probatorio a sus declaraciones, si en éstas concurren los requisitos exigidos por la ley para otorgarles eficacia demostrativa.

4.4.1. SISTEMA PARA LA CALIFICACIÓN DE PREGUNTAS.

Hablar de un sistema para la calificación de las preguntas, sería establecer lo que la ley no ha podido descifrar hasta hoy en día, sin embargo, en este trabajo de investigación y apoyados en la experiencia obtenida con los años de trabajo en la función judicial, se puede establecer, lo que en concepto de quien elabora este trabajo, se llamaría “un sistema para la calificación de preguntas”, el cual estaría integrado por los siguientes ingredientes:

Las preguntas solo deben formularse cuando tengan relación con el hecho principal investigado, el cual fue debidamente plasmado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Las preguntas las realizará directamente el defensor o el ministerio público, al testigo o perito, y el órgano jurisdiccional, tan sólo vigilará que sean preguntas conducentes al hecho investigado, y que se realice la anotación de la pregunta y respuesta en el acta de audiencia correspondiente.

Sin embargo, el propósito de este capítulo es señalar que dentro de este sistema que se propone para calificar las preguntas que se hacen tanto a testigos como peritos, es buscar una fórmula que permita que las audiencias sean menos tediosas y tardadas, debido principalmente a que en la actualidad, el sistema empleado, en el que se formula una pregunta y se repite por quien la califica, y si no la entendió quien la debe contestar, se repite nuevamente; por lo que se propone la no repetición de las preguntas, sólo cuando no sean entendidas por quien debe contestarlas, y así bastará con que se formule la pregunta y se conteste de inmediato por el perito o testigo, lo que sin duda agilizará y hará más fluidas las diligencias de desahogo de este tipo de pruebas. Por su puesto que se cuidará, por parte de quien dirige la audiencia, que esas preguntas cumplan con

los requisitos señalados, esto es que tengan relación con la litis planteada que es materia del proceso penal y que sean conducentes al objeto de la investigación, y que no se ilustre o induzca al testigo o perito a la respuesta. A manera de ilustración, a continuación se transcribe el criterio establecido por nuestro máximo tribunal judicial del país:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Informes, Séptima Época. Informe 1986, Parte III. Pág. 607. Tesis Aislada.

TESTIMONIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO, SI EL INTERROGATORIO ES ILUSTRATIVO. Si del simple examen del interrogatorio exhibido por el oferente de la prueba testimonial, se desprende que en las [preguntas](#) que lo contienen se proporcionan a los testigos todos los datos respecto de los hechos sobre los cuales deben declarar, sugiriéndoles con ello la respuesta, por lo que no se aprecia que sean estos quienes informen sobre los hechos materia del interrogatorio, es correcto sostener que de las declaraciones de tales testigos, no se advierte que ellos sean quienes informan sobre los hechos sujetos a prueba, por lo que esta circunstancia resta valor a sus atestos.

Igualmente es ilustrativa la tesis que a continuación se transcribe, aún cuando se refiere a materia diversa:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo V Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990. Pág. 386. Tesis Aislada.

PRUEBA TESTIMONIAL. SU VALORACION. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles: "Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia", por lo que el titular de la función jurisdiccional en el actual sistema procesal al examinar las pruebas aportadas por las partes, debe relacionarlas entre si, con el objeto de establecer la verdad legal acreditada, con plenitud, o determinar en su caso su deficiencia o contradicción. En tratándose debe tenerse en consideración que si existe coincidencia o perfección en las declaraciones de los testigos, al utilizar palabras idénticas al contestar las [preguntas](#) del interrogatorio, se presume su aleccionamiento y en tal

estimativa va en contra de las reglas de la lógica y de la experiencia a que alude el precepto legal en comento, la consideración del juzgador concediendo valor probatorio al dicho de los testigos en el sentido de que fueron contestes y uniformes con las cuestiones planteadas porque rindieron testimonio sobre los mismos hechos y al añadir que sería ilógico que los testigos dieran respuestas idénticas a **preguntas** que versaran sobre hechos diferentes. La uniformidad que se busca en la valoración de la prueba testimonial, debe referirse a la esencia de los hechos sobre los que deponen los testigos, pero no puede aceptarse la perfección de las declaraciones, porque cada persona tiene su muy particular forma de expresarse en relación a un mismo hecho; así la exactitud con que dos o más testigos se conducen, resta necesariamente espontaneidad a su narración, siendo por ello correcta la desestimación de la prueba en comento, que haga el juzgador al concluir que la identidad de las respuestas presume el aleccionamiento de los testigos, restándole veracidad a sus versiones, acorde a las exigencias de la sana crítica.

4.4.2. FUNDAMENTOS PARA DESECHAR PREGUNTAS.

En este apartado debe apuntarse que al contrario sensu, cuando se trata de la formulación de preguntas que no tengan relación con los hechos que son materia del proceso penal, cuando las preguntas no sean conducentes, o cuando se induzca o ilustre al testigo o perito para que proporcione la respuesta en determinado sentido, deben desestimarse las preguntas que formulen las partes,

Igualmente deben desecharse las preguntas que se refieren a más de un hecho, esto es que en las preguntas no deben incluirse hechos diferentes entre sí, o que sean independientes unos de otros, como de manera ejemplar lo ha señalado nuestro máximo tribunal judicial en la tesis que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 53 Sexta Parte. Pág. 42. Tesis Aislada.

TESTIGOS. UNIDAD DE HECHOS AL FORMULAR LAS PREGUNTAS. Como los artículos 150, 151 y relativos de la Ley de Amparo, no regulan todos los aspectos de la recepción de la prueba testimonial, es claro que resulte supletoriamente aplicable en este aspecto el Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al segundo párrafo del artículo 2o. de la Ley de Amparo. Ahora bien, el artículo 175 señala, entre otras cosas, que se procurará que en una sola pregunta no se

comprenda más de un hecho y no hechos o circunstancias diferentes, y se establece que las **preguntas** que no satisfagan los requisitos contenidos en el precepto, serán desechadas de plano. Debe entenderse que el requisito mencionado significa que se debe intentar, en la medida de lo razonable, que en una pregunta no se incluyan hechos diferentes entre sí, es decir, independientes unos de otros, de manera que el percibirse el testigo de los mismos, no corresponda a un acto o a una unidad de actos de percepción. Pero cuando en un acto de percepción o en una nulidad difícilmente separable de actos de percepción, se conocen varios hechos vinculados entre sí en forma tal que la percepción de ellos esté unificada, tales actos sí podrán incluirse en una sola pregunta, por estar el recuerdo del testigo asociado respecto de tales actos, percibidos en conjunto. Así, se preguntara a un testigo si vio firmar a un hombre con sombrero negro, podría pensarse que en la pregunta se incluyen tres hechos: si vio firmar a un hombre; si ese hombre llevaba sombrero y si ese sombrero era negro. Sin embargo, como se trata de hechos o circunstancias que se perciben por el testigo en un solo acto, o en una serie unificada de actos, estarán de tal manera unidos en su recuerdo que el incluir los tres hechos en una pregunta no creará en él confusión, ni le restará claridad a la prueba. O si se pregunta a un testigo sobre si sabe que una persona posee un inmueble es claro que se tratará de un conocimiento adquirido por el testigo a lo largo de un cierto lapso, en percepciones diferentes en sí mismas, pero que convergerán todas sobre el mismo hecho o sobre la misma cuestión o circunstancia, de manera que en alguna manera formarán una unidad vinculada e indivisible, que formará el conocimiento que el testigo tenga sobre lo que le es preguntado. Pero si en una pregunta se incluyen hechos percibidos por el testigo en actos diferentes, o en momentos, lapso o lugares diferentes, en relación con hechos también diferentes, es claro que el incluir tales hechos en una sola pregunta sí viene a violar la regla procesal a comento, pues podría tender a crear confusión en la prueba. Por lo demás, conforme al artículo 151 de la Ley de Amparo, y siempre y cuando esté en tiempo oportuno, el oferente podrá formular nuevo interrogatorio para los testigos, para reformular las **preguntas** desechadas.

También deben desestimarse las preguntas que formulen las partes, cuando la persona que debe responder, lo hace sin que se le haga la pregunta, porque ello denota su aleccionamiento anticipado por quien presenta a ese testigo o perito a declarar, lo cual implica que no solo habrán de calificarse de no procedentes, sino que también carecen de valor convictivo:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo VII, Enero de 1991. Pág. 91. Tesis de Jurisprudencia.

TESTIGOS ALECCIONADOS. Son aquellos que se anticipan en sus respuestas a [preguntas](#) que no les fueron formuladas, por lo que sus declaraciones carecen de valor probatorio.

Es cierto, que una cosa es la calificación de las preguntas y otra muy distinta es la valoración de las respuestas a esas preguntas, sin embargo, cuando la forma de hacer las preguntas es tan detallada que incluye hechos en los cuales se encuentra la respuesta que se busca, y quien responde a esa pregunta, tan solo se limita a contestar si o no, en estas condiciones también deben desecharse las preguntas y para el caso de que se hubieren formulado, carecen de valor probatorio, como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal judicial del país, en la jurisprudencia por repetición de criterio que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVI, Agosto de 2002. Pág. 1198. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL, [INTERROGATORIO](#) ILUSTRATIVO EN EL DESAHOGO DE LA. SU VALORACIÓN. Cuando el [interrogatorio](#) al que se sujetará la prueba testimonial es ilustrativo, esto es, las preguntas incluyen hechos en esa forma detallada, sobre [los](#) cuales se pretende la respuesta y, por tanto, al desahogarse la prueba, [los testigos](#) se limitan a contestar que "sí lo sabe y le consta", debe restarse credibilidad a las declaraciones de [los testigos](#) y, por ende, valor probatorio a esta prueba.

Otro fundamento para desechar las preguntas, lo encontramos en la jurisprudencia que se transcribe y que es de observancia obligatoria, en la que nuevamente hace referencia el hecho de que las preguntas deben referirse a los hechos controvertidos y que no sean contrarias a la moral ni al derecho, que sean claras y precisas y no contengan más de un hecho; lo contrario constituye un fundamento para calificar de improcedentes esas preguntas, y si fueron formuladas carecen de valor probatorio:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XV, Junio de 2002. Pág. 544. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. SU VALORACIÓN ES INDEPENDIENTE DE LA CALIFICACIÓN LEGAL DE SU INTERROGATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Al calificar de legal un interrogatorio, el Juez únicamente lo hace en función de que las preguntas satisfagan los extremos del artículo 513 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, es decir, que tengan relación directa con los hechos controvertidos, que no sean contrarias al derecho o a la moral, que sean claras y precisas, y que no contengan más que un solo hecho, pero al apreciar y valorar la prueba, ejerce su facultad contenida en los artículos 572 y 573 del citado ordenamiento legal, y usando su arbitrio judicial, puede o no concederle valor a la prueba de testigos, atendiendo tanto a las circunstancias que concurren en éstos, como a las condiciones que debe reunir su testimonio, tales como la uniformidad y que den la razón fundada de su dicho.

Por su importancia, debe transcribirse en este apartado la jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, con el número III.1O.T. J/35; en la que se contiene otro fundamento para rechazar las preguntas de las partes, consistente en que dichas preguntas ilustren a quien declara, ya sea testigo o perito, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Julio de 1999. Pág. 791. Tesis de Jurisprudencia.

TESTIMONIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LAS PREGUNTAS LLEVAN IMPLÍCITA LA RESPUESTA Y LOS TESTIGOS RESPONDEN CON UNA SIMPLE AFIRMACIÓN. Cuando las preguntas que conforman el interrogatorio contienen e ilustran sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos fundamentales que la parte interesada desea probar, de tal forma que los testigos al contestarlas se limitan a reafirmarlas, evidentemente, esa probanza carece de eficacia demostrativa, por cuanto que debe tenerse presente que ordinariamente los testigos acuden al juicio a exponer de viva voz los hechos por ellos conocidos que tienen relación directa con la litis respectiva y que son de importancia para dilucidar la controversia. Por tanto, con esa forma de declarar no puede estimarse que sean ellos quienes exponen los hechos fundamentales, sino el oferente de la prueba al formular el interrogatorio, y ello hace que sus declaraciones resulten ineficaces.

Por último, en este apartado, el juez habrá de asegurarse de la forma como el testigo o perito obtuvo la información que proporciona al órgano jurisdiccional, a lo que la doctrina ha llamado “la razón de su dicho”, y que se encuentra enclavado en el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que se establece: “Los testigos darán siempre la razón de su dicho, que se hará constar en la diligencia”. Lo que es un fundamento más que desechar las preguntas, porque aún cuando este requisito se refiere esencialmente a la valoración de esa prueba, sin embargo recae especialmente en la idoneidad del contenido de esa declaración vertida a través de preguntas de las partes. Lo que ilustra con claridad el criterio que a continuación se transcribe, sostenido por nuestro máximo tribunal judicial del país:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VII, Enero de 1998. Pág. 1185. Tesis Aislada.

TESTIGOS. LA RAZÓN FUNDADA DE SU DICHO PUEDE EXPRESARSE AL FINAL DE LA DILIGENCIA RESPECTIVA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Una interpretación armónica y racional de los artículos 374, segunda parte y 411, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, conduce a establecer que para que una testimonial pueda considerarse apta y suficiente para demostrar los hechos contenidos en el interrogatorio, requiere, entre otros requisitos, que los testigos expresen la razón fundada de su dicho, lo cual puede acontecer no sólo en cada una de las respuestas, sino también al final de la diligencia; pues es evidente que la intención del legislador fue la de asegurarse que el Juez tuviese conocimiento de los medios a través de los cuales el testigo conoció de los hechos narrados y, con ello, formarse una opinión de la idoneidad de las declaraciones vertidas, para tener por demostrados o no los hechos que se pretendan acreditar por el medio de prueba, en virtud de que el juzgador no está obligado ineludiblemente a exigir a los testigos la razón de su dicho en cada una de las contestaciones, porque ello puede colmarse al final de cada interrogatorio, siempre que esté referida a todo lo que declaren.

Un dato importante que debe apuntarse en este apartado es que existe la facultad potestativa para el juzgador de realizar preguntas a los testigos y peritos ofrecidos por las partes, como lo señala el artículo 203 párrafo segundo del Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que se establece: "...Los testigos deben ser examinados separadamente por el ministerio público o por el juez, en presencia del secretario...". Por su parte el artículo 292 del mismo código recién señalado, establece: "...El agente del ministerio público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al procesado; pero el juez tendrá en todo tiempo la facultad de desechar las preguntas si fueren objetadas fundadamente o a su juicio resultaren inconducentes...". Así mismo, el artículo 295 del mismo cuerpo de leyes, establece: "...El juez interrogará al inculcado sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al ministerio público...". Lo que también ilustra el criterio establecido por nuestro máximo tribunal judicial del país, que a continuación se transcribe:

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 169-174 Cuarta Parte. Pág. 183. Tesis Aislada.

TESTIGOS. FACULTAD DEL JUEZ PARA FORMULAR PREGUNTAS DIRECTAS A LOS OFRECIDOS POR LAS PARTES. La facultad del juez para hacer a los testigos las preguntas que estime convenientes, es sólo una prerrogativa cuyo ejercicio depende de su voluntad para poner en claro cualquier duda que hubiere sobre los hechos contenidos en los interrogatorios, es decir, con el objeto de que sea suficientemente explícita la deposición de los testigos; por tanto, su abstención en usarla no constituye violación al artículo 1272 del Código de Comercio; además, para valerse el juez del arbitrio que le otorga ese precepto, es necesario el previo examen de los testigos sobre los hechos que hayan preguntado las partes a aquéllos, no cuando se hubieran calificado de ilegales las preguntas comprendidas en los respectivos interrogatorios, pues de lo contrario supliría a la parte que incumbe hacerlo.

4.4.3. RECURSOS PARA EL CASO DE DESECHAMIENTO DE PREGUNTAS.

El recurso más usual en el procedimiento penal, cuando se califican de improcedentes las preguntas que las partes formulan, se encuentra recogido por el artículo 412 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, en el que se establece: “...El recurso de revocación procede siempre que no se conceda por este código el de apelación...”. Por su parte el artículo 413 del mismo código recién señalado establece: “...Interpuesto en el acto de la notificación o al día siguiente hábil, el tribunal o juez ante quien se interponga, lo admitirá o desechará de plano, si creyere que no es necesario oír a las partes. En caso contrario, las citará a audiencia verbal, que se verificará dentro de los dos días siguientes días hábiles y dictará en ellas su resolución, contra la que no se da recurso alguno...”.

Lo anterior implica, que como se trata de una manifestación que hace la autoridad de no calificar de procedente tal o cual pregunta, y que al no conceder contra dicha resolución el recurso de apelación, entonces es procedente el recurso ordinario de revocación, el cual implica que la autoridad reconsidere nuevamente su decisión, y califique de procedente esa o esas preguntas que las partes realizan en la audiencia de ley.

Un dato relevante, es que si las partes no se encuentran conformes con el proceder de la autoridad durante el procedimiento penal, deberán dejar constancia de ello en el expediente, a través de lo que ha sido llamado “la protesta”, en la que se expresarán los agravios que esa determinación causa a quien la promueve, para que la autoridad revisora en segunda instancia, tenga en cuenta esa manifestación, y si es fundada, pueda ordenar la reposición del procedimiento, como lo prevé el artículo 430 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y si bien dicha protesta, o es un recurso formalmente reconocido por la ley adjetiva, sin embargo los efectos que produce, si son de volver al curso nuevamente al procedimiento penal, al ordenar su reposición.

Otro procedimiento que se establece para el caso de desechamiento de las preguntas cuando no se desahoguen en las formas señaladas por las leyes, es el establecido en los artículos 160 y 161 de la Ley de Amparo, lo cual esencialmente se refiere al caso de que durante el procedimiento penal se cometan violaciones a las leyes que rigen el procedimiento, de manera que si infracción afecte a las defensas del quejoso, lo cual traerá como consecuencia la reposición del mismo, cumpliendo el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161 de dicha ley, referente a que estas violaciones sólo podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

4.4.4. DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Debemos tener mucho cuidado al abordar el tema del desahogo de la prueba pericial, porque sobre el tema se ha escrito mucho, y existe abundante bibliografía, lo cual obliga a no perder de vista el título de este trabajo de investigación que es: "...pericial y testimonial, sus diferencias y semejanzas en materia penal..". Tampoco tiene por objeto este trabajo de investigación el transcribir los artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, donde se regula lo referente al desahogo de esta prueba. Por lo que habremos de abordar el tema planteado desde un punto de vista estrictamente legal, haciendo los comentarios y aportaciones que se consideran necesarios, para mejorar el desahogo de esta prueba. Así empezamos por apuntar que el capítulo IX del Código Adjetivo de la Materia, llamado "testigos", y que comprende del artículo 189 al 216, regula todo lo referente a la tramitología de esta prueba, pero como se dijo, no es materia de esta investigación, conocer todo lo referente a la prueba testimonial, sino únicamente su desahogo.

Respecto al desahogo de la prueba testimonial, primeramente encontramos el contenido del artículo 202 del Código de procedimientos Penales, en el que se establece, la obligación de declarar como testigo que tiene toda persona y de

presentarse al juzgado cuando sea citada. Esta misma prueba también puede desahogarse, trasladándose al domicilio u oficinas, cuando se trata de altos funcionarios de la federación, quienes también podrán rendir declaración, mediante oficio. Sin embargo, fuera del caso de enfermedad o de imposibilidad física, y fuera de los casos de excepción señalados en el artículo 192 de dicho cuerpo de leyes, toda persona esta obligada a declarar.

Una vez que la prueba testimonial ha sido ofrecida, admitida, preparada y señalada la fecha para su desahogo, cuando los testigos ya se encuentran presentes en el local del juzgado, se llamarán por su nombre en voz alta, y declarada abierta la audiencia, se les protestará en términos del artículo 205 de la misma procesal, se les instruirá de las sanciones que les impone el Código Penal a las personas que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley; lo cual podrá hacerse hallándose presentes todos los testigos que van a declarar.

Después de tomada la protesta se preguntará a cada testigo, todos sus datos personales, se le preguntará si se encuentra ligado al inculpado, o a la víctima, al ofendido del delito o al querellante por vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro, y si tiene motivo de odio o de rencor contra alguno de ellos, como lo prevé el ordinal 206 del mismo código adjetivo. Tratándose de testigos menores de edad, no s eles protestará, sino únicamente se les exhortará para que se conduzcan con verdad.

Hecho lo anterior, los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que lleven escritas. Sin embargo podrán ver algunas notas o documentos que llevaren, según la naturaleza de la causa, y a juicio del juez o del ministerio público. En seguida, el ministerio público y el defensor pueden examinar a los testigos, haciéndoles las preguntas que estimen convenientes.

Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración, se le permitirá hacerlo. (artículo 208). Si la declaración se refiere al algún objeto puesto en depósito, después de interrogar al testigo acerca de las señales que caracterizan dicho objeto, se le mostrará para que lo reconozca y firme sobre el, si fuere posible. (artículo 209). Si la declaración se refiere a un hecho que hubiere dejado vestigios permanentes al algún lugar, el testigo podrá ser conducido a él para que haga las explicaciones convenientes (artículo 210). Concluida la diligencia, se leerá al testigo su declaración, o la leerá él mismo si quisiere, para que la ratifique o la enmiende. En seguida el testigo firmará esa declaración o lo hará por el la persona que legalmente le acompañe. Si no supiere o no quisiere firmar, se hará constar esta circunstancia.

Si de las actuaciones aparecieren indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha producido con falsedad, o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, quedará inmediatamente a disposición del ministerio público, se mandarían compulsar las piezas conducentes para la averiguación del delito y se formará por separadazo el expediente correspondiente, sin que por esto se suspenda la causa que se esté siguiendo. (artículo 214). El ministerio público o el juez, podrán dictar las providencias necesarias para que los testigos no se comuniquen entre sí, ni por medio de otra persona, antes de rendir su declaración. (artículo 216).

4.5. LA CONDICIÓN HUMANA Y SUS FACETAS DE VERDAD Y MENTIRA, DE CLARIDAD Y CONFUSIÓN, DE ESPONTÁNEIDAD Y ENGAÑOS DELIBERADOS.

