



Universidad Nacional Autónoma de México

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**LA FUNCION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
PABLO ROMERO JUAREZ**

ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA FUNCION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

I N D I C E

| | PAG. |
|---------------------------|------|
| INTRODUCCION GENERAL..... | 3 |

CAPITULO PRIMERO

LA PRUEBA EN GENERAL

| | |
|--|----|
| A).- CONCEPTO | 8 |
| B).- ORGANO OBJETO Y MEDIO DE PRUEBA | 17 |
| C).- PRINCIPIOS Y SISTEMAS PROBATORIOS | 29 |
| D).- CLASIFICACION | 35 |

CAPITULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

| | |
|--|----|
| 1).- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL | 48 |
| 2).- OBJETO DEL PROCEDIMIENTO PENAL | 58 |
| 3).- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL .. | 74 |

CAPITULO TERCERO

| | |
|--|------|
| LA FUNCION DEL TESTIMONIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. | PÁG. |
| A).- LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. | 88 |
| B).- DEBERES Y OBLIGACIONES EN QUE SE DESENVUELVE EL TESTIMONIO. | 95 |
| C).- VALORACIÓN DEL TESTIMONIO EN LA SENTENCIA . | 102 |
| D).- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA SENTENCIA. | 106 |

CAPITULO CUARTO

| | |
|--|-----|
| LA PRUEBA TESTIMONIAL. | |
| 1).- ANTECEDENTES Y CONCEPTO | 114 |
| 2).- CLASIFICACIÓN | 146 |
| 3).- LA CRÍTICA DEL TESTIMONIO | 153 |
| 4).- REFORMAS QUE SE PROPONEN | 160 |

CAPITULO QUINTO

| | |
|------------------------|-----|
| CONCLUSIONES | 163 |
| BIBLIOGRAFIA | 169 |
| INDICE | 172 |

INTRODUCCION GENERAL.

El estudio de las pruebas en el procedimiento penal reviste capital importancia, toda vez que éstas son el medio por virtud del cual, el organo jurisdiccional va a conocer la verdad de los hechos, para estar en posibilidad de cumplir con su función de administrar justicia.

Sabemos que, el derecho probatorio en su -- larga evolución ha pasado por diferentes matices y ha -- asumido diversas modalidades según el tipo de legisla--- ción de que se trate, pues sus conceptos como sus reglas están sujetas a modalidades diversas.

El tema que hoy presento como Tesis Profesional adquiere mayor relevancia si tomamos en cuenta -- que la prueba testimonial es uno de los medios y en ocasiones el único que tiene el Juez a su alcance para conocer los hechos materia del proceso y que dicha prueba -- testimonial se torna más importante a medida que faltan -- otros medios probatorios ya que en ocasiones aparece co-

mo reyna de las pruebas; sin embargo, el Lesgislador Mexicano en mi concepto al establecer para prueba testimonial un sistema tasado para su valoración, incurre en -- errores técnicos, ya que si bien es cierto, que en teoría el testigo al igual que cualquier otro individuo tiene -- tendencia a exponer la verdad de los hechos que presencia también es cierto que en ocasiones el testimonio se en--- cuenta viciado, por múltiples razones que derivan, ya de vicios en la observancia directa de los hechos, ora de su exposición ante las autoridades encargadas de obtener dicha prueba o bien de situaciones ajenas a los hechos que van a influir en el resultado del testimonio y consecuentemente en el ánimo del Juez y que lo puede inducir a --- errores si entrega toda su confianza en el testigo en ausencia de otros medios probatorios; por ello, el tema que presento como Tesis Profesional pretende hacer un análi-- sis general de la prueba testimonial, una crítica del método establecido en el Código del Distrito Federal en --- cuánto al sistema tasado de valoración que adoptó, ya que aún cuando la doctrina señala que el testimonio es una -- prueba adecuada ello es más aparente que real, pues en mi concepto la falta de elementos probatorios que no corroboren el testimonio es fuente de errores judiciales pues --

ordinariamente se encuentra viciado; ya sea por falta de congruencia entre lo que se presencia y lo que se expone o bien, sus deformaciones psicológicas ocasionadas por pasiones y sentimientos ó sus exageraciones al narrar -- los hechos que no pasaron o cuya realidad es distinta a la que expone o bien, ser producto de la imaginación o del estado de ánimo del testigo y ante cuyos vicios no hay medio procesal para combatirlo.

Sin pretender agotar el tema del que hoy me ocupo como Tesis Profesional, sólo quiero señalar que la prueba testimonial aparece como uno de tantos medios de que se vale el Juez para conocer la verdad de los hechos, de esta manera, la comprobación de los mismos motivo de litigio corresponde a las partes, es decir, al organo -- que acusa que como sabemos es el Ministerio Público, al organo de defensa y al ofendido, quienes en relación al proceso pesa sobre ellos la carga de probar el contenido de sus pretenciones.

La doctrina de derecho civil sostiene válidamente que probar significa una carga procesal, pero no solamente es una carga procesal sino que representa una-

situación de orden público pues tanto la defensa como el organo de acusación en función a un principio ético superior, estan obligados a aportar los elementos, para que el organo jurisdiccional pueda en un momento dado resolver el litigio en base a las alegaciones y a las probanzas aportadas en el proceso.

El presente trabajo lo divido en cuatro partes, en la primera, menciono lo que es la prueba y sus antecedentes; en el capítulo segundo, señalo cuáles son las etapas del proceso y la función que van a desempeñar la prueba en el mismo; en el capítulo tercero me refiero concretamente a la prueba testimonial sugiriendo y criticando el sistema procesal vigente y en el último, hago un análisis de nuestro sistema procesal y propongo algunas soluciones en relación a la legislación procesal con respecto a la prueba de testigos.

Sin pretender agotar este interesante tema del derecho procesal, sólo me propongo exponer su problemática, por lo que sugiero, algunas soluciones que podrían adoptarse con el deseo únicamente de que se tomen en cuenta en función de una buena administración de justicia, se reflexione sobre ello y se proponga en defini-

tiva las reformas; asimismo para que dicha prueba se le tenga la confiabilidad que merece para eliminar el sistema tasado de valoración, ya que lo contrario lleva ó induce a errores judiciales pues sería fácil demostrar atento a este sistema legal de prueba como ocurre a diario en la práctica que es suficiente que una persona de muestre con dos testigos que coincidan en la sustancia que no estuvo en un lugar determinado para que hagan -- prueba plena para que los delitos imputados queden impu nes, situación que choca con los principios más elementales de la administración de justicia.

CAPITULO PRIMERO

LA PRUEBA EN GENERAL

- A).- CONCEPTO.
- B).- ORGANO MEDIO Y OBJETO DE PRUEBA.
- C).- PRINCIPIOS Y SISTEMAS PROBATORIOS.
- D).- CLASIFICACION.

A) CONCEPTO

En cuánto al concepto de prueba, encontramos discrepancias doctrinales, puntos de vista distintos a los que brevemente me voy a referir para señalar cuales en mi concepto la más adecuada.

Al hacer el estudio de este tema, algunos autores como Dellepiane reconoce que en este tratamiento se tropieza con varias dificultades, la primera, proviene de la aceptación del vocablo prueba ya, que en el derecho procesal se le usa para denominar el medio de prueba o bien para designar distintos elementos de juicio recogidos para establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso; pero también se entiende por prueba, la actividad de probar : rehacer la prueba como cuando se dice actoris probattionem indicándose con ello que es la parte la que debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar con exactitud los hechos que se alegan y por último, se designa con tal vocablo el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el Juez por los elementos de juicio es decir, la convicción de la certeza de los hechos.

La prueba se dice que ordinariamente es o significa "revisión", realizados con el fin de aquilatar la voluntad eficiencia o exactitud de algo, de una cosa material o de una operación mental; en el fondo de toda prueba se descubre el elemento de la confrontación, se reduce a una comparación de la cosa o de la operación de que se duda con otras que cercioran así por ejemplo en operación matemática, o se confrontan cosas para averiguar o verificar un fenómeno, en este sentido amplísimo se hayan comprendidas las pruebas judiciales y/o al menos algunas de ellas.

La decisión judicial que resuelve el conflicto de intereses supone la constatación de la existencia de un hecho sobre el cual va a recaer la aplicación de la Ley, si las partes concuerdan en la exposición de las circunstancias se dice que la cuestión es simple, y ésto acontece en muy pocos casos, esa es la razón por la que el autor que se cita, estima que casi siempre la cuestión judicial se apoya en hechos sobre los cuales hay divergencia ya que las partes exponen --

reacciones diferentes en los acontecimientos y su esfuerzo se aplica a deshacer las reafirmaciones que les favorecen respectivamente.

Devis Echandia señala que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida y por ello hay una noción ordinaria al lado de otra que es técnica y que varía según la clase de actividad o --- ciencia que se aplique; en las ciencias y actividades -- que este autor llama reconstrucción o reconstructiva la noción adquiere un sentido preciso y especial que es el que tiene derecho. El jurista participa en la recons-- trucción del pasado para conocer quien tiene la razón - del presente y ello lleva consigo regular con más --- acierto las conductas futuras de los asociados en nue-- vas leyes así como el investigador, el arqueólogo, el - lingüista lo hace para informar y valorar a los hechos - del pasado y para comprender más los actuales, así como para calcular los futuros. La diferencia dice este au-- tor, radica en que las consecuencias del legislador o - del Juez son imperativas y vinculantes en todas sus con-- diciones en cambio la del estudiador o las del panteólogo son informativas o polémicas, las operaciones son --

análogas para valorarlas y obtener conclusiones; las causas judiciales pertenecen a la historia contemporánea y la del Juez es investigativa como historiador de casos -- concretos, para el derecho es indispensable la prueba y -- ésto se expresa ya en el adagio " *tanto vale no tener derecho como no poder probarlo.* " (1)

En este orden de ideas se puede sostener con este autor que la prueba tiene una función social pues en la misma, la voluntad de la acusación o de la defensa van a servir para colaborar o contribuir al cumplimiento fiel de la función jurisdiccional, así al lado de la función -- social y la prueba encontramos como especie de ésta la -- función procesal específica; junto al fin procesal de la prueba existe el fin extraprocesal que le dá seguridad a las relaciones sociales, previene, evita litigios y ser -- de garantía a los derechos individuales y a los diversos -- status jurídicos. El autor que comento, señala que las pruebas judiciales son el conjunto de reglas que regulan la admisión, la producción la función y la valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al -- Juez la convicción de los hechos que interesan al proceso.

Otros autores como Antonio Rocha entienden - por derecho probatorio algo más amplio que las pruebas -- mismas, mencionan que se trata de la verificación social- de los hechos, es decir, la prueba en sus múltiples mani- festaciones está presente tanto en el campo del derecho, - del procesal como extraprocesal.

La separación lleva al tema ya generalizado en la doctrina de si las normas que regulan la prueba es tan dentro del derecho procesal o fuera de él y el autor que comento señala que son cinco las corrientes de opi-- nió n que se pronuncian en este sentido.

- 1.- *La que considera a las pruebas dentro del derecho material.*
- 2.- *La que les asigna una naturaleza mixta.*
- 3.- *La que separa en dos ramos (subs- tancial y procesal)*

4.- *El derecho probatorio.*

5.- *La que les asigna una naturaleza especial.*

La dificultad radica dice este autor en saber si se trata de una materia estrictamente procesal o si es mixta como sostiene Jaime Guasp es decir, si hay dos ramas separadas del derecho probatorio: En este ámbito el autor acepta la tesis de Guasp sobre la existencia de dos clases de pruebas, las pruebas procesales y las materiales, por tanto dos ramas del derecho probatorio, la procesal conocida como prueba judicial y la material o substancial, ambas como especie del género que puede denominarse derecho probatorio pero limitando la segunda de esas normatividades que es la que establece las solemnidades ad substantiam actus.

Nicolás Framarino señala que la prueba es el medio objetivo por el cual el espíritu humano se entera de la verdad, la eficiencia de la prueba será mayor cuánto más clara, más plena y más seguramente infunda en el espíritu esta aceptación de la verdad que se -

creo tener, por tanto, para conocer la eficiencia de la prueba se necesita conocer como se han reflejado las -- verdades en el espíritu humano, este estado ideológico- producido en el espíritu mediante su actividad respecto de la cosa investigada, de ahí que dicho autor señale - que el espíritu y el conocimiento de un hecho nace un - recorrido desde el estado de ignorancia pasando desde - la ausencia de conocimiento a la credibilidad, en donde existen motivos para el conocimiento afirmativo tantos- como para el negativo y así pasa a la probabilidad que- sería el imperio del conocimiento de lo afirmativo ---- ascendiendo a la certeza y finalmente se da el triunfo- de conocimiento afirmativo. (2)

Mitermayer señala, que la prueba de parte de quien la propone es una palabra subjetivamente seña- lada y designa los esfuerzos para fundar la convicción en el ánimo del Juez y ponerlo en el estado de decidir con toda certeza sobre los hechos de la causa; prueba- y administración de prueba, son sinónimos en este sentido, pero entendida la prueba en relación a quien se produce viene a ser sinónima de certeza y se toma objetivamente y comprende el conjunto de motivos poderosos que sirven

para concluir con toda seguridad que son reales y efectivos los hechos de la inculpación. Hacer la prueba no es en el fondo otra cosa que querer la demostración de la verdad y el convencimiento del Juez quien para sentenciar necesita adquirir cierta certeza.

Como la verdad es la concordancia entre un -- hecho real y la idea de que de él se forma, el entendimiento dejando de lado otras clases de verdad respecto de la -- historia que trabaja con los hechos pasados subordina a -- ciertas reglas la razón y la experiencia, pero es preciso -- concluir también que, antes de pronunciar sobre la verdad -- de los hechos cada persona experimenta la influencia de su carácter individual de suerte que la sentencia judicial es evidentemente objetiva, por ello podemos decir que prueba -- es cualquier medio que allegado al proceso ya sea por las partes ya sea por la convicción misma del Juez lleva a su conocimiento la verdad de un hecho para que éste tenga la posibilidad de dictar una resolución para resolver un caso concreto sometido a su juicio.

El tema de la prueba se ha entendido como tema básico, y sobre él va a girar todo el proceso, por --

ello, la prueba en este sentido le dá dinámica al proceso, por ello afirmo que es el medio necesario y único - de que se vale el organo jurisdiccional para pronunciar una sentencia que va a concretar lo previsto por la Ley a un caso, (3)

Eduardo Bonnier señala, que se descubre la verdad cuando hay conformidad entre las ideas y los hechos de orden físico moral, así, probar, será establecer la existencia de esta conformidad y las pruebas serán los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.(4)

Carlos Lessona considera que probar es - hacer conocidos por el Juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser.(5)

Carnelutti señala, que la prueba jurídica de los hechos controvertidos puede no derivar de la búsqueda la verdad, sino de los procedimientos de fijación formal, por tanto probar no quiere decir determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados.(6)

B) OBJETO, ORGANO Y MEDIO DE PRUEBA

El objeto de prueba es la actividad que realiza el organo de prueba o bien, lo que se pretende probar es decir, el objeto de la prueba va a ser el tema a probar.

Algunos autores como el Maestro Guillermo Colín Sánchez señala, que el objeto de prueba es el *thema probandum*; es la cuestión que dió origen a la relación jurídico material de Derecho Penal es decir, aquello que debe probarse como por ejemplo que se ejecutó una conducta o hecho encuadrable en algún tipo penal pre establecido (*tipicidad*), o cualquier otro aspecto de la conducta, como ocurrieron los hechos, en donde, cuando, por quien, o para qué.

El citado maestro señala con acierto, que pueden ser objeto de prueba tanto los elementos mismos de un delito, las causas de justificación de éste, las circunstancias, los elementos del cuerpo del delito o aquéllos elementos que tiendan a desvirtuarlo.

Señala finalmente, que el objeto de prueba es fundamentalmente la demostración del delito con sus circunstancias o modalidades (*conducta o hecho, tipicidad imputabilidad, culpabilidad*) la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido. Puede recaer también sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general como el Derecho Penal, la teoría de la Ley Penal, así como en el orden negativo sobre la ausencia de conducta, la tipicidad, las causas de justificación, imputabilidad, excusas absolutorias, etc., es decir, la prueba o el tema a probar puede ser cualquier cuestión relacionada con el delito pero que se ventile en el proceso como objeto del debate.

Organo de prueba es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible.

Asimismo, el aludido tratadista indica que los sujetos intervinientes en la relación procesal son organo de prueba: el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos, agregando que no es posible atribuirle --

el caracter de organo de prueba al Ministerio Público, a los órganos jurisdiccionales, a los peritos ya que - el Juez conoce del hecho inmediatamente; el organo de prueba lo conoce inmediatamente por supuesto del hecho del cual es organo y en cuanto al Juez no es organo y en cuanto organo no es Juez. (7)

El Ministerio Público por su misma naturaleza y atribuciones tampoco puede ejercer la doble - función de parte y organo de prueba y por último, tampoco los peritos, debido a que la naturaleza de la peritación no trae como resultado que se le considere como medio de prueba sino como algunos autores lo sostienen es un medio complementario de prueba.

En cuanto a los medios de prueba, dice - este autor que es la prueba en sí, que la prueba es un vínculo para alcanzar un fin, esto significa que para su operancia debe existir un organo que le imprima din mismo y así a través de uno o más actos determinados se actualice el conocimiento.

Franco Sodi señala que el objeto de la prueba es el tema del proceso o la verdad histórica -- concreta por conocerse, el organo de la misma es la -- persona física que aporta el conocimiento y el medio de prueba es el acto o modo usado por la persona física referida para proporcionar el citado conocimiento, -- por ello dice, Claria Olmedo que no deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba ya que los primeros estan en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones y los segundos son elaboraciones legales aunque no tan taxativas tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad en el proceso. (8)

Fernando Avila Baz tambien distingue en la prueba tres elementos : EL OBJETO DE LA PRUEBA, EL ORGANO DE PRUEBA Y EL MEDIO DE PRUEBA.

OBJETO DE PRUEBA dice este autor, es --- aquel que comprende todos los elementos del delito tanto objetivos como subjetivos, estos últimos refracta--

rios a la prueba directa se infieren por inducción o deducción de los objetos de acuerdo con un principio que se expresa de la siguiente manera : ANIMUS PRAESUMITIR CALIS QUALEM FACTA DEMOSTRAND.

ORGANO DE PRUEBA dicen, es la persona física que proporciona al titular del organo jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba, esta definición dice excluye el problema relativo a determinar si el Juez es organo de prueba en aquéllos casos en que se proporciona a sí mismo dicho conocimiento como sucede con los medios de prueba directos y reales (*documentos, inspección*) el Juez conoce el hecho de modo mediato a través del organo en tanto que el organo propiamente dicho lo conoce de manera inmediata los restantes sujetos de la relación procesal con excepción del Ministerio Público que en virtud de la especialidad de su intervención en el Proceso no puede tener ese caracter; sí pueden ser órganos de prueba el procesado, por ejemplo puede ser organo de la prueba confesional es decir el productor del medio de convicción.

la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado; es decir, el objeto de prueba para el citado tratadista abarcará la conducta o hecho tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, porque si la conducta siempre concierne al ser humano la motivación de aquella siempre debe buscarse en las regiones más recónditas del espíritu humano citando a Mittermaigr dice - que en lo criminal el Juez tiene que esclarecer circunstancias que los sentidos no advierten y que solo salen del fuero interno, la imputabilidad moral del acusado, la situación de su espíritu en el momento de delinquir la lucidez de sus facultades intelectuales, la intención perversa y su intensidad, he aquí los objetos sobre los cuales es preciso dirigir los instrumentos de prueba; en resúmen dice el citado maestro, - son objetos de prueba como he mencionado la conducta o hecho (*aspecto interno y manifestación*), las personas (*probable autor del delito ofendido testigos*) las cosas (*en tanto que en estas recae el daño o sirven de instrumento o medio para llevar a cabo el delito*) y por último, los lugares por los que su inspección tal vez se colija de ella algún aspecto o alguna modalidad del delito. (g)

En cuánto a los medios de prueba, se distinguen en primer lugar entre el medio de prueba, las diligencias probatorias y los motivos de prueba. Se dice que los medios de prueba. Se dice que los medios de prueba son cualquier cosa o actividad que puede servir para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos materia del delito; el Código Penal vigente enuncia como medios de prueba como he mencionado aquéllos que están señalados en el artículo 135 del Código Procesal Penal del Distrito; las diligencias probatorias son los actos jurisdiccionales que se llevan a cabo para producir un medio de prueba por lo mismo, la diligencia de declaración judicial relativa a la prueba testimonial etc., los motivos de prueba son los elementos de convicción que derivan de los medios de prueba y que inducen al Juez de tener por comprobados algunos hechos.

Algunos autores como Jaime Guasp definen los medios de prueba diciendo que son aquéllos instrumentos que por el conducto de la fuente de la prueba llegan eventualmente a producir la convicción del Juez,-

por lo tanto pueden ser personales como la confesión o la testimonial, como cosas (*documentos, inmuebles etc.*), como acontecimientos presunciones, etc., así define el medio de prueba este autor como todo aquel elemento que sirve de una u otra manera para convencer al Juez de la existencia o de la inexistencia de un acto procesal; cabe advertir que la doctrina considera que la palabra prueba es un sustantivo que se refiere a los medios de prueba y por ello se dice que la prueba es precisamente aquéllo en que consiste o se va a apoyar la convicción de un órgano jurisdiccional.

Sin embargo, otros autores como Santiago Sentis Melendo señala que si probar es llevar al ánimo del Juez la convicción de que las afirmaciones corresponden a la realidad la verificación de esa correspondencia es evidente, que se debe contar con elementos que nos permitan llegar a ese resultado.

Así también, señala que los Códigos y muchos autores designan como medios a esos elementos, pero en otros casos se utilizan sobre todo en la doctrina para representarnos siempre el mismo concepto o el mismo fenómeno jurídico.

Castro Mendez citado por Silva Melero ha llegado a hablar del caos terminológico y se ha referido a la existencia de una serie de expresiones que no se puede conseguir hacerlas corresponder a nociones claras y diferenciables y señala que es necesario distinguir entre elementos, medios, fuentes, tema, materias y motivo de prueba, sin embargo esa distinción no parece ser muy feliz puesto que es -- bastante claro que los elementos de prueba constituyen un concepto genérico o si se quiere amplísimo o indefinido respecto del cual nada se adelanta con decirnos que elementos de la prueba son aquellas categorías lógicas que dan o son particularmente aplicables a los problemas del derecho probatorio.

Por su parte Francisco Carnelutti ha pretendido hacer la distinción entre fuente de prueba y medio de prueba; para Guasp, las fuentes consisten en operaciones mentales y los medios en instrumentos, sin embargo, en Carnelutti las fuentes de prueba es el hecho del cual se sirve el Juez para --

deducir la propia verdad en tanto que el medio de prueba lo constituye la actividad del Juez desarrollada en el proceso que el medio de prueba es por ejemplo el testigo o el perito, que fuente de prueba la declaración del primero o el juicio del segundo, medio de prueba es el confesante y fuente de la prueba es la confesión, es decir, lo confesado señala que nos hallamos frente a una nueva ilusión.

Sin embargo, logramos salir de ese embrollo tecnológico terminológico se habría de caer en el extremo contrario en que han incurrido los Códigos y la doctrina, unifican bajo la expresión de medios de prueba todas las manifestaciones probatorias.

Sentis melendo que en forma general señala que en medios de prueba son en cambio propiamente las personas o las cosas de las que se quieren obtener -- elementos conocimientos útiles para la búsqueda de la verdad, limitándose a enfrentar esos medios de prueba a los medios instructorios que acaso no sería imposible ni difícil reducir, enfrentamiento de fuentes (lo que él llama medios instructorios).

Por otra parte Golschmidt igualmente citado por Sentis Melendo señala, que el medio de prueba es todo lo que puede ser apreciado por los sentidos y -- que puede suministrar apreciaciones sensoriales es decir cuerpos físicos (*materia de la prueba de reconocimiento judicial*) exteriorizaciones del pensamiento (*documentos, certificados, dictámenes, declaraciones de parte y juramentos*) definición con la que coincide Kisch citado por el autor a que me refiero cuando distingue los medios de los motivos, señalando que medio de prueba es el objeto corporio por el medio del cual se obtiene la prueba, por consiguiente lo que inspecciona el Juez, el testigo que declara, a el documento que es examinado; en definitiva, para estos autores -- la locución medios de prueba es tradicional y ha sido aceptada universalmente y acaso resultara práctico o al menos cómodo reconocer que la naturaleza de las -- pruebas no depende del nombre del que se de sino de -- lo que realmente sea y de sus circunstancias características. (10)

Finalmente se indica por la doctrina que -- aparentemente es fácil este conformismo pero que sin-

embargo se debe hacer la distinción entre fuente y medio ya que la misma debe ser clara y además terminante sin embargo, estimo que estos puntos de vista son adecuados y que de la idea de Carnelutti resulta claramente que -- los elementos que existen en la realidad son las fuentes de la prueba y que los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso y no se trata de una operación mental como señalaba Jaime Guasp sino de una actividad física y material, la operación mental sería más adelante proceso probatorio una actividad valorativa pero la fuente tendrá este carácter determine o nó -- la convicción.

En relación a lo anterior siguiendo este orden se señala la distinción entre las fuentes de prueba y fuentes de convicción cuestión ésta que no me voy a ocupar sino simplemente voy a señalar que en mi concepto el medio de prueba es cualquier elemento ya sea persona, cosa que tenga la idoneidad para llevar el conocimiento de los hechos que se investigan en el proceso al organo jurisdiccional para que esté en posibilidad de conocer los hechos controvertidos y pueda resolver el caso concreto.

En tanto que mientras el medio de prueba es cualquier instrumento utilizado por el Juzgador para conocer los medios de prueba el organo de prueba es aquella cosa material o imaterial o aquella persona que produce algún elemento de convicción que le -

sirve al Juez para conocer los hechos controvertidos en el proceso

Los órganos de prueba son propios de los medios indirectos y personales como la confesión, el testimonio y la pericia se presentan por conducto de personas físicas.