En este apartado debemos referirnos a los órganos esenciales de la condición humana que realizan las funciones síquicas elementales que constituyen la base del testimonio, sin cuyo conocimiento no es posible interpretarlo y explicarlo. Así el profesor emérito de derecho y procedimiento penales de la Universidad de Turín, Eugenio Florián, en su obra “De las Pruebas Penales”, señala: “...las funciones síquicas que tienen importancia aquí son tres, y se pueden concretar en tres momentos: a) la percepción; b) la retención de la percepción y la correspondiente evocación de ella (memoria); c) la comunicación judicial de la manera como surgió, se desarrolló y se concretó la percepción. En torno a esos tres momentos se manifiestan los errores, las perturbaciones, los defectos y las dificultades del testimonio, tomado en su origen y analizado en su manifestación...”⁵¹

Ahora podemos afirmar que la percepción es el acto mediante el cual se recibe en la mente la imagen del acontecimiento, y constituye el primer elemento del cual parte el proceso psíquico del testimonio, esto es la fuente de donde surge.

Los órganos del cuerpo destinados a la percepción son: el ojo, el oído, la nariz y el tacto, los cuales pueden tener numerosas causas de perturbación, que no necesariamente consisten en que el órgano falte, sino en que el órgano existe pero es defectuoso, y afectan al resultado de la percepción, lo que trae como consecuencia, una gran diferencia de lo percibido por una persona y por otra. Lo anterior hace necesario examinar detenidamente las diversas facultades de percepción del individuo que presta testimonio.

⁵¹ FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Ob. cit. p. 325.

“Observar bien significa tener percepciones que correspondan a la realidad...”⁵²

Pero cada uno percibe por su cuenta y como puede, según sus medios. Para apreciar la percepción del testigo, es menester tener en cuenta, las condiciones subjetivas en que se encuentra, ya sea con respecto a sí mismo, o en relación con el desarrollo del acontecimiento; así se debe tener en cuenta el ánimo en que se encuentra la persona, en relación con ella misma o respecto al objeto de la percepción, como son la preocupación, el estado de dolor o de alegría, la somnolencia, el interés personal en el hecho, la emoción que el hecho suscita en su ánimo, todos los cuales tienen gran trascendencia en el testimonio. A lo anterior debe agregarse, las costumbres de la persona, si practica la cultura de la verdad o de la mentira.

Igualmente existen perturbaciones en los órganos de la percepción, si se trata de objetos simples o complejos los observados, aunado a que cualquier individuo puede ser víctima de ilusiones que son un síntoma muy común de las psicopatías y se vinculan con la vida normal del espíritu, así el hombre más sano puede ser víctima de errores de sentido. A lo anterior se deben añadir circunstancias objetivas, como son la hora, si fue de día o de noche, la distancia, la presencia de espectadores, si llovía o estaba soleado, y toda esta serie de obstáculos pueden entorpecer y hasta invalidar por completo el origen del testimonio.

Ahora, en relación a la retención y evocación de la percepción, debe apuntarse que para que la percepción recibida pueda ser comunicada a otro, es necesario que se conserve en la memoria, lo cual se hace a través de la función de la memoria, y su reproducción en forma de recuerdo, la referencia del recuerdo con el pasado y con la localización en el tiempo, y así algunas veces basta tener la consciencia de que el hecho reproducido ocurrió realmente, pero sin recordar la fecha exacta.

⁵² FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales. Ob. cit. p. 327.

Pero la memoria también puede sufrir perturbaciones de índole patológico y puede variar mucho de individuo a individuo. Los factores pueden ser múltiples; muchas veces el proceso debe ir acompañado de crítica y de selección, de un juicio interno, porque el juzgar es un proceso de síntesis mental que consiste en percibir y afirmar las relaciones de las cosas, o entre una cosa y sus cualidades, lo que aumenta las dificultades del buen testimonio, ya que interviene el factor de la inteligencia; el sujeto debe proceder a labores de comparación, de selección, de coordinación, de interpretación, lo cual requiere agudeza mental, y la ligereza en el juicio, la falta de reflexión crítica, la impulsividad, la poca facultad de relacionar, la carencia de análisis, pueden reflejarse en el testimonio, haciendo afirmaciones nebulosas y ambiguas, y otras excesivamente rígidas, tajantes y absolutas.

El momento de la comunicación es el más importante y el más difícil, porque repercuten en él todas las dificultades de una percepción exacta y de una evocación fiel de ella, aquí la narración debe conseguir el fin práctico de exteriorizar la percepción, para que los jueces y las partes se apoderen de ella y la utilicen para conseguir los fines del proceso.

Aquí interviene la capacidad de expresar y de comunicar la percepción real recibida y la voluntad de reconstruirla y reproducirla fielmente. Pero como es sabido no todos tienen el instrumento idóneo, no todos tienen la facultad y en medio de expresar clara y exactamente los propios pensamientos, porque intervienen factores como el grado de inteligencia, la educación, la instrucción, la edad, y otros más que pueden ser deliberados; pues la memoria y la inteligencia pueden quedar paralizados y ofuscados por intimidación; influyen las preguntas, las forma como se hacen, las tretas de las partes, las interpretaciones sutiles, las respuestas hábiles, las interrogaciones más o menos acaloradas, y todo esto puede obstaculizar el desarrollo del proceso de evocación y reconstrucción de las percepciones; también es importante la voluntad del testigo, quien debe tener

voluntad de decir la verdad, porque suele suceder que la voluntad de recordar y narrar se crea artificialmente y de forma deliberada.

Aunque existen otros factores que alteran al testimonio en las personas, como son sus relaciones con las partes, su edad, sus condiciones mentales, sus cualidades morales, condiciones sociales, sin embargo, no son objeto de estudio en este trabajo porque rebasarían su tamaño.

En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal judicial del país en la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XX, Octubre de 2004. Pág. 2251. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN. Los principios que rigen la inmediatez procesal, para efectos de valoración de la **prueba testimonial** son la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, en virtud de que en cuanto a la primera, como facultad de percatarse de los sucesos a través de los sentidos, por sí misma se va desvaneciendo en cuanto a su fidelidad al pasar del tiempo; la evocación como la facultad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria, además de variar en cada persona, dicha facultad también se debilita al correr el tiempo; finalmente el recuerdo como la capacidad de almacenar los acontecimientos captados por los sentidos se va olvidando paulatinamente; por ello, el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos.

4.6-LA LIBERTAD PARA VALORAR LAS PRUEBAS PERICIAL Y TESTIMONIAL, NO ES SONÓNIMO DE ARBITRARIEDAD.

Es importante, primero distinguir entre crédito a los testigos o crédito a los testimonios, de ahí que antes de declarar a las personas se les haga la protesta de ley, para que se conduzcan con verdad, lo que tiene relación con su idoneidad; antiguamente se les hacía juramento, porque desde tiempos remotos se decía que había que dar más crédito a las personas honestas que a las viles. El proceso penal se encuentra dominado por el problema del crédito que se debe atribuir a los testimonios, ya que de siempre la materia de la prueba testimonial esta caracterizada por la constante preocupación por la credibilidad del testigo, incluso se han clasificado por la doctrina, en hábiles, inhábiles y sospechosos, pero cualquiera que sea, se puede afirmar que la prueba testimonial es una prueba imperfecta.

En cambio la peritación se relaciona con actos de índole técnico, una vez admitida, se convierte en un medio de prueba que vale para todos. El testigo es examinado, el perito examina.

El juez tiene libertad para apreciar las pruebas pericial y testimonial, primeramente debe verificar si la peritación reúne todas las formalidades de rigor, tanto en lo relativo al procedimiento, como en la redacción del dictamen; en segundo lugar el juez debe examinar el contenido de la peritación, el deber el juez es muy claro y se relaciona con el deber de la motivación y con el fin procesal propio del dictamen; como se dijo existe la libertad del juez en el uso que ha de darle al dictamen pericial, porque puede concederle o negarle crédito. No obstante lo anterior, "...sería pueril afirmar que la libertad del juez en la valoración de la peritación es absoluta, porque en el proceso penal no puede ser el imperio de la arbitrariedad ni el reino del capricho..."⁵³

⁵³ FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Ob. cit. p. 445.

Las pruebas practicadas hay que valorarlas o apreciarlas, esto es darles un valor; para el gran jurista Argentino Santiago Sentis Melendo, en su obra “Los Grandes Temas del Derecho Probatorio”, nos enseña que la prueba es libertad, y sostiene que es necesaria la libertad en la valoración de la prueba, y en relación a los sistemas de valoración, afirma: “...un sistema está representado por la denominada prueba legal, en el que el legislador sustituye al juez en la valoración de la prueba, dictando reglas rígidas mediante las cuales haya de fijarse ese valor; otro sistema esta representado por las figuras de valoración que suelen denominarse de la prueba en consciencia o de la íntima convicción...”.⁵⁴

Aquí es oportuno preguntarnos, qué tan conveniente es sustraer el juez de la libertad que tiene para valorar las pruebas, de la que fácilmente podría abusar; aunque un sistema que suprima en el juez esa libertad en la valoración, haría que su trabajo fuera mecánico, y no intelectual. Pero lo cierto es que las leyes adjetivas de la materia, le fijan al juez, límites que le esta vedado traspasar; pues el legislador sabe que en circunstancias favorables, algunas pruebas pueden producir convicción, aunque no la tengan; sin embargo pensamos que la fijación del valor de una prueba la debe fijar el juez y no el legislador.

En el sistema de la prueba legal, la ley le da reglas fijas al juez sobre el valor probatorio que debe atribuir a tales pruebas, por lo que debe distinguirse entre convencimiento libre motivado y convencimiento vinculado, sin embargo nosotros pensamos que no hay más que un convencimiento, el libre; o ¿puede exigirse al juez la convicción?, de hacerlo estaríamos fuera de la prueba legal, y estaríamos invadiendo la sana crítica o la íntima convicción del juez. Lo cual no es apuesto con el reconocimiento que hacemos de que existe un doble sistema de valoración de la prueba, que es en otras palabras, una doble forma de fijación de los hechos.

⁵⁴ SENTIS MELENDO, Santiago, La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio, Ob. cit. p. 246.

En este sentido, el capítulo XIII del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, denominado “DE LAS PRESUNCIONES”, integrado por los artículos 245 al 261, recoge ambos sistemas que la doctrina reconoce, porque establece un sistema legal o tasado para la valoración de las pruebas, pero también reconoce la formación de la convicción a través de la íntima convicción, o sana crítica, sobre todo cuando el artículo 261 señala: “El ministerio público, los jueces y tribunales según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciaran en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena...” El mismo principio se encuentra recogido por el contenido del artículo 245 del mismo cuerpo de leyes., cuando señala: “...las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados...”

En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal constitucional judicial del país, en la jurisprudencia que a continuación transcribimos, y que nos describe en forma clara, como es que se forma la convicción, a través del esfuerzo de razonar silogísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí en la mente, para llegar a una conclusión, y es precisamente la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial, que se sustenta en la demostración de los hechos indiciarios y en el enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la buscada. Por ello, la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal.

No. Registro: 171,660 Jurisprudencia, Materia(s): Penal,, Novena Época,, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta, Tomo: XXVI, Agosto de 2007. Tesis: V.2o.P.A. J/8. Página: 1456.

PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL EN MATERIA PENAL. SU EFICACIA NO PARTE DE PRUEBAS PLENAS AISLADAS, SINO DE DATOS UNÍVOCOS, CONCURRENTES Y CONVERGENTES, DE CUYA ARTICULACIÓN, CONCATENACIÓN Y ENGARCE, SE OBTIENE OBJETIVAMENTE UNA VERDAD FORMAL, A TRAVÉS DE UNA CONCLUSIÓN NATURAL A LA CUAL CADA INDICIO, CONSIDERADO EN FORMA AISLADA, NO PODRÍA CONDUCIR POR SÍ SOLO. En el proceso penal no es dable acoger la falacia de la división, que consiste en asumir que las partes de un todo deben tener las propiedades de éste, y que en el caso se refleja al aislar cada elemento de convicción y demeritar su eficacia o contundencia demostrativa por sí mismo, es decir, considerado aisladamente. Lo anterior es improcedente, cuenta habida que de cada medio de prueba pueden desprenderse uno o varios indicios, signos o presunciones, con un determinado papel incriminador, partiendo de que el indicio atañe al mundo de lo fáctico e informa sobre la realidad de un hecho acreditado, que sirve como principio de prueba, no necesariamente para justificar por sí mismo un aserto, o la verdad formal que se pretende establecer, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido, a base de razonar silogísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí en la mente, para llegar a una conclusión, y es precisamente la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial, que se sustenta en la demostración de los hechos indiciarios y en el enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la buscada. Por ello, la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio -considerado en forma aislada- no podría conducir por sí solo.

Debemos concluir esta apartado de la investigación afirmando que si bien existe en nuestro país la libertad en la valoración de las pruebas pericial y testimonial, y se reconoce la sana crítica y la íntima convicción, sin embargo, esta libertad, no implica arbitrariedad, porque en la doctrina, y en las leyes de la materia, se encuentra debidamente limitada en sus alcances esa libertad, porque como lo dijo R. Garraud, citado por Francois Gorphe. "Cuanto menos haya penetrado la ley en el ámbito de su conciencia, tanto más deben gobernar al juez la razón y la lógica". El progreso en el derecho procesal penal debe tender a reducir lo más posible la porción del empirismo incierto y del subjetivismo arbitrario, dándole a la técnica de valoración de las pruebas, directrices racionales, inspiradas en los modernos métodos científicos.

CAPITULO V

LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LAS PRUEBAS PERICIAL Y TESTIMONIAL

5.1 PERITOS, DIFERENCIA CON LOS TESTIGOS

En este apartado se establecen las diferencias existentes entre peritos y testigos, con el propósito de que se advierta con claridad la mayor eficacia de la prueba pericial, por encima de la prueba testimonial:

1.- Aunque el perito y el testigo se hallan vinculados por las circunstancias de ser ambos órganos de prueba y (personas deponentes), se diferencian fundamentalmente en cuanto:

Perito.- Concepto.- Es toda persona a quien se le atribuye capacidad técnica-científica o práctica en una ciencia o arte.

Las conclusiones del perito inspiran mayor confianza en el juez, por ser un profesional, científico leal, por su investigación de la verdad, por su juramento, por su examen concienzudo y sincero, su fidelidad. A diferencia del testigo, el perito es llamado por el juez. El testigo se ofrece.

a).- Mientras el testigo narra hechos, el perito hace valoraciones y expone juicios.

b).- La declaración testimonial debe versar sobre hechos pasados, y el dictamen pericial, en cambio, puede tener por objeto la comprobación y enjuiciamiento de hechos pasados, presentes y futuros.

c).- El testigo narra juicios formados fuera del proceso penal, porque declara acerca de hechos percibidos fuera y con independencia del proceso; el perito expone juicios formados en el proceso, por lo que informa sobre juicios o comprobaciones realizadas con motivo de aquél y a raíz de un específico encargo judicial.

d).- En virtud de la especial relación que generalmente tiene el testigo con los hechos es, como regla, insustituible, al tiempo que el perito es, por el contrario, sustituible o fungible, en tanto sus conocimientos son comunes a todas aquellas personas que componen el sector de su especialidad técnica.

e).- El perito tiene como objeto el de formar juicios en el proceso penal, y encuentra su fuente en la necesidad de ayuda a la autoridad en el conocimiento de la verdad. Porque es el juez quien pide consejo y por eso acude a la ayuda del juicio ajeno, pero no renuncia al juicio propio; el juez juzga sobre una materia que no conoce. La función del perito es ayudar a decidir, como experto en determinada materia.

f).- El perito interviene en el proceso penal a raíz de un encargo judicial.

g).- El perito es un auxiliar técnico de los tribunales en determinadas materias.

h).- El dictamen del perito constituye una opinión técnica ilustrativa sobre cuestiones técnicas que requieren conocimientos especializados.

i).- El perito proporciona al juzgador elementos para orientar su criterio en materias que desconoce. Por ello las pruebas periciales son de carácter ilustrativo y orientador, pero no vinculatorio.

j).- El perito requiere conocimientos especiales. El testigo no.

k).- Perito y testigo difieren en razón de la fuente del conocimiento.

l).- La prueba pericial se justifica por la frecuente complejidad de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen la cuestión debatida en el proceso penal.

ll).- El perito es un auxiliar de la justicia, auxiliar del juez y un medio de prueba.

El perito, de hecho, en cuanto refiere cosas que ha percibido, es un testigo; y así, para que sus declaraciones sean aceptables en justicia, éstas y quien las produce deben estar adornadas de aquellos caracteres que hacen idóneos al testigo y al testimonio. Aunque el testigo narre cosas ya pasadas, y el perito se refiera a las presentes, y aunque en aquél no se exige una ciencia o arte especial, y en éste sí, no por eso hay entre ambos una diferencia esencial; realmente la exigencia de la ciencia y del arte en general y espontánea con relación a toda la prueba testimonial, pues el testigo sólo prueba respecto de aquello que sabe y hasta donde sabe.

Una diferencia esencial entre el perito y el testigo estriba más bien en lo siguiente: en que es lícito al primero, y no al segundo, *el juicio del hecho*, si no sobre el crimen total, a lo menos acerca de circunstancias muy influyentes. El testigo no puede más que considerar un hecho dado a cuya realización ha asistido; el perito, en cambio, puede inducir lo ocurrido y la significación, siendo en tal función como una especie de jurado.

En la prueba directa el testigo y el perito son la misma cosa: consignan aquello que por sus propios sentidos ven o de otro modo perciben; en la indirecta, en cambio, mientras el perito mismo infiere, el testigo no puede hacerlo; el juez es quien por él induce el indicio.

La verdadera diferencia entre el dictamen pericial y el simple testimonio no afecta a los mismos como pruebas directas, sino como pruebas indirectas; y es que si bien se mira, la inducción es una función judicial; ocurriendo que, cuando el perito induce, desempeña oficio que le ha delegado el mismo juez, por lo que se debe considerar como su delegado.

Sin embargo entre peritos y testigos existen algunas coincidencias que a continuación anotamos:

- 1.- Son citados de la misma forma.
- 2.- Tienen las mismas obligaciones y causas de excusa y recusación e impedimento. Artículo 192 del Código de Procedimientos Penales.
- 3.- Ambos tienen obligación de declarar, con las mismas excepciones de esta obligación.
- 4.- Ambos tienen el deber de conducirse con verdad e imparcialidad.
- 5.- Ambos pueden incurrir en responsabilidad administrativa y penal.
- 6.- Ningún testigo podrá ser perito, excepto cuando le consten los hechos. Como lo prevé el artículo 186 del Código de Procedimientos Penales.
- 7.- Ambos peritos y testigos pueden incurrir en el delito de falsedad.

5.2 LA PRUEBA TESTIMONIAL COMO EXPRESIÓN DE LO ADVERTIBLE A TRAVÉS DE LOS SENTIDOS, EN CONTRAPOSICIÓN A LA PRUEBA PERICIAL QUE NO REQUIERE DE LA EXPERIENCIA SENSITIVA.

El título de este apartado nos señala una de las grandes diferencias que existen entre las pruebas testimonial y pericial, pero ahora habrá que explicarlo abundando en ello, y concluyendo con una aportación nuestra en el sentido de porque se hace necesario en nuestros tiempos poner en más practica la prueba pericial y que los procesos penales, dejen de sustentarse en la prueba testimonial

que es más falible y fácil de contaminar, inducir, viciar y llevar grandes injusticias para los justiciables.

Empecemos diciendo que “...las diversas funciones entre testigo y perito se presentan de modo evidente ante la simple observación de la realidad, el testigo es una persona que relata lo que ella mismo hizo y, más frecuentemente, relata acontecimientos, que suministra datos de hecho o refiere representaciones de cosas percibidas con sus propios sentidos, y que cualquier persona normal, situada dentro de las mismas condiciones, habría percibido o podido percibir, en resumen, es la persona que refiere lo que sabe. En este caso, las aptitudes comunes de percepción, propias del hombre, son idóneas y suficientes y se aplican a percibir y recibir hechos, igualmente comunes, porque son perceptibles simplemente por la generalidad de los hombres. El testigo transmite al juez lo que cualquiera puede conocer con las facultades comunes y corrientes del hombre, y que él, por circunstancias especiales del momento, estuvo en condición de percibir. El testigo transmite al juez el resultado de sus percepciones y le suministra el dato de la realidad...”⁵⁵

En lo referente a la regulación legal del procedimiento referido a los testigos, se encuentra descrito en los artículos 189 al 216 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sin que se transcriba el contenido de dichos numerales, porque no es el objetivo de este trabajo de investigación.

“...Distinta y más compleja es la función del perito, ya que este le transmite al juez el conocimiento de lo que no saben sino los especialistas, o que no puede ser percibido y conocido sino mediante la posesión de nociones o reglas técnicas especiales de arte o de ciencia, y que aquel no puede llegar a conocer sino valiéndose de este medio; el perito le suministra al juez los conocimientos técnicos para conocer interpretar y explicar el objeto de prueba, o la noción misma de tal

⁵⁵ FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales. Ob. cit. p. 202.

objeto en su aspecto técnico, esto es la noción técnica del objeto o de la cosa, además le transmite al juez los principios de su ciencia o arte...”.⁵⁶

El perito examina la cosa, el lugar, la persona, el cadáver, su actividad se traduce en la comprobación de hechos concretos; incluso su actividad se asemeja a la del juez, pues sus percepciones son científicas; el perito suministra al juez su propio juicio en su dictamen, en lo que se concreta la función de juzgar, pero con conocimientos técnicos.

El testigo solo requiere de conocimientos comunes, por lo mismo puede decirse que el testigo lleva al proceso penal los conocimientos de hechos comunes para cuya percepción bastan las aptitudes ordinarias del hombre.

Mientras que el perito es el órgano que aporta al proceso penal hechos específicos, para cuya percepción se requieren conocimientos científicos, el testigo tan solo requiere haber percibido con los sentidos esos hechos que narra.

El testigo narra, el perito valora.

La declaración testimonial debe versar sobre hechos pasados, el dictamen pericial, en cambio puede tener por objeto la comprobación de hechos pasados, presente y futuros.

El testigo declara acerca de hechos percibidos fuera del proceso penal; el perito informa sobre juicios o comprobaciones realizadas, con motivo de aquél, a raíz de un encargo judicial.

El testigo es insustituible en relación a los hechos, el perito es por el contrario, sustituible o fungible, porque sus conocimientos son comunes a todas aquellas personas que componen el sector de su especialidad.