MEDIO DE PRUEBA, es el medio o el acto en los que el titular del órgano jurisdiccional encuentra los motivos de su certeza, por lo general agrega Arilla Baz el medio de prueba se identifica con la prueba misma, así por ejemplo dice, se habla de prueba documental prueba testimonial, cuando en realidad debería decirse documento testimonio porque la prueba resulta del documento o del testigo. (11)

C) PRINCIPIOS Y SISTEMAS PROBATORIOS

Reviste fundamental importancia señalar aunque sea brevemente cuales son los sistemas existentes para valorar las pruebas y cuales son los principios que informan la prueba penal en nuestra Legislación.

A este respecto mencionaré brevemente que Franco Sodi citando a Rafael de Pina dice que los sistemas probatorios referidos al criterio que puede adoptarse con vista a la formación con la convicción son -- tres :

a).- *El de la libre apreciación de la Prueba.*

b).- *El de la prueba tasada y*

c).- *El mixto.*

Sistema de la libre apreciación de la prueba es aquel en que la convicción del Juez no está ligada a un criterio legal preestablecido formándose por tanto respecto a la eficacia de la misma según una valoración personal sin traba alguna de carácter positivo.

Sistema de Prueba Tasado es aquél en que la convicción del Juez no se forma espontáneamente por la apreciación de la practicada en el proceso, sino -- que su eficacia depende de la estimación que la Ley -- hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio.

Sistema Mixto admite la libre apreciación en cuanto afecta algunas pruebas (LA TESTIFICAL, LA PERICIAL VERBI GRACIA) y liga la convicción del -- Juez por lo que respecta a las otras.

Señala este autor que en este tema vuelve a surgir el interesante problema que los tratadistas señalan entre la verdad formal y la verdad material pero que no es tema en este momento se desarrolla en función al trabajo que presento como Tesis Profesional.

el Maestro Guillermo Colín Sánchez también dice que en la doctrina existen tres medios o tres sistemas probatorios y que son : *el libre, el tasado y el mixto.*

Que el Sistema Libre tiene su fundamento en el principio de la verdad material que se traduce - en la facultad otorgada al Juez para disponer de los - medios de prueba conducentes a la realización de los - fines específicos del proceso y además valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos, - **LIBERTAD DE MEDIO DE PRUEBA Y LIBERTAD DE VALORACIÓN,**

El Tasado en el que se sustenta la verdad formal llamado históricamente de las pruebas legales, según este sistema solo los medios establecidos - por la Ley son los que deben utilizar el juzgador para cumplir su función.

En tanto que *el Sistema Mixto* es una -- combinación de los anteriores, las pruebas las señala la Ley pero el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente - como prueba si a su juicio puede constituirla constataando su autenticidad por el camino legal pertinente-

y en cuánto a su justipreciación se atiende para -- ciertos medios de prueba a reglas prefijadas y para otros existe libertad de apreciación.

Por su parte Fernando Arilla Baz señala que son cuatro y no tres los sistemas de valoración de la prueba :

- a).- *El sistema de la Prueba, según el cual, dicha valoración se ha de sujetar a las normas preestablecidas por la Ley. Este sistema se funda en la necesidad de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del Juez.*

- b).- *El sistema de la prueba libre, de acuerdo con el cual la valoración se debe sujetar a la lógica, este sistema se justifica en la necesidad de apartar la prueba a la infinita variedad de los hechos humanos.*

- c).- *El Sistema Mixto, que como su mismo nombre lo indica participa de los otros dos anteriores; sistema- que sujeta la valoración de unas - pruebas a normas establecidas y de- ja otras a la crítica del juez »,*
- d).- *El de la sana crítica, que sujeta la valoración de la prueba tanto- a las reglas de la lógica como a la experiencia del juzgador. (12)*

En conclusión, en atención a nuestra Legis-
lación positiva se puede señalar que los medios probato-
rios de valor tasado son para la confesión artículo 249;
los documentos públicos artículo 250, los documentos pri-
vados artículo 251, la inspección judicial y los cateos -
artículo 253, el testimonio artículo 256 a 259 en la for-
ma siguiente :

D) CLASIFICACIÓN

Existen en la doctrina, diversas clasificaciones de prueba entre las que se pueden mencionar las siguientes :

Hernando Devis Echandía hace la distinción entre prueba y medio de prueba explicando que estrictamente por pruebas judiciales debemos entender las razones -- o los motivos para producir en el Juzgador la certeza de los hechos, en tanto que por medios, debemos entender que estos son o los elementos o los instrumentos utilizados por las partes y el Juez que suministran esas razones o esos motivos, sin embargo señala, que puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada porque de éno se obtiene ningún motivo de certeza pero en un sentido general se entiende por prueba judicial tanto los medios- como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de éstos.

Otros autores indican que las pruebas las podemos dividir en judiciales y extrajudiciales -- según que hayan sido reunidas en el juicio o fuera-

de él, sin guardar las reglas acerca de la forma judicial; también las clasifica en directas e indirectas - si entre los sentidos del Juez y los hechos dudosos o controvertidos se interpone o no la obra de otros testimonios o de otros documentos, por ejemplo en el primer caso la inspección y en el segundo la prueba de testigos haciendo también la clasificación en pruebas plenas y pruebas semiplenas según sean capaces de engendrar en el ánimo del Juez una convicción suficiente o insuficiente para dictar una resolución, distinguiéndose en simples si se forman en el curso del juicio como los medios orales o bien, preconstituidas si son anteriores a él como los documentos; también señala a las llamadas suministradas en forma independiente o para contrarrestar una prueba opuesta; es decir, pueden ser principales o contrarias, de tal manera que por comprobar y comprobadas si a su vez deben ser objeto o no de valuación por ejemplo, las escrituras privadas deben ser sujetas a evaluación en sus elementos constitutivos para que hagan fe en juicio, por ello es que este autor clasifica estos elementos probatorios como -- pruebas por comprobar y pruebas comprobadas.

Finalmente algunos otros tratadistas al hablar de los medios probatorios, señalan que son los -- auxilios tradicionales que podrían llamarse clásicos -- como por ejemplo el escuchar a testigos y peritos e interrogatorio de las partes, el aprovechamiento de documentos, de inspección ocular y los indicios, existiendo además junto a éstos algunas otras posibilidades de prueba como por ejemplo los informes suministrados por autoridades y la determinación del Estado de los he---chos por la vía de reproducción hecha a modo de ensayo del suceso a esclarecer; sin embargo, en nuestra Legislación Patria conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales se puede decir que es prueba -- cualquier cosa que pueda llevar o informar en el ánimo del Juzgado el fenómeno que se va a resolver.

Agrega también que la prueba personal se divide en directa o indirecta, que la primera o sea la -- personal debe considerarse directa y en cambio la indi--ciaria debe considerarse indirecta. Sin embargo señala, que cuando el investigador toma la declaración a -- un testigo no está confrontando las circunstancias ---

cias fácticas pues en ocasiones el testigo mismo no tiene conocimiento directo del hecho, pero aún cuando haya percibido personalmente el suceso puede suceder que no lo haya manifestado tal como existió.

A la prueba testimonial algunas personas - le denominan prueba personal y le señalan características importantes, entre otras, que entre el averiguador y el Estado de los hechos media un ser humano portador de noticias, un medio con una información elaborada por el mismo sobre el suceso que pretendemos comprobar, dicha persona participa en la investigación de la verdad dentro de la - especularidad de su propio carácter y su temperamento que influyen y posiblemente adulteren el cuadro que ella - traza; por tal virtud, la crítica sobre las pruebas personales las voy a hacer en el capítulo correspondiente y solamente mencionaré con Humberto Briseño Sierra que parece ser que no existe absoluta conformidad en las clasificaciones sobre los medios de prueba porque o no se está hablando siempre de la prueba sino de los medios de confirmación como lo hace Alcalá Zamora y Levene quien por un - lado habla de prueba directa respecto del conocimiento judicial mientras otro autor la considera indirecta, sin embargo, con base en lo anterior se puede decir que no es -

posible intentar una clasificación completa y aceptable de los medios de prueba en virtud de que estos se pueden enfocar desde diversos puntos de vista y desde diversos ángulos o bien en función del sistema legal que se esté considerando .

Franco Sodi clasifica las pruebas de la siguiente manera :

- a).- Pruebas directas o indirectas, las primeras son las que por sí mismas y de manera directa tienden a acreditar el hecho que se investiga, - las segundas no demuestran el hecho investigado de manera directa e inmediata pero sí otro, del que la culpabilidad puede ser deducida o supuesta.

- b).- Pruebas materiales o pruebas personales, las primeras son las producidas por las cosas como por ejemplo, las fracturas, las oradaciones, las lesiones y serán pruebas personales

las que provienen del dicho del hombre como las testimoniales, las periciales, en atención a su valor de convicción algunas son plenas, - otras insuficientes y otras producen solamente presunciones agregando también que pueden clasificarse en impertinentes o idóneas - según que sean inapropiadas o aptas para demostrar algún hecho determinado o bien que no sirvan para tal objeto.

c).- Pruebas útiles e inútiles si se refieren a cuestiones fundamentales - o esenciales del proceso o a otras cuestiones que carecen de trascendencia dentro de él.

d).- Pruebas previstas en la Ley o no previstas, las primeras según nuestra Legislación están contenidas -

en el artículo 135 y la segunda - como los informes proporcionados por las autoridades administrativas que no están previstas pero - que son admisibles, se llaman pruebas no previstas o pruebas no legales.

Pruebas inmorales en virtud de que son aquéllos elementos de convicción contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en su artículo 135 señala como medios de prueba las siguientes :

- I. La confesión judicial.
- II. Los documentos privados o públicos;
- III. Los dictámenes de peritos,
- IV. Inspección Judicial
- V Las declaraciones de testigos y
- VI. Las presunciones.

También se admitirá como prueba todo aquéllo que se presente como tal siempre que a juicio del funcionario que practique la averiguación pueda - constituir la. Cuando éste lo juzgue necesario podrá - cualquier medio legal establecer la autenticidad de - dicho medio de prueba.

Don Rafael Pérez Palma, señala que del texto de este precepto se desprende que hay dos clases de medios de prueba: Los nominados y la de los innominados, es decir aquéllos medios enunciados en el artículo mencionado y los segundos, que se refieren al grupo o clases de medios que comprenden los que en el procedimiento civil son conocidos como pruebas científicas - tales como las fotografías, las grabaciones fonéticas, - los planos, las reproducciones heliográficas, etc. los informes proporcionados por oficinas o dependencias oficiales libros revistas y otras impresiones que no constituyen documentos privados ni públicos, señalando que lo fundamental en esos medios es que al ser ofrecidos - como prueba hagan las veces de prueba; apoyando su opinión en algunos criterios de la Suprema Corte en relación a los medios de prueba(13)

La clasificación que comparto es la opinión de Lforian, quien clasifica las pruebas apoyado en un sistema exclusivamente sustancial que se da en la relación existente entre la prueba y el Juez y más precisamente, en cada una de las diversas formas en el que el Juez entra en conocimiento del medio de prueba, es decir, en cuánto al acto en que el medio de prueba se concreta; en cuánto al objeto de prueba éste entra en contacto y llega al conocimiento por obra de sí mismo o por obra de otro, por eso, la distinción verdadera y fundamental está en los medios de prueba en virtud de los cuales adquiere el Juez el conocimiento del objeto de prueba por sí mismo y directamente sin ayuda de otras pruebas - medios de prueba por virtud de los cuales el conocimiento del objeto de prueba se da a través de personas distintas que han percibido o conocido ese objeto antes o sin ayuda de aquel.

Esta distinción en ocasiones puede coincidir con la que se hace entre medios de prueba personales y materiales pero es distinta, fundamentalmente ya sea por que deduce su criterio diferencia

dor de la naturaleza íntima del acto de conocimiento de la prueba por parte del Juez ya sea porque la calidad del objeto no tiene influencia en ella. Por ello la distinción que estimo más adecuada es la que se basa en un criterio fundamental pues toma en cuenta, la naturaleza íntima del medio de prueba y en consecuencia el rendimiento que ésta puede dar en el proceso cumpliendo así su función principal o última como elemento necesario para llegar al conocimiento de la verdad histórica de los hechos.

- (1) DEVIS ECHANDIA HERNANDO. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL. ED. VICTOR P. DE ZARALIA Bs. As 1972. T. I. p. 9
- (2) FRAMARINO NICOLAS. TRATADO DE LAS PRUEBAS JUDICIALES. TRAD. JOSÉ GÓMEZ DE CASTRO. MADRID-1835. T. I. p. 23.
- (3) MITTERMAIER KARL. TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL. TRAD. POR UN ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. MÉXICO 1853. p. 64 y S.S.
- (4) BONNIER EDUARDO. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y PENAL. TRAD. DE LOS EDITORES DE LA BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA. MÉXICO 1874. T. I. p. 5 y S. S.
- (5) LESSONA CARLOS. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA EN DERECHO CIVIL O EXPOSICIÓN COMPARADA DE LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA Y SUS DIVERSAS APLICACIONES TRAD. ENRIQUE AGUILERA PAZ. MADRID-T. I. p. 3. S.S.