Los peritos tienen derecho a percibir honorarios, los testigos no.

⁵⁶ FLORIÁN, Eugenio, De Las Pruebas Penales, Ob. cit. p. 202.

5.3 EL SABER ESPECIALIZADO QUE REQUIERE LA PRUEBA PERICIAL EN CONTRASTE CON LA PRUEBA TESTIMONIAL EN SU ASPECTO DE INFORMES VERBALES DE TESTIGOS CON CAPACIDAD RETENTIVA.

Para el gran jurista Jeremías Bentham, en su obra “Tratado de las Pruebas Judiciales”, señala: “...solo en cuatro casos el juez puede fallar, por su propio conocimiento y sin necesidad de otras pruebas: a) cuando el juez es testigo inmediato del hecho; b) cuando no hay testigo por una ni por otra parte pero se hallan establecidos los hechos por la admisión de las partes; c) cuando los hechos son demasiado notorios y no necesitan de una prueba especial; y d) cuando los hechos son reputados por falsos por la sola base de su improbabilidad...”.⁵⁷

Fuera de estos casos, el juez necesita de las pruebas para que su resolución, no solo sea justa, sino que lo parezca, o como dijo el doctor Miguel Ángel Aguilar López, en una de sus clases que me impartió en esta escuela, “la resolución debe ser justa y tener la envoltura de legalidad”.

Para ello, es necesario el saber especializado que requiere la prueba pericial, porque resulta claro que “...el presupuesto de la pericia es la insuficiencia técnica del juez o de las partes.”⁵⁸

Vale la pena aquí aclarar la relación entre técnica y ciencia, que es también una relación circular como la que existe entre el *hacer* y el *saber*; la ciencia es el descubrimiento y sistematización de leyes, la técnica es la aplicación de éstas, por ello el juez también es un técnico, porque no solo debe conocer las leyes del derecho, sino que debe saber aplicarlas; pero cuando se trata de aplicar las leyes mediante un proceso penal, se plantean problemas que requieren de la prueba pericial, que van más allá de los límites del derecho, por ejemplo, la valoración de

⁵⁷ BENTHAM, Jeremías, Tratado de las Pruebas Periciales, Editorial Ángel Editor, México, 2000, p.537.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. Principios del Proceso Penal, Ob. cit. p. 222.

la gravedad de una herida; la causa de la muerte de una persona, estos problemas requieren del conocimiento y aplicación de los conocimientos que pertenecen al vasto mundo de la medicina; y así el juez necesita de los expertos en muchas materias, como por ejemplo, de ingeniería, de química, de medicina del trabajo, de psicología, de psiquiatría, de arquitectura, etc..

“...El perito esta sujeto al juicio del juez, quien puede seguir o no su parecer; esta superioridad del juez sobre el perito es indiscutible; pero también es verdad, que para juzgar el consejo del perito, el juez deberá saber aquello que no solo no sabe, sino que con el llamamiento del perito confiesa no saber...”⁵⁹

Con lo anterior no queremos decir, que no haya casos en los que la mejor prueba, es examinar a los testigos e interrogarlos bajo las más severas formas, lo que pondrá de manifiesto su incapacidad, su demencia o su mala fe; demostrará si son impostores, pronto se les verá titubear y contradecirse. Pues el testimonio debe tener dos cualidades para que conduzca a una buena decisión; debe ser exacto y completo, que nada contenga que no sea verdad.

Pero el testigo con capacidad retentiva, incluso puede ser inexacto, en forma deliberada, porque sabe de su influencia sobre el éxito o no del proceso penal; puede incurrir en falsedad, porque actúa con temeridad; puede ser imprudente o temerario; puede entrar en confusión, por efecto de su incapacidad o de la ignorancia del lenguaje jurídico; en todas estas imprecisiones puede incurrir un testigo de buena o de mala fe, aún cuando tenga capacidad retentiva.

Cuando existe mala fe en el testigo, se conduce con una voluntad perversa de obrar en contra de la ley, tal voluntad procede de una intención fraudulenta, una voluntad que es necesario combatir, porque en la mayoría de los procesos penales, se valen de la prueba testimonial, y en la mayoría de ellos, el testigo se conduce con intención fraudulenta, viciada, inducida y contaminada; por ello el

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco, Principios del Proceso Penal, Ob. cit. p.224.

proceso penal, debe superar el uso de esta prueba, y evolucionar al uso de la prueba científica.

5.4 LA PRUEBA PERICIAL AL SERVICIO DE LA JUSTICIA ANTE LA NECESIDAD DE CONOCIMIENTOS TÉCNICOS A DIFERENCIA DE LAS SIMPLES APRECIACIONES SUBJETIVAS DEL TESTIGO.

Una gran división entre estas dos pruebas, que son el objeto de estudio en este trabajo, es “testigos y auxiliares de la justicia”, el perito juzga, esto es emite juicios; a diferencia del testigo que emite declaraciones que son producto de simples apreciaciones propias del testigo; “...cuando damos fe al dicho de un testigo, es porque juzgamos que no han podido engañarle sus sentidos, le creemos bajo su simple afirmación; lo cual no es así con respecto al perito, quien deberá hacer explicaciones de las leyes de su ciencia...”⁶⁰

El testigo depone aisladamente; el perito puede reunirse con otros expertos, incluso al perfeccionar la prueba pericial, puede realizarse la junta de peritos, y en ella discutir los puntos en contradicción, los cuales de persistir habrá que designar el perito tercero en discordia; sin embargo existen muchos procesos penales, en los que se requiere una solución científica, que es necesaria para pronunciar la sentencia y resolver con justicia, de modo que el juez pueda resolver si se ha cometido o no ese delito, y en su caso aplicar la pena correspondiente; para que el juez tenga convicción en las palabras del perito, y su dictamen sea la base de la sentencia; éste debe reunir los siguientes requisitos:

- a) “...Que el perito posea los conocimientos especiales requeridos, para manifestar la verdad.
- b) Que el perito investigue con mayor cuidado la verdad, porque de lo que de él se espera es un examen concienzudo y sincero.

⁶⁰ ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Ob. cit. p. 198.

- c) Que no oculte cosa alguna de lo que se haya observado.
- d) El juez tiene en cuenta su ciencia y educación práctica, y después de haber descubierto los hechos, hará exacta aplicación de ellos, y sabrá deducir las consecuencias que la razón y la ciencia le autorizan.
- e) Que las conclusiones del perito inspiren confianza, porque el juez observa en ellas el resultado de un detenido examen.
- f) La humanidad del perito es muchas veces una nueva y poderosa garantía...”.⁶¹

Es indudable que nuestro sistema penal se encuentra en crisis, debido a la autolimitación de sus horizontes; “...hoy en día el temor se ha apoderado de las sociedades altamente criminalizadas, donde impera la inseguridad social y el temor generado por las altas tasas delincuenciales tienen que ser afrontadas...”;⁶² las ciencias en general han progresado, menos la ciencia penal, y mucho menos el procedimiento penal mexicano; por lo que se debe construir una legislación realista, cuyos contenidos fueren extraídos de la vida cotidiana y de la realidad social, donde se ponga la prueba pericial o científica al servicio de la justicia, la cual requiere ser auxiliada por expertos científicos, que desentrañen la verdad en la delincuencia moderna; por lo que el procedimiento penal debe dejar de estar apoyado en simples conjeturas y apreciaciones subjetivas de testigos.

...”Los testigos aún perteneciendo a diversas clases sociales, preparación, edad, motivaciones personales, sin embargo todos pueden ser mendaces; violando el juramento de decir verdad y en fraude a la justicia...”⁶³

La valoración del testimonio, no puede realizarse sin el auxilio del perito psicólogo. Ello debe hacerse siempre, que por la índole de las declaraciones y la personalidad del testigo, se presuma la necesidad de un examen psicológico o hasta psiquiátrico. El cúmulo de influencias a que está cometido el testigo,

⁶¹ ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Ob. cit. p. 199.

⁶² RENÉ BODERO, Enrique, Relatividad y Delito, Editorial Temis, Bogota Colombia, 2002, P. 119.

⁶³ ADIP, Amado, Prueba de Testigos y Falso Testimonio, Ob. cit. p. 23.

cualquiera que sea su formación intelectual o social, ha determinado en el mundo contemporáneo, el incremento de los estudios de psicología jurídica.

Desde hace varios años, la psicología jurídica ha puesto de relieve las dificultades que se presentan en la valoración del testimonio, cuando de la personalidad del testigo se trata. A las fases de la íntima convicción y de la prueba legal o tasada, debe seguir la prueba científica; por ello, el procedimiento penal actual y del futuro, deberá dar preferencia a la prueba científica, porque ofrece mayores garantías de seriedad y eficacia probatoria.

Lo anterior es una exigencia del mundo moderno, y en especial del Distrito Federal, que reclama justicia rápida, segura y eficiente.

La evolución histórica del procedimiento penal, demuestra que los sistemas clásicos de prueba, van cediendo en importancia, ante la elaboración científica o pericial de la prueba; sin embargo, la psicología judicial encuentra dificultades para aclimatarse entre nosotros, porque la universidad la deja al lado y los tribunales se desinteresan de ella.

“...Por ello, debemos ser partidarios del examen mental del testigo, en casos en que se sospeche que sus declaraciones entran en el marco de lo intelectual patológico. Pues las falsas interpretaciones son más peligrosas cuando más verosímil es su apariencia, y han producido numerosos errores judiciales...”⁶⁴

El testigo no sujeto a error, no existe, y puede incurrir en error voluntario o involuntario, pero de cualquiera de las dos formas, constituye un grave peligro, tanto mayor cuanto más grave es la habilidad del testigo para disfrazar la mentira con apariencia de verdad.

⁶⁴ ADIP, Amado, Prueba de Testigos y Falso Testimonio, Ob. cit. p. 62.

Un trastorno sensorial, una disfunción en las esferas intelectual-eectivo-volitivas del individuo, puede hacerle estimar equivocadamente las circunstancias de tiempo, hora, lugar, especio, calidades, cantidad, velocidad y otros elementos relativos a los hechos que han caído bajo su dominio de sus sentidos.

Lo anterior, justifica la necesidad de una construcción científica de la crítica del testimonio, para desentrañar la índole de las motivaciones del error de percepción o de apreciación, al mismo tiempo establecer que grado de verdad existe en las declaraciones del testigo. Porque no basta prevenir para que el testigo no engañe al juez, sino que es necesario que el testigo mismo no se haya engañado.

Para resolver este problema, la psicología ha ideado un examen mental del testigo, con el cual se puede determinar el grado de veracidad de sus declaraciones y su aptitud intelectual.

Es necesario purgar los vicios del sistema de enjuiciamiento, porque ya no es suficiente la lógica y la experiencia de la vida en la valoración de las pruebas, y tomando como ciertas las declaraciones falsas, se ha sentenciado en contra de la verdad real y en perjuicio de la parte a la que asiste el derecho.

La prueba de testigos, representa un serio obstáculo al conocimiento de la verdad legal por parte del juez; porque la confianza en la palabra humana es una cándida ilusión; los testigos más serios cometen múltiples errores, pues la regla es el error y no la verdad; por lo tanto no puede darse fe ciega a este medio de prueba.

“...Los principios de la sana crítica, la lógica judicial y la experiencia de vida, no son suficientes para valorar las pruebas, y menos la testimonial, es indispensable apelar a un método psicológico; en otro aspecto, el dominio de la lógica no es igual para todos los jueces; y a veces falla el mecanismo que le hace funcionar; y esa falla puede provenir de un error de apreciación de la prueba, como de una fatiga intelectual del juzgador, cuando no de su estado de ánimo, que a veces no

tiene relación con su función, sino con su vida íntima, pero que influye decisivamente en su actuación pública...”⁶⁵

A lo anterior, debe agregarse, el hecho objetivo de que el hombre de hoy está sometido a tremendas presiones psicológicas y síquicas; traumatizado por una serie de problemas propios y de su comunidad. Se siente cada día más solo, más huérfano de protección, más impotente frente al Estado. Advierte que el mundo se materializa a pasos agigantados y que son enemigos invencibles, los vicios, las drogas, la delincuencia organizada; tiene miedo a enfermarse, a perder el trabajo, miedo a perder el pan de sus hijos; su vida es permanente incertidumbre; sale de su casa al trabajo y retorna más cansado; lo agobian los problemas económicos, las cargas fiscales, los ruidos, el aire contaminado, el encarecimiento de los medicamentos. Y este hombre es el testigo de nuestros días. Por ello, no bastan, ni la lógica, ni la experiencia de la vida, ni la experiencia judicial (que para cada juez es distinta), para valorar las declaraciones del testigo; sino que es necesario un método más moderno de administrar justicia, al valorar los testimonios, que corresponda con el complicado mecanismo humano del hombre de nuestros días.

La prueba pericial es en verdad, uno de los medios más eficaces puesto a disposición de los tribunales.

5.5 LOS MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE ALLEGAN EL CONOCIMIENTO:

5.5.1 LA PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial se justifica por la complejidad de los hechos que constituyen el presupuesto para la aplicación de las normas jurídicas. Las consecuencias de un delito no se pueden establecer, sino por expertos; el juez tiene incapacidad para determinarlos. La peritación comprende personas, hechos y objetos. Puede haber tantas clasificaciones de peritación como especialidades existen.

⁶⁵ ADIP, Amado, Prueba de Testigos y Falso Testimonio, Ob. cit. p. 68.

El perito verifica hechos que requieren conocimientos especiales; suministra reglas técnicas o científicas de su experiencia, para formar la convicción del juez, para que pueda apreciarlos. El perito aconseja; quien pide consejo acude al juicio ajeno. El juez debe juzgar sobre materias que no conoce.

“...La prueba pericial debe versar sobre hechos controvertidos que requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada; la propuesta del perito debe realizarse proponiendo la profesión, especialidad y puntos de pericia...”⁶⁶

Al juez solo se le exige que sea un técnico en derecho, más no en otras ciencias. El dictamen involucrará en su contenido, dos tipos de expresiones del experto; una describiendo hechos, cosas, personas o circunstancias, referidas comúnmente al objeto de la peritación, a la explicación de las operaciones y diligencias efectuadas o al hallazgo de ciertas particularidades relevantes; las otras serán las atinentes a su elaboración intelectual, las que partiendo de aquellas verificaciones le permiten obtener, conforme los principios de su ciencia, una determinada conclusión...”⁶⁷

Las conclusiones del perito serán más confiables cuando se vean armoniosamente corroboradas con el resto del material probatorio incorporado a la causa; cuando concuerde con el dicho de los testigos, documentos y demás constancias. De esta nota podemos ver que el perito también tiene como fuente de su dictamen la información que conforma el expediente del proceso penal.

⁶⁶ M. FALCON, Enrique, Como se Ofrece y se Produce la Prueba, Segunda Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995. p. 55.

⁶⁷ JAUCHEN M., Eduardo, Ob. cit. p. 223.

El perito puede estar facultado por el juez para que consulte el expediente o asistirá a la realización de actos procesales, lo que hace más confiable su dictamen. Aunque algunos autores señalan que debe haber prohibición para que el experto conozca las declaraciones de los acusados y testigos, que existan con anterioridad a su dictamen, porque ello podría sugestionarlo y hacer que se conduzca sin objetividad en su labor. Sin embargo nosotros consideramos que el perito sí debe realizar un análisis de las demás pruebas glosadas en el expediente, pues provocará que se forme su propia convicción sobre el hecho, lo cual no necesariamente debe coincidir con las conclusiones de su dictamen, sin embargo será el juez en que considere en que casos debe autorizar la consulta del expediente y en que casos no.

Por ello, la persona dedicada a la función de perito, que tiene sus sentidos sanos y sana la mente, que ha observado atentamente, que tiene la ciencia y la experiencia necesarias y que no tiene interés en mentir, debe ser creída, y lo que tal persona prueba, debe ser como si el juez lo comprobara.

Se requiere una "...sabia y prudente legislación que aumente el número de casos en que imponga como una necesidad la intervención de la prueba pericial...".⁶⁸

En la instrucción de un proceso se tiene que tratar tanto lo que prueba la inocencia, como lo que prueba la culpabilidad, y no se podrá pronunciar un juicio exacto, sino se poseen todos los medios de prueba suficientes para fundarlo; pues la argumentación no puede ser justa cuando no se tienen todos los elementos que la justifican; así en la práctica se han dictado sentencias injustas por falta de pruebas claras e idóneas para la investigación de la verdad; pero resulta peligroso cuando se llega a la sentencia, donde se supone la completa comprobación de todas las circunstancias del delito, afirmativas y negativas, principales y accesorias.

⁶⁸ ELLERO, Pietro, De la Certidumbre de los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal, Ob. cit. p. 170.

No debe perderse de vista lo frágil de algunos medios de prueba, como la prueba testimonial, a través de la cual buscamos la verdad; por ello resulta que es necesario que en el proceso penal se recaben pruebas suficientes y científicas para acreditar la inocencia o la culpabilidad de las personas llevadas a juicio; pues de otro modo resulta que un hecho es verdadero y falso al mismo tiempo.

5.5.2 LOS MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE ALLEGAN EL CONOCIMIENTO LA PRUEBA TESTIMONIAL

La fuente de la prueba para el testigo es el hecho mismo investigado, el cual el testigo trata de reproducir ante la presencia del juez. Trasladar un hecho producido a la presencia del juez, tiene como propósito que el juez vea la repetición histórica; para ello es necesario que el medio utilizado sea adecuado.

En toda persona que presencia un hecho delictivo, se fija una imagen que se guarda en su memoria, por ello la prueba testimonial traslada no el hecho, sino tan solo sus huellas o rastros dejados. En consecuencia, el mejor modo para realizar esa traslación, no es la prueba testimonial, sino la prueba científica, que tiene mayores motivos de certeza y genera mayor convicción.

Sin embargo, en los procesos penales, es muy constante la resolución de insuficiencia probatoria, la cual se genera cuando las pruebas practicadas han sido insuficientes porque no han producido el resultado probatorio suficiente, al no haber logrado los testimonios, la certeza sobre el hecho. Como se ha venido afirmando en este trabajo de investigación, “detrás de cada testigo se oculta un enemigo de la verdad y de la justicia”.

El órgano de la prueba es el testigo y el medio de prueba es el testimonio. El testigo relata hechos que percibió por sus sentidos, y su testimonio es la narración de lo que ha visto o sabe. Empero, cuando más viva imaginación tenga, más riesgo corre de caer en inexactitud. Cuando la pasión; cuando el temor lo invade, pasan en silencio hechos que hubiera podido dar a conocer.

Perito y testigo difieren en razón de la fuente del conocimiento. El testigo debe conocer el hecho sobre el que declara. El testimonio debe estar hecho por una persona con uso de razón, con sentidos aptos para percibir las cosas a las que se refiere en su declaración.

¿Cómo podemos creer intachable al testimonio de una persona?, sino hemos investigado en que circunstancias se encontraba al momento del hecho, las circunstancias de su vida, su amor o su odio, su interés en ese proceso, y demás datos que nos harían tener más certeza de su idoneidad; luego entonces, ¿qué de extraño tiene que nos engañe?.

“...Notorios son los errores de los jurisconsultos; imaginemos los de los hombres vulgares, que no tienen practica alguna en esta clase de asuntos...”.⁶⁹ El delito es un hecho complejo, y para tener la certeza de su existencia, esto es, entrar en un estado de ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable, se requieren pruebas claras y contundentes; pues las pruebas son aquellos medios de adquirir certidumbre merced a las huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y de las cosas; la deposición testifical prueba perfectamente, cuando no surge duda respecto de si el testigo se ha equivocado o si quiere engañar. No engaña quien estando provisto del necesario discernimiento y con sus sentidos sanos, ha observado atentamente un hecho. No quiere engañar quien no tiene interés en mentir. Sin embargo ese interés en el testigo surge por muchos motivos; por la esperanza de obtener un beneficio cualquiera

⁶⁹ ELLERO, Pietro, De la Certidumbre de los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal, Ob. cit. p. 224.

que sea; por amor y odio; por sed de venganza, confundida con reclamo de justicia; todas estas causas afectan al testimonio de una persona y lo hacen incapaz en forma absoluta o relativa.

“...Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia, desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como el más fácil y más común de los medios de prueba...”.⁷⁰

Es cierto lo que sostiene Gorphe, en el sentido de que frecuentemente es la única base de las acusaciones, la prueba testimonial, pero “...como pueden depender de ella intereses de consideración, como el honor de un hombre, y quizá su condena..”⁷¹.

La injusticia cometida contra uno solo es una amenaza para todos. Un culpable castigado es un ejemplo para los canallas; pero un inocente condenado es una preocupación para todos los hombres honrados. Cuando se revisa la historia de los errores judiciales, nos sorprendemos de que la mayor parte de ellos, se han debido a testimonios falsos o equivocados.

Por ello, no debe ser permitido que los jueces se engañen con falsos testimonios, que los induzcan a error; el primer deber del juez debe ser comprobar las pruebas; porque sería inexcusable que se sigan aceptando a ojos cerrados; por ello, debe ser una obligación del juez controlar las pruebas, particularmente en materia de testimonios.

La justicia, que debe resolver las más graves cuestiones suscitadas entre los ciudadanos, debe dejar a un lado el empirismo rutinario y superficial empleado en la practica y valoración de la prueba testimonial, y no hay que esperar a los socorros de la experiencia, sino que es preciso prevenir por medio de la ciencia;

⁷⁰ GORPHE, Francois, La Crítica del Testimonio, Ob. cit. p.9

⁷¹ GORPHE, Francois, Idem.

pues es precisamente a la prueba científica a la que hay que recurrir en la investigación de los delitos; porque es claro que el testimonio es viejo como el mundo, pero la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo; con la ayuda de científicos en las materias de Psicología Experimental y de Psicología Clínica, se debe integrar la ciencia del testimonio, y poder apreciar los errores involuntarios y deliberados que se contienen en las más sencillas declaraciones testimoniales que se rinden en los procesos penales.