- (6) CARNELUTTI FRANCISCO, LA PRUEBA CIVIL, TRAD. DE LA 2A. ED. POR NICETO ALCALÁ ZAMORA Y --- CASTILLO Bs.As. 1955 p. 37.
- (7) COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ED. PORRÚA MÉXICO 1979 p. 298.
- (8) FRANCO SODI CARLOS ED. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO ED. PORRÚA, MÉXICO, 1957 p. 243 Y S. S.
- (9) ARILLA BAS FERNANDO, EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO, ED. UNIDOS MÉX. 1978, p. 108.
- (10) SENTIS MELENDO SANTIAGO, LA PRUEBA, ED. JURÍDICA EUROPA AMÉRICA, Bs. As. p. 144.
- (11) ARILLA BAS FERNANDO OPUS CIT. p. 110
- (12) ARILLA BAS FERNANDO OPUS CIT. p. 211
- (13) PÉREZ PALMA RAFAEL, GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL ED. CÁRDENAS, MÉXICO 1975 p. 232.

CAPITULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO Y LA PRUEBA

- 1).- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL.
- 2).- OBJETO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.
- 3).- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

1.- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL

El Maestro Juan José González Bustamante señala, que el Procedimiento Penal contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas y reguladas por las normas de Derecho Procesal Penal; se inicia - desde que la Autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito, procede a investigarlo y termina - con el fallo que el Organo Jurisdiccional pronuncia, - es decir, con la sentencia correspondiente.

En dicho Procedimiento, encontramos una gran actividad procesal en la que unos actos van a ser antecedentes de otros actos, las personas que intervienen crean con su actuación derechos y obligaciones de carácter formal por ejemplo, el inculpado tiene derecho a que se le reciban las pruebas que exhiba para su defensa y el Juez está obligado a recibirlas; el Ministerio Público está obligado a proseguir el ejercicio de la acción penal una vez deducida o a pedir que el Juez declare extinguida ésta cuando exista una causa legal;

el defensor por su parte tiene obligación de prestar asistencia técnica al inculpado y el ofendido a proporcionar también al Ministerio Público o al Juez en su caso, todos los datos que sirvan para comprobar - la existencia del delito la responsabilidad del inculpado o la procedencia y monto de la reparación del - daño, en tanto que los testigos y los peritos tienen la obligación de comparecer ante el Tribunal cuando sean requeridos para rendir su dictámen o testimonio.

Señala, que las normas del Procedimiento - Penal deben estar acordes con el derecho constitucional ya que ésta es la fuente de aquél y hace la distinción entre Procedimiento y Proceso pues no son -- términos sinónimos ya que no puede haber Proceso sin Juez ya que es imprescindible su intervención para - que obtengámos al Proceso, quiero decir que el Procedimiento contempla una idea más extensa y que puede existir Procedimiento sin que exista Proceso en cambio especialmente en el hecho Procesal Penal Mexicano no puede haber Proceso sin que exista Procedimiento si bien esta división entre Proceso y Procedimiento se ha establecido únicamente con fines didácticos.

El Código Federal de Procedimientos Penales divide el Procedimiento Penal en cuatro fases : La primera es la que denomina averiguación previa llamada también fase reprocesal y tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal, - en esta fase el Ministerio Público como Jefe de la Policía Judicial recibe las denuncias o querellas de -- los particulares o de cualquier autoridad sobre hechos que están determinados en la Ley como delitos, practica la diligencia necesaria para dejar comprobados sus elementos y la posible participación de los sujetos, - en tanto que en la segunda fase llamada la instrucción se llevan a cabo las diligencias practicadas por los - Tribunales y una vez ejercitada la acción penal y esclarecer la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubiesen sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los partícipes; las funciones instructorias están reservadas por lo general al Juez y - rigen por el principio de la autonomía; en las ins-trucciones procesales el titular de la acción penal la promueve ante los Tribunales y al hacerlo deja de ser-

autoridad y se convierte en parte; en la tercera fase sus conclusiones, precisa los conceptos de acusación-- así como también la defensa, los puntos en que se va a apoyar, determinando las diversas cuestiones que -- van a ser objeto del debate, si el inculcado formula conclusiones o no esto es materia que no corresponde al presente trabajo.

Por último, la cuarta fase llamada de ejecución que para este autor no forma parte del procedimiento penal sino del derecho penitenciario, tiene -- por objeto que el Organó encargado de la ejecución -- de las sanciones impuestas en la sentencia establezca el tratamiento que debe aplicarse a los reos y -- los lugares en que han de cumplir sus condenas.

En realidad para este autor, el Procedimiento Penal se divide exclusivamente en 3 partes : La -- averiguación previa, la instrucción y el juicio en -- virtud de que la cuarta o sea la ejecución de la sentencia va a formar parte del derecho penitenciario..

Sin embargo otra corriente de opinión considera que la averiguación previa comprende no solamente las diligencias que se practican para preparar la acción penal sino que se prolonga hasta el auto de formal prisión, los que así opinan se apoyan en la Jurisprudencia que parece señalar que el Procedimiento Penal empieza con el auto de formal prisión, y en opinión del mencionado Maestro la averiguación previa concluye cuando el Ministerio Público resuelve ejercitar la acción penal.

El Maestro Guillermo Colín Sánchez señala siguiendo la orden del Código de Procedimientos Penales - que el Procedimiento Penal comprende cuatro períodos : *La Averiguación Previa, la Instrucción, el Juicio y la Ejecución, que la averiguación previa o período de preparación de la acción penal se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitar la acción penal, de manera que con la consignación de los hechos al organo jurisdiccional se inicia el Proceso y con ello la instrucción.*

La Instrucción a su vez se divide en tres partes : la primera que comprende desde la resolución conocida como el auto de inicio, de radicación o de cabeza de proceso hasta el auto de formal prisión o auto de formal prisión con sujeción al proceso; la segunda principia con el auto de formal prisión o con el de sujeción a proceso y concluye con el auto que declara agotada la averiguación y la - tercera que principia con el citado auto y termina con el auto que declara cerrada la instrucción; el último auto dará surgimiento al juicio.

La ejecución de la sentencia no la considera como dentro del Procedimiento Penal sino que - al igual que González Bustamante estima que forma parte del Derecho Penitenciario (15)

Manuel Rivera Silva señala por su parte - que el Procedimiento Penal comprende las siguientes etapas :

- A).- PERÍODO DE PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL.
- B).- PERÍODO DE LA PREPARACIÓN DEL PROCESO
- C).- PERÍODO DEL PROCESO (16)

Esta división dice Rivera Silva es distinta de la que llevan a cabo los demás tratadistas ya que la mayoría de ellos estiman que en el Procedimiento - debe ir involucrado el momento de ejecución de la sentencia o sea el de la efectividad de la Ley declarada al caso y siguiendo nuestra tradición cree que el fenómeno jurídico se ha deslindado perfectamente en --- tres momentos que entrañan aspectos diferentes; a -- nuestro parecer dice este autor esas actividades es-- tan entregadas a poderes diferentes y no hay razón - para que el aplicar la Ley y el ejecutarla se estimen como funciones análogas; la aplicación de la Ley es - distinta de la ejecución de la sentencia ya que si--- guiendo a Kelsen hay que colocar la sanción y la norma individual de la sentencia en grados diferentes de la pirámide jurídica, por otra parte, si como el Procedimiento Penal tiene como finalidad la aplicación de la Ley lógicamente aquel que va a concluir con la sentencia y no debe abarcar la ejecución de ella, en segundo lugar, los autores mexicanos dice ese tratadista invo-- can el Código Federal de Procedimientos Penales ha--- ciendo una división del Procedimiento, esta división-

se ha tomado como pauta de legislaciones extranjeras que no tienen acomodo en nuestro Procedimiento; así, al período que va del auto de radicación al auto de formal prisión o sujeción al Proceso no le dan auto nomía a pesar de su contenido y finalidad específica que le separa propiamente del Proceso, para entender con más claridad la visión de los períodos - se debe pensar que el Procedimiento tiene una estructura lógica; después de hacer un análisis minucioso de esta cuestión concluye por estimar que el Procedimiento Penal abarca los períodos a los que me he referido, así habla de la preparación de la acción penal, de la preparación del Proceso y en tercer lugar del Proceso.

Alberto González Blanco en relación a esto señala que no existe acuerdo en la doctrina procesal de si es posible o no admitir la división de períodos dentro del desarrollo dentro del Procedimiento Penal ya que en nuestro concepto dice, no en todos los países se sigue el mismo sistema procesal y esto hace que el problema sólo puede resolverse si se con

sidera o se toma en cuenta un determinado sistema procesal.

Bajo ese supuesto, por lo que hace a nuestra Legislación considera que las disposiciones legales -- que rigen el desarrollo del acto que integra el Proceso tienen diferentes efectos jurídicos y son distintos los órganos que intervienen en su realización, por ello no hay inconveniente en admitir diversos períodos dentro de su desenvolvimiento pero a condición de que esa distinción sólo se admita para efectos de la tramitación de ellos ya que como consecuencia de la coordinación que debe de existir en todos los actos procesales por el fin que persiguen, a la postre esos períodos -- constituirán una sola unidad que no es otra que el procedimiento penal propiamente dicho. ()

Nuestro Código Federal de Procedimientos -- Penales acepta en forma expresa la distinción de períodos dentro del procedimiento y establece que se -- dividen en cuatro :

- A).- EL DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA A LA CONSIGNACIÓN.
- B).- DE LOS TRIBUNALES.
- C).- EL DE LA INSTRUCCIÓN.
- D).- EL DEL JUICIO Y FINALMENTE EL DE LA EJECUCIÓN.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no establece propiamente ninguna distinción, aunque Rivera Silva señala que del examen global de su texto se distingue el -- período de las diligencias de la Policía Judicial que termina con la resolución dictada en un plazo de 72 horas, el periodo de juicio que va desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta que se dicta la sentencia y considera a su vez que para --- efectos didácticos se divida el Procedimiento en Instrucción, período preparatorio del juicio, discusión ó audiencia y juicio o -- sentencia.

Si se considera el radio de acción que la Ley concede a los Tribunales y que éstos son distintos en cuanto a sus efectos jurídicos solamente cabe admitir dentro del procedimiento tres períodos : El de averiguación, el de preparación del proceso y el de proceso, coincidiendo con los demás autores en establecer que la -- ejecución de la sentencia no debe comprenderse dentro del procedimiento penal porque se realiza por organismos distintos al órgano jurisdiccional.

2) OBJETO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Existen diversas teorías en relación a cual es el objeto del Procedimiento Penal, algunos autores como Juan José González Bustamante señalan que el Procedimiento Penal al igual que en cualquier otro Proceso se van a definir relaciones de derecho sustantivo, en nuestro caso, aquellas que nacen del delito, que estas relaciones son ajenas a las relaciones de orden formal que producen consecuencias jurídicas que crean facultades y obligaciones entre las partes, de esta manera en el Proceso se van a definir cuales son esas relaciones de derecho sustantivo y tienen como instrumento al Proceso según esto, se plantea la cuestión de considerar cual es el objeto y la finalidad del mismo.

Para este autor, el objeto del Proceso está constituido por el tema que el Juez tiene que resolver en la sentencia, que interesa mucho conocer las diversas cuestiones que van a debatirse; así, violada la Ley Penal nace una relación entre el estado y el individuo a quien se atribuye la comisión de un delito para que

demostrara plenamente la culpabilidad se le impongan - las sanciones o medidas de seguridad que correspondan, - sin embargo, al lado de esta relación nace otra de la - misma importancia que se refiere al desarcimiento del - daño causado por el delito y que en el procedimiento - penal mexicano forma parte integrante de la pena.

En el Proceso moderno acusatorio se requiere de manera imprescindible un organo de acusación, un or gano de defensa y un organo de decisión, de manera que si no existe esa triple función no podíamos decir que el proceso existe, por lo que la inculpación de un delito a determinada persona debe perseguir un fin práctico por la naturaleza misma del Derecho Penal. El - Ministerio Público ocurre ante el Juez ejercitando la - ejecución penal cuando estan satisfechos determinados - requisitos para fundarla y llevarla hasta su conclu- - sión.

El objeto del Proceso se divide para este -- autor en principal y accesorio, el objeto principal - afecta directamente al interés del Estado deriva de - las relaciones jurídicas de Derecho Penal que es con-

secuencia de la comisión de un delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo a quien le es imputable. Es necesaria la existencia de una inculpación concreta de un delito a determinada persona de manera que si falta la inculpación si la acción penal no se promueve el Proceso no puede nacer.

El objeto principal del Proceso tiene un carácter fundamentalmente público y esta regido por dos principios : *La no disponibilidad del objeto del Proceso y la inmutabilidad de su objeto.* El primero dice el Maestro siguiendo a Eugenio Florian, se refiere a una condición o una situación irrenunciable. El Proceso Penal por tener un carácter esencialmente público es indisponible ya que ninguna de las partes -- que en él intervienen están facultadas para desviar -- el curso de la investigación sosteniendo versiones -- convencionales ni para establecer limitaciones ni para imponer al Juez su criterio, de manera que el hecho punible se pueda comprender de diferente modo que en su denominación técnica que la origina la Ley Penal; el organo jurisdiccional goza de facultades pro-

pias para darle al delito una clasificación distinta de la que sostenga el Ministerio Público. Al ocurrir al Juez, el Ministerio Público consignando hechos punibles persigue dos finalidades : QUE SE IMPONGA AL RESPONSABLE DEL DELITO LA SANCIÓN O MEDIDA DE SEGURIDAD QUE CORRESPONDA Y SE DECIDAN INTEGRAMENTE TODAS LAS CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN EL PROCESO. Así el objetivo principal se dirige a satisfacer el interés social - mediante la reparación de derecho violado y se inspira en el más elemental principio de defensa colectiva contra el delito como elemento perturbador del orden social.

El Juez examina si existe delito y en la elaboración de las pruebas puede decretar o determinar la situación jurídica provisional del inculpado en función de los elementos aportados por el Representante Social.

De esta manera dice el autor, encontramos en el Proceso un objeto principal que consiste como se ha señalado en el conocimiento de la verdad histórica de los hechos para determinar si un hecho es o no delito, -

quien es el responsable y también un objeto accesorio que según González Bustamante, es una relación jurídica de orden patrimonial que se traduce en el resarcimiento del daño causado por el delito; en este orden de ideas en algunos delitos solo existe el objeto principal del Proceso por ausencia del paciente que hubiese sufrido un menoscabo en su integridad física o corporal y en otros, encontramos claramente la existencia de éstos dos daños *el social y el particular y consecuentemente el objeto principal y accesorio del Proceso.*

Alberto González Blanco, sin hablar específicamente de cuales son los fines del Proceso, señala que los actos que revisten las características del delito como opinan algunos tratadistas entre ellos Perego y Paoli citados a su vez por Alcalá Zamora y Castillo pueden originar dos diferentes tipos de acciones- *la penal derivada de la lesión o peligro de los bienes jurídicos de la sociedad y la civil, derivada de la lesión de los bienes, de los intereses jurídicos de los particulares.*

Que el objeto de las dichas acciones es - que se hagan efectivas las normas penales sustantivas en sus respectivas esferas y la diferencia que por su naturaleza se advierte entre ellas, impone - la necesidad de que se distinga separadamente la acción penal de la acción civil. (19)

Manuel Rivera Silva, hace la clasificación de los fines del Procedimiento Penal en los siguientes términos : *las divide en genéricos y particulares, los primeros o sean los generales dice que se refieren al procedimiento en general y se dividen a su vez en mediatos e inmediatos, los mediatos son los que persigue el Procedimiento a través del Derecho Penal y los inmediatos son los que persigue el Procedimiento con su carácter de Procedimiento Penal, a su vez, los mediatos los divide en genéricos que son aquellos perseguidos por el derecho en general y específicos, los perseguidos por el derecho en cuanto a derecho penal; los genéricos a su vez los divide en individualistas que tienen por objeto servir al individuo por encima de todo y trasindividualistas que tienen por objeto servir en primer lugar algo que*

se estima está por encima del individuo como son la religión, la cultura y el Estado, en tanto que los específicos que son los perseguidos por el Derecho en cuanto al Derecho Penal, van a establecer las formas de conducta que pugnan contra el delito mediante las cuales se hace posible el fin genérico.

Los fines generales inmediatos los clasifica este autor en genéricos y especiales, los genéricos son los que en forma global se persiguen en el Procedimiento Penal y que consisten en aplicar la Ley, sujetar la aplicación de la Ley a un Procedimiento especial., etc., en tanto que los especiales que son los que persiguen con todos y cada uno de los actos del Procedimiento son aquellos que sirven para investigar, reunir y comprobar los datos que la Ley fija como condicionantes de la sanción y reunir los datos necesarios para el ejercicio de la acción penal.

Los fines particulares para esta autor, son aquéllos que se refieren a cada uno de los períodos del Procedimiento en particular, así tenemos los

del período de preparación de la acción que tiene por objeto la reunión de los datos necesarios para el --- ejercicio de la acción penal; los del período de preparación de proceso, que son los que sirven para comprobar los datos que sirven de base al Proceso como - son, el cuerpo del delito y la posible responsabilidad y los del período del Proceso en donde encontramos, - los de instrucción que ilustran para que se pueda dictar sentencia, los del período preparatorio ó audiencia que son aquellos en los que las partes precisan - sus respectivas posiciones, los de la audiencia que - por medio de los cuales, las partes son oídas por el organo jurisdiccional y finalmente los de la sentencia, que son aquellos que preparan la aplicación de la Ley al caso concreto. (20)

Guillermo Colín Sánchez citando a Orbaneja señala que el objeto de cada proceso es un hecho y no una determinada figura delictiva ni una determinada - consecuencia penal; identificándose la acción penal solo desde el punto de vista objetivo; la acción puede identificarse con el hecho sobre el que recaé la acusación y si el objeto del proceso fuera un delito y -

no un hecho bastaría que se cambiara la tipicidad de un delito para que pueda juzgarlo un mismo sujeto bajo dos puntos de vista diferentes, señalando que esta teoría no ha tomado en cuenta, que dentro del ámbito jurídico únicamente determinados hechos conciernen a la materia procesal y que muchos otros no son tomados en cuenta para ella.

Este autor, cita fundamentalmente a dos tratadistas, a Beling y a Froilan.

Para Beling según el autor, el objeto Procesal es el asunto de la vida en torno al cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea propia del proceso, los demás asuntos de que los Tribunales deben ocuparse se enfrentan con el objeto, estos pueden ser los asuntos procesales mismos relación, acción etc., que constituyen actos anteriores a los que recaen sobre el objeto del proceso. Cabe distinguir -- además asuntos que no se refieren al proceso pero el objeto procesal penal no se encuentra constituido por cualquier asunto de la vida sino por asuntos penales -- esto es, casos de derecho penal o sea casos que si --

bien son de la vida son considerados desde el punto de vista del derecho penal, pero el asunto penal solo lo tomamos desde un punto de vista hipotético puesto que solo mediante el Proceso podemos determinar que hechos han acaecido efectivamente y si existen o no su punibilidad.

Para Eugenio Florian el objeto fundamental del Derecho Penal es una determinada relación de Derecho Penal que surge de un hecho que se considera delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la Ley Penal. Desde luego, no es necesario que la relación exista como verdad de hecho hasta que tenga existencia como hipótesis.

El objeto procesal desde el punto de vista de su finalidad debe entenderse como objeto del proceso, aquello sobre lo que recae la actividad que en el mismo desarrollan sus sujetos no debiendo confundirse con el fin, puesto que este es el que se propone conseguir, y citando a Fenech agrega, que los sujetos del -

Proceso desarrollan una serie de actos cuya fuente legal los conduce a un fin común, giran en torno a una petición a una defensa y por último a una actividad de examen, de decisión, que armonizan la petición y la defensa.

Señala que el Proceso en última instancia - tiende a la restauración del orden violado evitando la autodefensa pero que el objeto del mismo se divide en principal y en accesorio.

El objeto principal es aquella cuestión sobre la que versa el Proceso, es decir, la relación jurídica material de Derecho Penal y sin la cual no podría ser posible concebir su existencia.

El objeto accesorio es la consecuencia del objeto principal y cobra vida cuando se ha dado el -- principal aún cuando algunos autores como Jiménez --- Asenjo afirmen, que no debe hablarse de un objeto accesorio sino más bien de consecuencias derivadas de la existencia y subsistencia del objeto propio del Proceso, de cuenta que la reparación del daño tiende a ser-

un objeto accesorio del mismo afirmación que hace apoyándose en el carácter que reviste el Derecho Italiano la acción ejercida para hacerla efectiva, pues esta -- tiene carácter privado.

En el Derecho Mexicano sabemos que la reparación del daño está catalogada por pena pública cuando es impuesta al delincuente y debe pedirle al Ministerio Público en el Proceso, en tanto que la reparación del - daño exigible a terceros tiene un carácter accesorio.

El mencionado maestro clasifica los fines del Proceso en generales y específicos, los generales a su vez los subdivide en mediatos e inmediatos.

Los fines generales mediatos del proceso penal se identifican con el derecho penal en cuanto están dirigidos a la realización del mismo, que tienden a la defensa social entendida en sentido amplio contra la de lincuencia. El fin general inmediato es la relación de aplicación de la Ley en el caso concreto por lo tanto, en el Proceso se debe comprobar si el hecho cometido es

delito y si al que se le hace la imputación fue su autor o partícipe, para posteriormente fijar si éste sucede, la responsabilidad del delincuente.

Los fines específicos del Proceso para este autor son la verdad histórica y la personalidad del delincuente.

La verdad histórica es el conocimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación, es fin específico del Proceso Penal y es necesario determinarla razón por la cual deberá pugnarse por ello desde el inicio del procedimiento hasta su terminación. La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea de -- que el se forma el entendimiento por ende la verdad es lo real lo acaecido y cuando existe una adecuación de la idea a esa realidad podemos establecer que se conoce la verdad.

El Código Penal del Distrito Federal ordena que los Jueces al aplicar las sanciones tomarán en --- cuenta lo establecido por el artículo 51 y 52 del Códi

digo Penal es decir las circunstancias exteriores del delito y las particulares del delincuente, que independientemente de la discusión filosófica para saber -- cual es la verdad, el Procedimiento Penal se encamina a la obtención de esta y solo será posible lograr esto mediante el descubrimiento de un conjunto de elementos -- idóneos para reconstruir la conducta o hecho para reconstruir y conocer lo realmente acontecido y así valorarlo tomando en cuenta el orden jurídico preestablecido.

En esa forma como la verdad se refiere al pasado se le llama verdad histórica, que en el Proceso necesariamente debe referirse al objeto llamado principal y sólo será posible conocerla a través de la prueba, aspecto vital del proceso del que se ocupa esencialmente durante su desarrollo.

La personalidad del delincuente es de gran trascendencia en el ramo procesal, ya la Escuela Italiana durante el siglo pasado insistió sobre este problema como necesidad inaplazable para el logro de la justicia Penal.

La personalidad del delincuente o más bien, el estudio psicosomático del procesado, versara sobre el conocimiento del propio reo, sobre los elementos familiares ambientales e investigación social para reconocer su personalidad y el Juez esté en aptitud de dictar una resolución justa y aplicar el tratamiento individual adecuado en bien del sujeto y de la colectividad. (21)

Se ha insistido en estudiar la naturaleza - que debe abarcar un doble aspecto, el biológico y el psicológico para saber el mecanismo del delito y precisar el por qué se ha cometido y bajo que influencia el sujeto ha obrado en tal forma para así determinar las medidas adecuadas a su tratamiento.

De esta manera, los autores a que me he --- referido, distinguen perfectamente entre lo que llaman el objeto principal del proceso que consiste en el conocimiento de la verdad histórica del hecho es decir, - el conjunto de sus elementos que constituye la hipótesis prevista en la Ley Penal y la reparación del daño público que ocasionó ese delito y del daño privado ---

cuando es exigible directamente al responsable o sea al procesado, siendo de esta manera el objeto principal del proceso aquello que está contenido o es exigido por la Ley Penal derivada de la relación estrecha entre el Estado y el delincuente en tanto que el objeto accesorio del proceso que según he mencionado para la doctrina va a consistir en la reparación del daño, cuando esta es exigible a terceros en los términos del artículo 32 del Código Penal; es decir -- aquellos que responden por el delincuente en el pago de la reparación del daño que ocurre cuando se promueve el incidente correspondiente y que se fallará al mismo tiempo en la sentencia definitiva.

3) IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Como hemos mencionado, la prueba testimonial tuvo en sus orígenes capital importancia surgido de la necesidad de conocer los hechos delictuosos ocupando - un segundo término al lado de la confesión es decir, - la confesión y el testimonio eran por así decirlo los únicos medios que servían para conocer la verdad histórica de los hechos, desde el derecho de Justiniano ya se distinguían los testigos judiciales de los instrumentales, éstos últimos eran los que a ruego de las -- partes acudían a la celebración de un acto o un contrato para dar fé de su otorgamiento, dicha importancia del testimonio se revela no sólo como acto presencial de un fenómeno sino como el acto de fé de un acto de un hecho es decir, como acto de confirmación y como acto de comprobación la importancia tuvo su fundamento en el hecho de que pocas personas originalmente conocían la lectura al grado de que en el derecho antiguo español en las -- partidas se recomendaba a los jueces aprendieran a leer

para que pudieran fallar con mayor acierto, cuestión que queda de manifiesto porque ciertos obispos en algunos -- concilios no firmaban las actas por no saber hacerlo, la prueba de testigos tuvo por esas razones mayor valor que la prueba documental, de ello se tienen el dato histórico en la novela 73 de Justiniano.