Una de las razones que tiene la sociedad en esta gran ciudad capital, para desconfiar de la justicia, es porque es sabedora de que bastan dos testigos para inculpar a una persona del delito que sea; sin embargo, si las leyes procesales establecieran la obligación para la autoridad judicial de practicar tanto a los testigos como denunciados y procesados, la prueba psicológica judicial en la que intervengan psicólogos y psiquiatras, cuyos resultados son susceptibles de valoración exacta, quedaría demostrado que el error en el testimonio es la regla y no la excepción, y que la fidelidad del testimonio no depende no solo de las cualidades morales del testigo, sino de numerosos factores, relacionados con su mentalidad, con el objeto de su declaración y con las condiciones de su testimonio; con lo que quedarían al descubierto los múltiples errores a que está sujeto el testimonio, y se disminuiría la confianza excesiva que existe hoy en día, que la justicia tiene en ese medio de prueba.

5.6 DELITOS QUE ÚNICAMENTE SE ACREDITAN SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS A TRAVÉS DE LA PRUEBA PERICIAL.

Para conocer la utilidad e importancia de la prueba pericial, apuntaremos que existen delitos que sólo podrán acreditarse a través de un dictamen pericial, lo que no pueden hacer los testigos con sus declaraciones; por ejemplo en el delito de portación de armas de fuego calibre nueve milímetros, se requiere de un dictamen razonado, en materia de balística e identificación de armas en el que peritos describan las características del arma, su funcionamiento y calibre:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIV, Diciembre de 2001. Pág. 1574. Tesis de Jurisprudencia.

PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO CALIBRE 9 MM. SE REQUIERE DE UN DICTAMEN RAZONADO QUE DESCRIBA SUS CARACTERÍSTICAS PARA QUE SE PUEDA DETERMINAR TÉCNICAMENTE SI SON O NO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONALES. En los casos de portación de armas de fuego calibre 9 mm., dado que las mismas se encuentran referidas tanto en la fracción I del artículo 9o., como en el inciso b) del artículo 11, ambos preceptos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es indispensable que obre en el proceso un dictamen en balística e identificación de armas en el que los peritos describan las características del arma, así como su funcionamiento y calibre, para establecer que se trata no sólo de una pistola calibre 9 mm., sino además si es o no Mausser, Luger, Parabellum, Comando, o un modelo o marca similar a éstas, del mismo calibre; peritaje que habrá de contener los razonamientos en que se basa la opinión de los expertos y las operaciones o experimentos propios de su arte que los llevaron a identificar el arma, a fin de que el juzgador pueda conocerla y ubicarla en el dispositivo legal correspondiente, para determinar si la conducta del sujeto activo configura el delito tipificado por el artículo 81 o el diverso tipo penal previsto por la fracción II del artículo 83, los dos numerales de la citada Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. De no contar con una prueba pericial emitida en estos términos, se está en la imposibilidad técnica de tipificar legalmente la portación ilícita y el acusado queda en estado de indefensión, por el dogmatismo que encierra un dictamen en el que, sin más consideraciones, los peritos se concretan a señalar el artículo de la ley federal especializada de la materia en el que afirman está clasificada el arma examinada.

Es requisito indispensable para la acreditación del delito de venta clandestina de bebidas embriagantes, un dictamen pericial en materia de química que demuestre

el grado de alcohol contenido en esa bebida vendida, porque de otra forma no podrá acreditarse que contiene una graduación mayor de 5 G. L.:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Agosto de 1999. Pág. 632. Tesis de Jurisprudencia.

BEBIDAS EMBRIAGANTES, DELITO DE VENTA CLANDESTINA DE. LA PRUEBA PERICIAL ES LA IDÓNEA PARA ACREDITAR EL ELEMENTO CONSISTENTE EN QUE LA GRADUACIÓN ALCOHÓLICA DE LA BEBIDA SEA MAYOR DE 5º G.L. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN). Uno de los elementos del tipo penal previsto y sancionado en el artículo 234 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán, es el relativo a que la bebida vendida en forma clandestina sea embriagante, considerándose como ésta la que contenga una graduación alcohólica mayor de 5º G.L., de ahí que sea requisito indispensable que obre en la indagatoria correspondiente el dictamen pericial en química que demuestre el grado de alcohol contenido en la bebida afecta, por ser éste el medio de prueba idóneo para tal fin.

En el mismo sentido se ha pronunciado el tribunal judicial, al interpretar la legislación del Estado de Tabasco, para establecer que bebidas son alcohólicas y poder determinar si una bebida es o no alcohólica, y para ello se requiere de un dictamen pericial:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VIII, Noviembre de 1998. Pág. 465. Tesis de Jurisprudencia.

PERICIAL. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR QUE UNA BEBIDA TIENE LA CALIDAD DE ALCOHÓLICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). El artículo 2o., fracción III, de la Ley que Regula la Venta, Distribución y Consumo de Bebidas Alcohólicas en el Estado de Tabasco, establece que bebidas alcohólicas son: "Todos aquellos líquidos potables, que a la temperatura de quince grados centígrados tengan una graduación alcohólica mayor de dos grados Gay Lussac."; por lo tanto, para determinar si un líquido potable es una bebida alcohólica se requiere de un dictamen pericial, que es la prueba idónea para demostrar tal extremo, ya que de no ser así faltaría uno de los elementos integradores del tipo penal previsto y sancionado en el artículo 54 de la invocada ley, en relación con el 55, fracción I, ibídem.

Siempre que surgen cuestiones que por su carácter especial, requieren de un diagnóstico, el órgano jurisdiccional está impedido para darlo por carecer de los conocimientos especiales, es cuando surge la necesidad de la peritación, cuya

función tiene un doble aspecto, por una parte verificar los hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos; y por otra suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del órgano resolutor, como ha continuación lo ilustra la tesis que se transcribe:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVI, Julio de 2002. Pág. 1356. Tesis Aislada.

PERITACIÓN, DOBLE FUNCIÓN DE LA. La doctrina, siendo coincidente con la esencia de las disposiciones legales que regulan la institución de la prueba por peritos o peritación, ha sustentado que ésta (la peritación), es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran argumentos o razones respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente; su función tiene indispensablemente un doble aspecto: a) verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común de la gente, sus causas y sus efectos; y, b) suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente. En ese contexto de ilustración, se estima que la prueba pericial resulta imperativa, cuando surgen cuestiones que por su carácter eminentemente especial, requieren de un diagnóstico respecto de un aspecto concreto o particular que el órgano jurisdiccional está impedido para dar por carecer de los conocimientos especiales en determinada ciencia o arte, de manera que, bajo el auxilio que le proporciona tal dictamen, se encuentra en posibilidades de pronunciarse respecto de una cuestión debatida, dando, por cuanto a su particular apreciación, una decisión concreta.

Debe decirse que existen una serie de delitos que sólo a través de la intervención de peritos en determinada materia podrían acreditarse, y los ejemplos que aquí se han señalado, tan solo tienen el propósito de ilustrar este trabajo, pero sin que sean todos los delitos que requieren de la participación de peritos; así por último, en este apartado, se transcribe una tesis emitida por nuestros tribunales federales, en la que han señalado que para saber si el pulpo capturado en tiempo de veda es maya o vulgar, este conocimiento solo se obtendría a través de la prueba pericial, a fin de que científicamente se determine la especie acuática afecta a la causa:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo III, Abril de 1996. Pág. 496. Tesis Aislada.

VEDA. CAPTURA DE PULPO. DELITO PREVISTO EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 254-BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SU COMPROBACION MATERIAL REQUIERE DE PRUEBA PERICIAL. Conforme a la copia certificada del Diario Oficial de la Federación de tres de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, se declararon en veda diversas especies acuáticas, las cuales se hicieron consistir en las siguientes: "ARTICULO PRIMERO.- Se establece veda para las especies de pulpo (*Octopus maya* y *Octopus vulgaris*) en las aguas litorales de los Estados de Campeche, Yucatán y Quintana Roo, durante el período comprendido del 16 de diciembre al 31 de julio de cada año." De esto se sigue que, para la configuración del ilícito previsto en el segundo párrafo del artículo 254-bis, del Código Penal Federal, es imprescindible que la especie acuática capturada se encuentre legalmente declarada en período de veda, y en el caso específico del pulpo que corresponda a la especie denominada "*Octopus maya*" o bien, a la diversa de nombre "*Octopus vulgaris*", razón por la cual en el caso debe probarse ese extremo de manera fehaciente por tratarse de un elemento constitutivo del tipo; en consecuencia, para demostrar la materialidad de la infracción penal, forzosamente se requiere de prueba pericial, a fin de que científicamente se determine la especie acuática afecta a la causa, pues si bien es verdad que en condiciones de normalidad intelectual y cultural, cualquier persona puede identificar al molusco denominado pulpo, no es menos cierto que en tratándose de una especie del mismo, invariablemente se requiere la opinión de expertos en la materia.

Los dictámenes **periciales** en **materia** de balística e identificación de armas de fuego deben contener, ineludiblemente, las explicaciones técnicas o científicas que ilustren al juzgador, sobre el porqué las armas de fuego calibre nueve milímetros, son similares a las de calibre nueve milímetros Parabellum y/o Luger, estableciendo las particularidades que lleven a establecer dicha similitud como lo sería, por ejemplo, su mecanismo de disparo, sus componentes o su sistema de carga, entre otras. Lo anterior con la finalidad de que el órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de diferenciar y ubicar en su exacta hipótesis legal, en qué casos un arma de fuego del calibre nueve milímetros, es o no restringida para el uso exclusivo de las instituciones castrenses nacionales; lo que ilustra la siguiente jurisprudencia emitida por los tribunales de circuito de la federación:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIV, Septiembre de 2001. Pág. 1250. Tesis de Jurisprudencia.

PRUEBA PERICIAL. AL DICTAMINARSE SOBRE EL CALIBRE DE ARMAS DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DE LOS INSTITUTOS ARMADOS DEL PAÍS, DEBERÁ MOTIVARSE SOBRE SUS CARACTERÍSTICAS AL TRATARSE DE LAS SIMILARES A LA LUGER Y PARABELLUM, COMPRENDIDAS EN EL ARTÍCULO 11, INCISO B), DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LA MATERIA. Del artículo 11, inciso b), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se desprende que las pistolas calibre nueve milímetros, similares a las del tipo Parabellum y/o Luger del mismo calibre, también están sujetas al régimen de uso exclusivo para las Fuerzas Armadas del país. En estas condiciones, los dictámenes periciales en materia de balística e identificación de armas de fuego deben contener, ineludiblemente, las explicaciones técnicas o científicas que ilustren al juzgador, sobre el porqué las armas de fuego calibre nueve milímetros que se periten, son similares a las de calibre nueve milímetros Parabellum y/o Luger, estableciendo las particularidades que lleven a establecer dicha similitud como lo sería, por ejemplo, su mecanismo de disparo, sus componentes o su sistema de carga, entre otras. Lo anterior con la finalidad de que el órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de diferenciar y ubicar en su exacta hipótesis legal, en qué casos un arma de fuego del calibre nueve milímetros, es o no restringida para el uso exclusivo de las instituciones castrenses nacionales, toda vez que el diverso artículo 9o. de la ley de la materia, también contempla en su primera fracción el calibre nueve milímetros (.380") como para ser utilizado bajo el amparo de la expedición de una licencia para portar o poseer armas de tal calibre, en los términos que fija la propia ley. Así pues, si el tribunal responsable no ponderó bajo este contexto el dictamen experticial practicado al arma de fuego afecta, es indudable que debe concederse la protección constitucional que solicita el quejoso, al no haber quedado establecido con exactitud, si el arma de que se trata era o no de uso exclusivo para el Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

En los procesos penales, de ordinario, se presentan cuestiones de origen técnico para cuya aclaración requieren el concurso de uno o varios especialistas en el campo que sean capaces de ofrecer a los tribunales una opinión técnica que, en muchos casos resulta indispensable para esclarecer aspectos fundamentales del proceso de que se trate. De ahí que tales informes resulten necesarios, por ejemplo, cuando se trate de informes médicos sean estos relativos a lesiones corporales o al estado mental del imputado en un caso determinado; igualmente tales pericias son necesarias en materia química toxicológica, en caso de accidentes de tránsito, para identificar las huellas dactilares, las experticias de armas y proyectiles, la búsqueda de falsedades documentales.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Debe ser obligatorio el examen psicológico de personalidad, no sólo para acusados, sino también para denunciantes y testigos de los hechos, para que la autoridad que deba valorar la prueba testimonial, esté en condiciones de conceder o negar valor probatorio; con lo cual quedarían al descubierto los múltiples errores que presenta el testimonio y se disminuiría la confianza excesiva que existe hoy en día en ese medio de prueba.