Ya he mencionado en páginas anteriores que dentro de las pruebas en el procedimiento penal la prueba de testigos se revela como la más importante dentro de la - indiciaria es decir, considerado el testigo como el indicio más relevante a que se refiere el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales; la extensión legislativa - dedicada a la regulación de la prueba de testigos lo pone de manifiesto en la Ley de enjuiciamiento criminal ya que de 100 preceptos 70 los dedica a esta probanza lo que viene a confirmar el hecho de que suprimida la soberanía probatoria de la confesión y erradicada la utilización de tormento con los reos y testigos el testimonio aparece como - prueba completamente relevante.

En algunas legislaciones la prueba testifical dentro del proceso penal se regula de manera muy amplia en su admisión pues se convierte en la fuente de conocimiento más importante de muchas muy graves influencias criminales.

Eugenio Florian señala que dentro de las pruebas la testimonial es la que más se utiliza y más aprovecha al proceso penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para resolver y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación se desenvuelve con mayor energía.

Su importancia no puede echarse a menos ya que en general las manifestaciones de la delincuencia están muy lejos de prestarse siempre a ser determinadas por medios de pruebas preconstituídas, esta es entendemos, la principal razón de la trascendencia del testimonio en el proceso penal porque según lo pone de manifiesto -- Fenech en fundamento de la prueba testifical hay que buscarlo en la necesidad de valerse de este medio cuando se carece de todo otro o en combinación con otros y no ciertamente en la errónea presunción de veracidad de los --

individuos.

Estas consideraciones son fácilmente constatables si ponemos en relación la importancia de este medio de prueba decisivo en buena medida dentro del proceso penal con la importancia que reviste en el proceso civil.

Según Jaime Guasp, es cierto que las relaciones jurídicas de derecho privado con la cuidadosa elaboración de su contenido dan mucho más ámbito de aplicación al documento que al testigo a la inversa de lo que ocurre en el proceso penal pero no es menos cierto que también relaciones de puro hecho no configuradas jurídicamente con anticipación avienen al proceso civil con gran abundancia así como que en relaciones estrictamente jurídicas en enlace con su elaboración con elementos personales buscados deliberadamente o no es de extraordinariamente frecuente.

El desinterés de la Legislación por el testimonio o por mejor decir las limitaciones normativas a la utilización de este medio de prueba en materia civil proviene de muchos siglos, el título 16 de la partida -

III, diversos estatutos italianos y ordenanzas francesas así lo señalan; la regla general en el Proceso Civil Español es la admisibilidad de la prueba de testigos reconocida en su artículo 1294 de su Código Civil señalando que la prueba de testigos será admisible en todos los casos que se halle expresamente permitida, no obstante ello abundan casos en que este medio de prueba queda relegado en favor del documento por lo que se ha llegado a decir que el proceso penal es el reino del testimonio en tanto que el proceso civil es el reino del documento; sin embargo, ésto que puede valer para otras legislaciones no vale tanto para la mexicana en la que el testimonio está considerado como una prueba importante dentro de la prueba indiciaria pero que en casos determinados por circunstancias de hecho adquiere una absoluta relevancia probatoria.

Así en el proceso penal no se contemplan condiciones de inhabilidad, ineptitud o incapacidad para ser testigo y deponer validamente como ocurre en el Proceso Civil; es más, los incapacitados física o moralmente

te no podrán ser testigos lo que sí ocurre en el enjuiciamiento penal lo que en buena lógica esas personas podrían prestar declaraciones, por supuesto el Juzgador - la habrá de valorar tomando en cuenta cada una de las - circunstancias.

Lo anterior obliga a considerar que la - prueba testimonial tiene una concepción altamente privilegiada en el procedimiento penal, que dicha prueba requiere ser enjuiciada minuciosamente para estar en posibilidad de ubicarla en su estricto alcance y contenido; la Ley Penal de Procedimientos alude a la prueba -- testifical en infinidad de casos pero que sin embargo - deben ser analizados con absoluto cuidado ya que en -- ciertos delitos adquiere la prueba de testimonio prioridad absoluta como en el delito de injurias, calumnias - vertidas de palabra contra particulares, es decir en - aquellos delitos formales o sin resultado material.

SUJETOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

La prueba de testigos ha sido una prueba tasada en lo que atañe a las personas que pueden declarar como tales, como en lo que se refiere a la eficacia

probatoria de sus deposiciones; en el Derecho Romano como hemos visto lo fue por el primer concepto pero no -- siempre por el segunda ya que el Juez gozó durante mucho tiempo de la vista judicial para valorizar las declaraciones testimoniales.

Los clásicos y los Códigos que consideraron sus doctrinas, no permitieron que fuesen testigos -- por lo general los menores de 14 años sino en casos de imprescindible necesidad a juicio del Juez, los dementes y los idiotas, el ebrio consuetudinario, el que fue declarado testigo falso, el falsificador de letras, sellos o moneda, el tahur de profesión; los parientes por consanguinidad dentro del 4º grado y por afinidad dentro del 2º a no ser que el juicio versara sobre edad, parentesco, afiliación, divorcio o nulidad de matrimonio, un conyugue a favor del otro, los que tengan interes directo o indirecto en el pleito, los que vivan a expensar o del sueldo del que los presente a excepción de los juicios de divorcio en los que es admisible su testimonio quedando reservado al Juez la calificación que deba dar a su dicho, el enemigo capital, el Juez en el pleito que juzgo, el abogado o procurador en el negocio en el que lo sean o hayan sido, el tutor y el jurador por los menores y estos por aquéllos mientras que no fueren aprobadas las -

cuentas de la tutela.

Estas personas eran consideradas como inhabiles para declarar como testigos de lo que se seguía -- esas declaraciones no tenían validez en caso haberse producido también fueron considerados inhabiles en determinadas épocas los apostatas, los herejes, los esclavos, los infieles a la mujer, en general a los excomulgados.

Eduardo Pallares señala acertadamente que el Código Vigente se ha apartado de esa tradición y no -- hay en él, precepto alguno que excluya de la prueba testimonial a ninguna persona, ya vimos de que manera su artículo 556 del Código de Procedimientos Civiles previene -- que todos los que tengan conocimiento de los hechos que -- las partes deban probar obligadas a declarar como testigos.
(22).

Ya he mencionado que del conjunto de pruebas que sirven para conocer la verdad histórica del hecho, existe la prueba testimonial como uno de sus elementos fundamentales, esa prueba testimonial según he mencionado va a tener mayor importancia a medida que los demás elementos probatorios resultan insuficientes para comprobar el delito o en su caso la no responsabilidad.

La prueba testimonial según he referido en este trabajo aparece en diferentes épocas de la Historia, asumiendo diversas formas para su obtención, para su desahogo y para su valoración; desde su origen encontramos que el testimonio de terceros que conocieron el hecho delictivo es fundamental para el proceso, porque relatan su vivencia o la contemplación del fenómeno que han producido, la falta de elementos probatorios que lleven a la convicción del órgano jurisdiccional respecto de los hechos considerados como delitos tienen capital importancia no solo para el procedimiento penal moderno sino que

también este fenómeno lo contemplamos en el Derecho primitivo en el que dicha prueba como he mencionado presentó diversas modalidades; en ocasiones se tomaba el testimonio singular como una verdad absoluta cuando lo llevaba a cabo alguna persona de cierta categoría económica social o clasista; en otras se tomó en cuenta su número, la calidad moral del individuo que declaraba y en otras más, se llegó hasta considerar al testimonio como la prueba esencial del procedimiento elevándola a la categoría de reyna de las pruebas.

El testimonio en cuanto a su calidad tuvo diversas variantes ya se tratara del procedimiento civil o del procedimiento penal, ya he mencionado como en Roma el concepto de la deposición testimonial solo tuvo como elemento distintivo y fundamental que cuando sus efectos se producían en contra o en perjuicio del propio declarante se le denominó confesión y cuando no revestía este carácter se le llamó testimonio. La exposición verbal de la experiencia en la contemplación de un fenómeno considerado como delito ha llevado a la doctrina a innumerables discusiones tanto para establecer la valoración de la prueba del testimonio como pa-

ra medir su importancia procesal en función de la -
cantidad de pruebas existentes en el Proceso.

La prueba testimonial de esta manera ha tenido
importancia fundamental ó accesoria, pero siempre -
necesaria en el procedimiento penal cuya aceptación o -
valoración ha cambiado a lo largo de la historia del --
proceso y en función de las diversas políticas crimina-
les o procesales que las legislaciones antiguas y modernas
han considerado prudente establecer.

Así la prueba testimonial aparece por una parte
como un elemento esencial del proceso dentro del -
fin mismo de éste, que sirva para obtener el conocimiento
de la verdad de los hechos y en segundo lugar, ha sido
motivo de múltiples conceptos, valoración y medidas-
políticas en la administración de justicia, por ello esti
mo que la prueba testimonial debe analizarse cuidado-
samente en virtud de que como he mencionado su presen-
cia en el procedimiento penal es necesaria y la políti-
ca procesal que sobre ella quiera establecerse va a te-
ner como consecuencia necesaria determinar cual es su -

naturaleza, por ello, la prueba testimonial en mi concepto es una de las más controvertidas y la que reviste mayor importancia en el proceso respecto a los demás medios de prueba, toda vez que en el medio a través del cual el ser humano comunica sus experiencias en función de un orden social para velar por la subsistencia o restablecimiento de ese orden cuando ha sido violado por la comisión de un hecho delictuoso.

Por tales razones, el trabajo que hoy presento como Tesis Profesional pretende aunque sea someramente - plantear la problemática que presento para el proceso la prueba de testigos y proponer su reforma en los términos que me refiero más adelante.

- (14) GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. ED. PORRÚA, MÉXICO 1967. P. 122-123
- (15) COLÍN SÁNCHEZ OP. CIT. P. 231-232
- (16) RIVERA SILVA MANUEL, PROCEDIMIENTO PENAL. ED. PORRÚA MÉXICO 1963. P. 157 Y S. S.
- (17) GONZÁLEZ BLANCO, OP. CIT. P. 38
- (18) GONZÁLEZ BUSTAMANTE OP. CIT. PÁGS. 136 Y SIGS.
- (19) GONZÁLEZ BLANCO, OP. CIT. P. 43
- (20) RIVERA SILVA MANUEL OP. CIT. P. 35
- (21) COLÍN SÁNCHEZ OP. CIT. P. 68
- (22) PALLARES EDUARDO DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL PORRÚA MÉXICO 1973. P. 761.

CAPITULO TERCERO

- A).- LA FUNCIÓN DE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.
- B).- DEBERES U OBLIGACIONES EN QUE SE DE--SENVUELVE EL TESTIMONIO.
- C).- VALORACIÓN DEL TESTIMONIO EN LA SENTEN CIA.
- D).- LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN LA SENTENCIA.

A).- LA FUNCION DE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Ya he mencionado en capítulos anteriores que la prueba testimonial reviste capital importancia en el procedimiento penal pues la misma se pone de manifiesto desde que el organo investigador del Ministerio Público se avoca al conocimiento de un hecho que la Ley considera como delito y procede a investigarlo.

Independientemente de las huellas materiales que el delito pueda dejar despues de haberse cometido cobra capital importancia la manifestación de las personas que tuvieron conocimiento del hecho delictivo, fundamentalmente en aquellos delitos que no dejan huella material y en los que el Código de procedimientos penales establece que su cuerpo debe acreditarse con los elementos materiales de la infracción, según lo establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales; ya he señalado que la doctrina estima que los redactores de ese artículo siguiendo los Códigos de 1929, 1894 y 1880 establecen reglas especiales para la comprobación del cuerpo de algunos delitos en particular, pero que finalmente resultaron mezcladas y confundidas con otros elementos que tienen mayor afinidad con la investigación que ha de realizar la policía o con las circunstancias de ejecución.

La disposición que se comenta suple las deficiencias y los errores así como las imperfecciones en que se incurrió al establecer el principio general del que el cuerpo del delito se acredita mediante la comprobación de los elementos materiales del mismo y cuyos elementos han de ser los que se desprendan de la definición que establece el Código Penal.

Sin embargo independientemente de lo que señala la doctrina, la prueba testimonial adquiere mayor importancia en la medida en que faltan pruebas que acrediten el delito, --- cuando resulten insuficientes o bien cuando se trata de delitos que no dejan huellas materiales de su perpetración. En este aspecto, es pertinente establecer que la función de la prueba testimonial es esencial en el procedimiento y en este orden de ideas la Constitución General de la República -- establece que cuando se tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso existe la obligación de declararlo ante la autoridad encargada de su investigación, si bien, no previene cual es la sanción que se podía establecer ante tal -- omisión aunque ello se encuentra salvado con las medidas de apremio que tiene el organo jurisdiccional para obligar a los testigos a comparecer en juicio en el caso de que se -- nieguen a hacerlo.

Para la comprobación del cuerpo del delito, la función de la prueba testimonial es básica en aquéllas infracciones penales que como en el delito de injurias la difamación, las amenazas etc., no dejan huella material; en estas infracciones penales se va a comprobar su existencia mediante la declaración de dos testigos dignos de fé que hayan vertido su declaración bajo protesta de decir verdad y que coincidan en la substancia aunque discrepen en los accidentes y más aún, cuando no existan otros elementos que sirvan para comprobar el cuerpo del delito o bien tratándose de la probable responsabilidad.

La utilización de la prueba testimonial en la averiguación previa para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad resulta a todas luces criticable y monstruosa pues un sujeto puede verse involucrado en la comisión de un hecho delictuoso por la calumnia de dos personas que previamente se hubieran puesto de acuerdo o bien cuando por las circunstancias del delito no pudiera o no hubiera estado en posibilidad de ofrecer pruebas de su inocencia, aunado a lo previsto por el artículo 9° del Código Penal que establece la presunción de intencionalidad en todos los delitos dolosos, ello traería como consecuencia una sentencia condenatoria por un delito que no ha cometido; lo

anterior, no solamente tratándose de la presunta responsabilidad que en última instancia se puede desvirtuar en el proceso sin embargo, la práctica viciosa de nuestro procedimiento en la averiguación previa hace que comparezcan testigos falsos - que aseveren hechos que no existían y además que se involucran en hechos delictuosos a personas que nunca participaron y que están lejos de verse inmiscuidas en problemas penales.

Sin embargo, a pesar de tantas irregularidades que ocurren en la práctica es innegable la importancia de la prueba de testigos en el procedimiento penal, así, testimonio se revela actualmente como la más importante de las pruebas tanto cualitativa como cuantitativa, la extensión dedicada a la regulación a la prueba de testigos en las legislaciones procesales revela su gran importancia y viene a confirmar el hecho de que suprimida la soberanía probatoria de la confesión y erradicada la utilización del tormento para con los reos y testigos, el testimonio aparece como el medio de prueba con mayor relevancia dentro del proceso penal, así lo contemplan recientemente los Tribunales Superiores de algunos Estados Sudamericanos en los que la prueba testimonial dentro del proceso se regula de manera amplia en su admisión al tener conciencia el Legislador de ser posiblemente la fuente de conocimiento más importante de muchas y muy graves infracciones penales pues la prueba presuncional a que se refiere el-

artículo 261 de nuestro Código de Procedimientos Penales viene a constituir solamente en la sentencia una forma de concluir con los elementos aportados en el proceso pero de ninguna manera se trata de un conocimiento directo de los hechos - que hace el testigo y su información ante el organo jurisdiccional.

Algunos autores como Florian señalan que dentro de las pruebas la testimonial es la que más se utiliza y la que más aprovecha el Proceso Penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para resolver y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación judicial se desenvuelve con mayor energía, su importancia no puede echarse a menos ya que en general las manifestaciones de la delincuencia están muy lejos de prestarse siempre a ser determinadas por medio de pruebas preconstituidas, asimismo, otros autores como Fenech señalan que el fundamento de la prueba testimonial hay que buscarlo en la prueba de la necesidad de valerse de este medio cuando se carece de todo otro o en combinación de otros y no ciertamente en la errónea presunción de la veracidad de los hombres. (23)

Estas consideraciones son fácilmente constatables si ponemos en relación de importancia a este medio de prueba dentro del proceso penal con la que reviste en el proceso civil,

Jaime Guasp señala que es cierto que las relaciones jurídicas de derecho privado con la cuidadosa elaboración de su contenido dan mucho más ámbito de aplicación al documento - que al testigo, a la inversa de lo que ocurre en el proceso penal pero no es menos cierto que también relaciones de puro hecho no configuradas jurídicamente con anticipación advienen al proceso civil con gran abundancia así como que en relaciones estrictamente jurídicas el enlace de su realización con elementos personales buscados deliberadamente o no es extraordinariamente frecuente.

El desinterés en la legislación por el testimonio - o por mejor decir las limitaciones normativas a la utilización de este medio de prueba en el orden civil provienen de muchos siglos atrás, la partida III en su título XVI, diversos estatutos italianos y ordenanzas francesas como la ordenanza de Maulins de 1556 y de 1667 señalan que la prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se encuentre espresamente prohibida no obstante ello hay numerosos casos y supuestos en los que este medio de prueba es -- abandonado al documento.

Se llegó a afirmar por tales motivos que la reyna de las pruebas en el procedimiento penal es la prueba testimonial lugar que actualmente ocupa la prueba presuncional,-

sin embargo, en el procedimiento penal ya hemos visto que no se contemplan condiciones de inhabilidad, ineptitud o incapacidad para ser testigo y deponer válidamente como sucede en el proceso civil, la incapacidad física o moral, la minoría de edad las relaciones de parentesco, no impiden aceptar y obtener la prueba testimonial con la única limitación de que en la sentencia se le dé su valoración adecuada motivando y razonando cada una de las circunstancias psicológicas o personales de que presentaba el testigo en el momento de deponer su declaración.

La Legislación Procesal Penal, establece cual es la importancia fundamental del testigo en la averiguación previa y en el proceso, aunque existan medios de contradicción para los testigos en el proceso, deja en entredicho el sistema de la prueba testimonial ya que la misma adolece de grandes defectos que puede ocasionar o provocar notorias y absurdas injusticias trayendo inseguridad para la colectividad.

B).- DEBERES U OBLIGACIONES EN QUE SE DESENVUELVE
EL TESTIMONIO.

Ya he señalado en otro capítulo de mi tesis que el testimonio es un deber jurídico que establece el artículo-191 del Código de Procedimientos PENALES PARA EL Distrito-Federal el que establece que toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el Juez estime necesario su examen y que el valor probatorio se aquilatará en la sentencia, el testigo será cualquier persona que pueda dar alguna luz en la averiguación de un delito, pero la facultad que tiene el Juez de estimar necesario su examen es relativa, pues como puede observarse, el órgano jurisdiccional no puede prejuzgar sobre la pertinencia o impertinencia de las pruebas en la instrucción; asimismo, dicha obligación está contenida en el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales establecida en términos semejantes y sancionada dicha obligación con el artículo 182 del Código Penal que establece las sanciones, pero no su testimonio.

Las obligaciones de rendir testimonio dice la doctrina se desdobra por consiguiente en otras obligaciones que son las de comparecer, las de protestar y las de declarar - sin embargo estas obligaciones sufren excepciones en algunos casos determinados por la Ley según Arilla Baz. (24)

Estan obligados de comparecer, de protestar y de declarar todas las personas, excepto los agentes diplomáticos extranjeros y aquéllos otros individuos que conforme a los tratados y a los usos internacionales, al derecho de reciprocidad gocen de inmunidad de jurisdicción.

La inmunidad de los agentes diplomáticos fué reconocida, dice la doctrina en la convención de los funcionarios diplomáticos adoptada por la Sexta Conferencia Internacional Americana de la Habana del 20 de febrero de 1928 en la que se estableció que la inmunidad se inicia cuando el agente cruza la frontera introduciéndose al territorio nacional y dura en tanto no se extinga su comisión, sin embargo, el agente puede renunciar a la inmunidad con autorización de su Gobierno.

En cambio están exceptuados de otorgar la protesta de Ley pero deben comparecer y declarar los menores de 14 años - que según el artículo 213 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 247 párrafo III del Código de Procedimientos Penales únicamente deben ser advertidos para producirse con verdad y no deben ser protestados.

Asimismo, están exceptuados de la obligación de comparecer pero sí tienen la obligación de protestar y de declarar los altos funcionarios de la Federación que son como sabemos los siguientes :

Los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República ya que el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 245 del Código Federal también de Procedimientos Penales establece que fuera de enfermedad o imposibilidad física toda persona está obligada a presentarse al Juzgado cuando sea citada; pero sin embargo, cuando haya que examinar a los altos funcionarios de la Federación el Juez -

se trasladará a la habitación u oficina de dichas personas para que declaren o lo harán por oficio urgente, desde luego la declaración de oficio es contraria al principio de inmediatividad y -- desnaturaliza la prueba testimonial.

En tanto que estan exceptuados de la obligación de declarar aquéllas personas imposibilitadas físicamente ya que si el testigo tiene la obligación de manifestar el fenómeno que percibió, dicho fenómeno debe estar acorde con sus facultades sensoriales o perceptivas, de esta manera las personas están exceptuadas para declarar siguiendo al tratadista que he señalado :

Las personas que no tengan capacidad de juicio o capacidad sensorial puesto que si no tienen capacidad sensorial no pueden percibir el fenómeno y si no tienen capacidad de juicio no pueden declararlo al Organo Jurisdiccional,

Las personas que no pueden manifestarse exteriormente por ejemplo el niño que no sabe hablar, el --

sordo o el mudo, aunque en este último caso si lo puede hacer por medio de intérpretes y no en el caso del menor de edad que por su situación personal no puede manifestar aún lo que percibe.

Tampoco puede hacerlo el tutor, el curador, el pupilo o el conyuge del acusado, sus parientes consanguíneos afines en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grados y en la colateral hasta el tercer grado y los que estan vinculados por respeto, amor o gratitud, según lo establecen los artículos 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 243 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Las personas obligadas a guardar secreto -- profesional no son objeto de exclusión especial por -- parte de los Códigos procesales, sin embargo, para -- ellas constituye el silencio un deber pues declarando- cometerían un delito de revelación de secretos sancio- nados por el artículo 211 del Código Penal que estable- ce en su título noveno capítulo único que la sanción - será de uno a cinco años y multa de 50 a 500 pesos y - suspensión de profesión en su caso de dos meses a un -

año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos, o por -- funcionario o empleado público o cuando el secreto pu-- blicado o revelado sea de caracter industrial.

Esta afirmación comprende a todos los profesionales en general. El profesional no puede fundar su negativa en el secreto en tanto no se le haya formulado la pregunta cuya respuesta quebrantaría por lo que está obligado a comparecer ante la autoridad que lo haya citado y a responder a todas aquéllas preguntas que no -- entrañen peligro de quebrantarlo.

Asimismo aquéllas personas cuya declaración-- cause daño a sí mismas, no tienen la obligación de de-- clarar; la negativa a declarar está amparada en la ex-- cluyente de responsabilidad a que se refiere la frac-- ción IV del artículo 15 del Código Penal y en el caso-- de secreto profesional la exclusión se extiende solamente al deber de contestar las preguntas cuyas respuestas se causarfa daño a sí mismo.

De esta manera, la obligación de declarar en el testigo se desenvuelve como he mencionado en la obli gación de comparecer, de protestar y de declarar ya que

de esta manera la Ley pretende aunque sea en forma por demás subjetiva influir en el testigo para que éste se produzca con verdad, no obstante ello, la declaración de los testigos deja mucho que desear y se pone en evidencia a medida que en la práctica el procedimiento penal aparece viciado y vicioso pero sí podría diseñarse un procedimiento del control testimonial sujetándolo a un estricto examen tasado que propongo en la presente-tésis.

c).- LA VALORACION DEL TESTIMONIO EN LA SENTENCIA.

El Código de Procedimientos tanto para el Distrito, como Federal establecen las reglas a las que deberá sujetarse la obtención de la prueba de testigos, el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales establece que antes de que los testigos comiencen a declarar el Juez los instruirá de las sanciones que impone el Código Penal a los que se conducen con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de Ley y que esto podrá hacerse cuando estén reunidos todos, el artículo 248 del Código Federal de Procedimientos Penales establece a este respecto que despues de tomarle la protesta de decir verdad a los testigos se les preguntará su nombre-apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación si se haya ligado con el inculpado o el ofendido por vínculos de parentesco amistad o algún otro, o si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos; pues de no ser así el testimonio sería nulo ya que se establece como requisito sine cuanon, la obligación de protestar pues aún cuando unos pueden ser testigos de los hechos realizados por los otros, todos son partes del procedimiento y por ello tienen el derecho de estar presentes en el proceso.

Finalmente se señala que si de la instrucción aparecieren indicios bastantes para sospechar de algún testigo en el sentido de que se haya producido con falsedad el Ministerio Público mandará compulsar las constancias procesales y estimará si procede hacer la averiguación correspondiente para en su caso proceder con arreglo a la Ley.

Los menores de 14 años según el Código que comento y es de 18 solamente serán exhortados para decir verdad de tal manera que como he mencionado, el procedimiento establecido por la Ley para obtener la prueba testimonial está sujeta a una serie de principios que la Ley considera idóneos para asegurar la veracidad del testimonio, para establecer los posibles vicios en su obtención o descubrir la falsedad en los mismos a fin de que ello sea valorado adecuadamente en la sentencia, dicho procedimiento sin embargo como lo he mencionado es vicioso y arbitrario porque la protesta no constituye ninguna garantía para que el testimonio se produzca con veracidad, la prohibición de comunicarse los testigos durante el desahogo de la prueba tampoco constituye una garantía de que éstos no se hayan puesto de acuerdo sobre los hechos a declarar como tampoco la protesta va a representar un índice adecuado para estimar que el mismo tenga -

Señala así mismo el artículo 207 que los testigos declararán de viva voz sin que les sea permitido que lean las respuestas que lleven escritas, sin embargo podrán ver algunas notas o documentos que lleven según la naturaleza de la causa a juicio del Juez y el Ministerio Público puede examinar a los testigos haciéndoles las preguntas que estime conveniente.