SEGUNDA.- En nuestro proceso penal, se debe dar mayor credibilidad y generar mayor convicción, a la prueba científica o pericial, que a la prueba testimonial, debido a los grandes vicios y contaminación que presenta actualmente el testimonio; se puede asegurar que no existe un testigo que no mienta en alguna parte de su declaración, por ello debe ser un medio probatorio carente de idoneidad para la búsqueda de la verdad.

TERCERA.- Se debe transitar de la prueba rudimentaria y empírica que es la prueba testimonial, tan vieja como la humanidad, a la prueba científica a la que hay que recurrir en la investigación de los delitos; porque es claro que con la ayuda de científicos en las materias de Psiquiatría, Psicología Experimental y de Psicología Clínica, se debe integrar la ciencia del testimonio, y poder apreciar los errores involuntarios y deliberados que se contienen en todas las declaraciones testimoniales que se rinden en los procesos penales.

CUARTA.- Para hallar los errores, las ilusiones de las percepciones sensoriales, de la memoria, y de la asociación de ideas, los procesos penales, deberán apoyarse en ciencias como la medicina legal, psiquiatría legal, psicología judicial y criminalística, cuyos dictámenes deberán ser emitidos por peritos oficiales en forma oficiosa, para descubrir la verdad bajo las sombras que la obscurecen.

QUINTA.- Se debe transitar de la cultura de la mentira (que hoy impera), a la cultura de la verdad, porque el error privado hace al error público. Pero debe apuntarse que la crítica del testimonio no es necesaria, más que cuando la prueba del hecho o de la culpabilidad depende del valor del testimonio.

SEXTA.- Cuando el testigo se aleja de su fuente real, el testimonio contiene menos verdad, por ello, se deben desestimar los testimonios que no ofrezcan suficiente garantía de credibilidad y de sinceridad, esto es, cuando al testigo no se le hubieren practicado los estudios de psicología o psiquiatría judicial.

SÉPTIMA.- El proceso penal, que tiene como propósito la búsqueda de la verdad de un hecho, debe tener como base la prueba científica para partir de silogismos reales y arribar a conclusiones verdaderas, recobrando de esta manera, la confianza de la sociedad en su sistema de justicia penal.

C O N C L U S I O N E S

1.- La prueba es el núcleo central de la investigación, de ella depende que se verifique la verdad o falsedad de un hecho investigado. El procedimiento requiere de la prueba, y la prueba necesita del procedimiento para objetivarse. La prueba va a unir al derecho con un hecho delictivo. El procedimiento es el puente que permite el tránsito de lo jurídico hacia lo fáctico. Por ello, el proceso es una herramienta de prueba. El término “prueba”, no es exclusivo del derecho procesal penal, sino más bien corresponde a la teoría del conocimiento científico, y por consiguiente a todas las ciencias integradoras del saber humano.

2.- El proceso penal en el Distrito Federal, se encuentra viciado, y uno de estos vicios es que se investiga, a través de la prueba testimonial, pero los órganos del cuerpo humano destinados a la percepción, pueden tener numerosas causas de perturbación, que no necesariamente consisten en que el órgano falte, sino en que el órgano existe pero es defectuoso, y afectan al resultado de la percepción, lo que trae como consecuencia, una gran diferencia de lo sucedido con lo percibido por una persona y por otra. Lo anterior hace necesario examinar las diversas facultades de percepción del individuo que presta testimonio para conceder o negar valor probatorio.

3.- Observar bien significa tener percepciones que correspondan a la realidad, pero cada uno percibe por su cuenta y como puede, según sus medios. Para apreciar la percepción del testigo, es menester tener en cuenta, las condiciones subjetivas en que se encuentra, ya sea con respecto a sí mismo, o en relación con el desarrollo del acontecimiento; se debe tener en cuenta el ánimo en que se encuentra la persona, en relación con ella misma o respecto al objeto de la percepción, como son la preocupación, el estado de dolor o de alegría, la somnolencia, el interés personal en el hecho, la emoción que el hecho suscita en su ánimo, todos los cuales tienen gran trascendencia en el valor del testimonio.

4.- Existen perturbaciones en los órganos de la percepción, si se trata de objetos simples o complejos los observados, aunado a que cualquier individuo puede ser víctima de ilusiones que son un síntoma muy común de las psicopatías y se vinculan con la vida normal del espíritu, así el hombre más sano puede ser víctima de errores de sentido. Se deben añadir circunstancias objetivas, como son la hora, si fue de día o de noche, la distancia, la presencia de espectadores, si llovía o estaba soleado, y toda esta serie de obstáculos pueden entorpecer y hasta invalidar por completo el origen del testimonio. En relación a la retención y evocación de la percepción; para que la percepción recibida pueda ser comunicada a otro, es necesario que se conserve en la memoria, lo cual se hace a través de la función de la memoria, y su reproducción en forma de recuerdo, la referencia del recuerdo con el pasado y con la localización en el tiempo.

5.- En el proceso penal debe ponerse en práctica la peritación psiquiátrica y psicológica, no solo a los procesados, sino también a los ofendidos y testigos, porque interesa conocer no solo a los locos bien definidos, sino también a los individuos que parecen no serlo, porque de esta manera se tendrían mayores herramientas para valorar los testimonios y concederles o negarles crédito, a través de la práctica del peritaje de credibilidad o peritaje mental.

6.- Todo lo relacionado con la cuestión probatoria, se vincula de modo estrecho con la idea de lo que se entiende por verdad y los modos de alcanzarla, lo que responde a los paradigmas de cada época, y se vincula estrechamente con los procedimientos judiciales que, como fenómenos culturales, reflejan en sus relaciones de poder el sistema que otorga legitimidad y aceptación a las decisiones en las que culminan. Existe una íntima vinculación entre los modos de resolver judicialmente un conflicto con los criterios socialmente admitidos para tener por cierto un hecho. Estas prácticas judiciales, revelan relaciones entre el hombre y la verdad. Sin embargo existe una manera muy singular de producir la verdad que es la indagación, la comprobación y la verificación, la cual no se alcanzara si no es a través de la prueba pericial o científica.

7.- Es necesario el apoyo de la prueba científica en el proceso penal, para conocer la verdad, porque los principios ordinarios de la lógica, que se aplican en las decisiones judiciales, son insuficientes para discernir lo verdadero de lo falso. La verdad es la identidad entre el conocimiento y su objeto. El objeto es la incógnita a despejar por medio del sujeto (testigo). Sin embargo en nuestros tiempos, la prueba testimonial, ya no es suficiente para conocer la verdad de hechos tan complejos.

8.- En nuestra ciudad, se aproxima la implantación de la reforma constitucional, en la que se prevé el juicio adversarial oral, y conforme a la regla llamada “oralidad del testimonio”, que permite la observación directa del testigo, y es el medio más natural, más simple y rudimentario para apreciar la sinceridad, se ha creído que sólo colocando cara a cara al juez y los testigos, brotaría la verdad, donde el juez podrá así darse cuenta de la calma o de la turbación del testigo, de su acento sincero o de la escasa convicción de su confesión, de la seguridad o de las vacilaciones de sus afirmaciones, sin embargo estos elementos requieren de una interpretación, lo cual sólo podrá hacer un experto en la materia. Pues el juez no es un adivino que escrute en los corazones y penetre en los pensamientos de las personas.

9.- Los dictámenes deberán hacerse a toda clase de testigos y denunciados, para medir la atención, sugestión, capacidad de percepción, de memoria, de comprensión, de imaginación y de valoración del testigos, sobre todo de objetos relacionados con el hecho investigado, y conocer así los factores que influyen en la capacidad del testigo, y una vez que se conozca su capacidad intelectual, habrá que medir sus disposiciones afectivas, como son su interés en el asunto, su simpatía con las partes, su emoción y pasión, que son factores muy importantes para conocer la veracidad del testimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal Mexicano.- Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

ANTON MITTERMAIER, Karl Joseph, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Traducción al castellano por Primitivo González del Alba, Fabián J. Di Plácido Editor, República de Argentina, 1999.

ADIP, Amado, Prueba de Testigos y Falso Testimonio, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1995.

BENTHAM, Jeremías.-Tratado de las Pruebas Periciales.-Editorial Ángel Editor 2000, México, Distrito Federal.

CLIMENT DURÁN, Carlos, La Prueba Penal, Editorial, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, México, 1989.

CARNELUTTI, Francesco, Principios del Proceso Penal, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires Argentina, 1971.

CANALES PICHARDO, Víctor Manuel, Análisis de la Prueba Pericial, Tomo I, Filiberto Cárdenas Uribe, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, Vigésimo Cuarta Edición, México, 2010.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, Vigésimo Cuarta Edición, México, 2010.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Procoelsa, Colección “Leyes y Códigos Tematizados”, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2009.

Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Novena Edición, México, 1996.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, Cuarta Edición, México, 1991.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de Pruebas Judiciales, Edit. Temis, Bogota, Colombia, 1969.

ELLERO, Pietro, De la Certidumbre de los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal, Traducción de Adolfo Posada, Séptima Edición Española, Editorial Reus, Sociedad Anónima, España 1980.

FLORIAN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I, Tercera Reimpresión de la Tercera Edición, Editorial. Temis, Sociedad Anónima, Colombia 1998.

GONZÁLES SALAS CAMPOS, Raúl, La Presunción en la Valoración de las Pruebas, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

GORPHE, Francois, Apreciación Judicial de las Pruebas, Segunda reimpresión de la primera edición, Editorial Temis, Sociedad Anónima, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998.

IRRAGORRI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, Editorial Temis Librería, Bogotá- Colombia, 1983.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1995.

M. FALCÓN, Enrique.- Como se ofrece y se produce la prueba.- Segunda Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.

M. JAUCHEN, Eduardo, La Prueba en Materia Penal, Editorial. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 1996.

PALACIO LINO, Enrique, La Prueba en el Proceso Penal, Editorial, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 2000.

RENÉ BODERO, Enrique.- Relatividad y Delito.- Editorial Temis, Sociedad Anónima, Bogota Colombia 2002.

SENTIS MELENDO, Santiago, La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1979.

TOMÁS ESCOBAR, Raúl. El Interrogatorio en la Investigación Criminal.- Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

VARELA A. Casimiro, Valoración de la Prueba, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 1999.