El artículo 208 establece que las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible de las mismas palabras empleadas por el testigo, si este quisiera dictar o escribir su declaración, se permitirá hacerlo y si la declaración se refiere a algún objeto puesto en depósito después de interrogar al testigo de las señales que caracterizan dicho objeto se le mostrará para que lo reconozca y firme sobre él si fuere posible, agregando que si la declaración se refiere a un hecho que hubiere dejado vestigios permanentes en algún lugar el testigo podrá ser conducido a él para que haga las explicaciones convenientes, concluida su declaración se leerá al testigo la misma o la leerá él si lo quisiere para que en su caso se ratifique o rectifique, o se entiende e inmediatamente después se procederá a su firma.

una valoración adecuada en el proceso puesto que los vicios de la prueba testimonial se ponen en evidencia en todo el curso del proceso a medida que desaparecen los valores tradicionales de la sociedad que existían anteriormente o en épocas pretéritas en las que la declaración bajo protesta significaba una declaración de honor, actualmente, la pretensión del Legislador está muy lejos de constreñir al testigo a conducirse con verdad y las fórmulas establecidas por nuestro Código únicamente quedaron como meros recuerdos de aquéllas épocas en las que la declaración de una persona bajo su honor constituía una verdadera garantía de la personalidad humana.

D).- LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN LA SENTENCIA.

La sentencia penal como el acto que concluye - el proceso viene a constituir la síntesis de las pruebas - aportadas en el proceso y para estimar su valor probato- - rio la Ley ha establecido una serie de reglas de valora- - ción a las que brevemente me voy a referir, estas reglas - están contenidas en el artículo 256 del Código del Distri - to y son las siguientes :

Señala el Código Procesal que las declara - ciones de dos testigos hábiles harán prue - ba plena si concurren los siguientes re - quisitos :

- I.- Que convengan no solo en la sustan - cia sino en los accidentes que re - fieran.
- II.- Que los testigos hayan oído pronun - ciar las palabras o visto el hecho - sobre el que deponen ya ha quedado - señalado que no encontramos en nues

tra Legislación la idea de lo que debemos suponer por testigos hábiles, sin embargo, siguiendo a los tratadistas es testigo hábil, -- aquél que teniendo capacidad de percepción y juicio está en aptitud de producir ante el organo jurisdiccional sus experiencias.

El artículo 257 establece que hará prueba plena también la declaración de dos testigos si convienen - en la sustancia aunque no convengan en los accidentes si esto a juicio del Tribunal no modifican la esencia del hecho, si por el contrario la modifican el dicho de cada uno de estos testigos se convertirá en una simple presunción.

Artículo 258 si por ambas partes hubiere --- igual número de testigos contradictorios el Tribunal se decidirá por el dicho de los que merezcan mayor confianza. Si todos la merecen igual y no hay otra prueba absolverá al acusado.

Artículo 259 si por una parte hubiera un mayor número de testigos el Tribunal decidirá por la mayoría siempre que todos concurren iguales motivos de confianza, en caso contrario obrará como lo dicte su conciencia.

La confianza en los testigos estará ahondada en lo establecido por el artículo 255 del Código que establece su calidad en función de su habilidad, su capacidad e instrucción, así como su criterio, su probidad, su independencia con los hechos, que la deposición no haya sido arrancada por miedo o por violencia y que sea clara, precisa y sin dudas ni reticencias.

El artículo 260 señala que solamente producen presunción :

- I.- Los testigos que no convengan a la sustancia, los de oídas y la declaración de un solo testigo.
- II.- Las declaraciones de testigos singulares que versen sobre actos sucesivos referentes a un mismo hecho.

III.- La fama pública.

IV.- Las pruebas no especificadas a que se refiere la última parte del artículo 135 siempre que no hayan sido desvirtuadas por cualquier otro medio de prueba de los especificados en las cinco primeras fracciones del mismo artículo.

Atento a lo anterior, la doctrina señala que son testigos contradictorios, los que no convienen en la sustancia; los de oídas son los que solo percibieron el hecho en forma indirecta; son únicos, los que su declaración nos dá apoyada con otros elementos y los singulares, los que percibieron parte del hecho sobre el que están declarando.

Ya he mencionado a lo largo de esta tesis profesional que hoy presento, que el sistema de valoración en la sentencia de la prueba testimonial según nuestros Códigos Procesales es absolutamente criticable y deja mucho que desear; en mi concepto, la prueba testimonial independientemente de su número e independientemente de su calidad, debe establecerse como un mero -

indicio y formar parte dentro de la prueba presuncional que establece el artículo 261, no podemos considerar -- que dicha prueba se le deba dar el valor absoluto pleno cuando existan dos o tres testigos inclusive que coincidan en la substancia y coincidan en los accidentes puesto que se ha comprobado en la práctica que la fabilidad humana tanto del testigo como del Juez para la apreciación de dicha prueba se da periódicamente y cotidiana--mente en los Tribunales, que los testigos comunmente --son objeto de soborno y que según nuestro absurdo sistema de la prueba testimonial es suficiente ante la ausencia de pruebas de fondo, que es suficiente que dos testigos manifiesten que un individuo no estuvo en el lugar del hecho delictuoso y que esas declaraciones coincidan en la sustancia y en los accidentes, para que los delitos más graves queden impunes a la inversa, que dos o tres testigos produciéndose falsamente ante la Autoridad manifiesten que una persona que no tuvo participación en un hecho delictuoso estuvo presente y que lo cometió, para que dicha testimonial que como he mencionado unida a la presunción de dolo en los delitos intencionales que establece el artículo 9° del Código Penal haga --prueba plena y lleve al absurdo de aplicar al Juez a --tomar esas declaraciones falsas como prueba plena y llegar inclusive a condenar absurdamente a un inocente, a--

una pena leve o grave o bien, a llevar la impunidad de hechos delictuosos a peligrosos delincuentes que avezados en el procedimiento penal por la familiaridad que tienen con él, traerían como consecuencia su impunidad en hechos delictuosos.

Atento a lo anterior, estimo que el sistema de prueba testimonial de nuestro sistema procesal debe cambiarse radicalmente tanto en su obtención como en la valoración en la sentencia revisando sus reglas en la forma que propongo.

- (23) FLORIÁN EUGENIO. DE LAS PRUEBAS PENALES.
ED. TEMIS. BOGOTÁ. 1969 T. II. P. 67
- (24) ARILLA BAS. OPUS CIT. PS. 125 Y SIGS.

CAPITULO CUARTO

LA PRUEBA TESTIMONIAL

- 1) ANTECEDENTES Y CONCEPTO
- 2) CLASIFICACIÓN
- 3) LA CRÍTICA DEL TESTIMONIO
- 4) REFORMAS QUE SE PROPONEN

1) ANTECEDENTES Y CONCEPTO.

Por lo que se refiere a los antecedentes en la prueba testimonial algunos autores como Teodoro Mommsen - señalan que en el Derecho Penal Romano la prueba penal - no estaba sujeta a las formalidades legales de la prueba civil, la sponsio y la prestación de juramento eran los medios adecuados para resolver las cuestiones jurídicas - desde el punto de vista legal, pero no lo eran para producir acerca del acto controvertido aquella convicción - íntima sin la que no debiera dictar su sentencia un Tribunal de Justicia Penal; por esta razón, la confesión en el procedimiento penal no tenía el valor absoluto que se le asignaba en el procedimiento civil, si la citada convicción debía producirse necesariamente respecto a la verdad histórica de los hechos exigía la reflexión inteligente y el examen concienzudo para evitar la posibilidad de error en cuanto que impedía condenar a alguien en caso de duda.

La absolución por duda no implicaba la culpabilidad del acusado sino solamente la afirmación de que no estaba demostrada su culpabilidad, las fuentes de derecho romano no están enumeradas sistemáticamente ni regulados los medios de prueba de que el Juez podía servirse para -

llegar a la convicción, no obstante ello, los más importantes y los únicos utilizados en Roma con cierta precisión - eran en primer lugar, las declaraciones del procesado, las declaraciones del testigo y el material probatorio obtenido por vía de registro de una casa y principalmente, el material escrito o documentado.

La inspección ocular del Magistrado que podía darse en los casos de injuria y otros medios de reconocimiento de que se podía echar mano por la prueba parece que no producían resultado por cuánto que el material que los mismos ofrecían no eran suficientes para sacar conclusiones generales, por lo que los rasgos generales de la prueba que se analiza en el procedimiento acusatorio y en el antiguo procedimiento penal, así como la convicción, brevemente era la siguiente :

Las declaraciones de una persona respecto a un hecho se denominaban confesión cuando resultaba perjudicial así misma, en los demás casos - se le denominaba testimonio, pero cabe hacer notar que en ninguna de las dos había diferencia entre lo manifestado por un hombre libre y un individuo no libre, si bien desde el punto de vista jurídico tenían distinto valor y se -

denominaban de distinta manera; el testimonio o testimonium no se aplicaba más que a los hombres libres de tal manera que las manifestaciones de los hombres libres requerían reglas especiales en cuanto a su admisibilidad o no admisibilidad, en cuanto a la libertad o a la coacción para prestarlo o bien en cuanto a la forma que debería prestarse.

Es importante el análisis de los antecedentes de la prueba testimonial que presento como Tesis Profesional en virtud de que cada uno de los aspectos que ya se aprecian en Derecho Romano los vamos a observar aún cuando no expresamente contenidos en nuestra Legislación y su tratamiento nos va a conducir a las distintas formas que nuestro Código reconoce al valor del testimonio y a los motivos por los cuales se crea el sistema de apreciación de la prueba testimonial.

En las declaraciones de hombres libres en el Procedimiento Penal Romano se tomaba en cuenta la condición personal de los mismos para apreciar su valor mas no

para el acto mismo de recibirlas; algunos señalan que en el procedimiento criminal romano se utilizaron testigos mujeres y aún niños y que cuando se trataba de hombres no libres era la única forma de prestar el -- testimonio, en cambio se imponían aquí motivos de piedad y es de presumir lo que ya el procedimiento criminal primitivo en que intervenía solo el Magistrado la costumbre hubiese restringido la facultad que éste tenía para interrogar a todo el mundo imponiendo coactivamente la obligación de contestar y que la restricción tuviera por objeto impedir que el interrogado -- perjudicase con sus declaraciones a personas allegadas a él faltando a ciertas conveniencias y deberes - y se aplicaba por ello esta restringición a tres casos :

- a).- *Cuando se tratara de ascendientes y descendientes;*
- b).- *Cuando se tratara de un lado del patrono y de sus descendientes y de otro de liberto y los suyos o sea de los clientes, la costumbre de -- tiempos posteriores refirió esta limitación al patrono a su hijo de un lado y al liberto del mismo.*

c).- Aquéllos en que hubiese de deponer el proyecto jurídico, el abogado o procurador, el patronus en ese sentido contra su defendido o cliente.

Así encontramos que existen limitaciones relativas a la obligación de prestar testimonio a la que se añadía otra que contradice la facultad que en principio tenía el Magistrado para exigir que declarase toda persona capaz de declarar pues por exclusión de la Ley no se admitía el testimonio de persona que se hallase condenado criminalmente ni tampoco el de individuos que por causas diversas estaban infamados, de esta manera, sin que la Ley lo establezca nuestro Código de Procedimientos Penales en mi concepto debería de precisar todos estos factores que lleven al juzgador a la apreciación correcta de la prueba testimonial cuestión que en la práctica es desatendida ya que erróneamente se ubica al testimonio como una prueba superior en ciertos casos.

La exclusión de estas personas para prestar testimonio servía para certificar solemnemente la efectividad de un acto haciendo asistir a terceras personas, el derecho de prestar fé estaba prohibido justificadamente -

tanto a las mujeres como a aquéllos individuos que estaban privados del mismo por vía penal, la equiparación del testimonio prestado en la instrucción penal y el -- prestado por medio de dar fé quedaba declarada por el hecho de que en el procedimiento criminal antiguo se prestaba por lo general el primero ante los ciudadanos ante la Asamblea, en el procedimiento acusatorio se prestaba públicamente ante los jurados de tal suerte que el acto de declarar tenía que ser considerado en cierta medida -- como una función pública a consecuencia de ésto se evitaría en lo posible el servirse como testigos a individuos indignos y cuando se hiciera realmente indispensable utilizar su testimonio se acudiría a la forma secundaria de testimoniar.

Reviste importancia establecer si la facultad de prestar declaración correspondía al propio interrogado o bien si podía obligarsele a declarar; dice Momsen que en los primeros tiempos la regla general era que el Magistrado tuviera un derecho limitado a interrogar y que por el contrario carecían de él los particulares, por consecuencia en los pleitos privados aún los que se seguían -- por motivos de delito las partes no podían obligar a su --

contraria a declarar sobre sucesos efectivos y el Magistrado que instruía el pleito no hacía tampoco uso de tales facultades pues el procedimiento penal público culminaba cuando en él intervenía el Magistrado y los Comicios en cuyo caso acontecía lo contrario, pudiéndose advertir que no había diferencia alguna en el caso en que el interrogado depusiera acusando a alguien ya que él únicamente prestaba su testimonio o bien en el caso en que la interrogación se llevara a efecto por vías de cognición o que tuviese lugar después de haber presentado la demanda en el proceso inquisitorio, advirtiéndose también que al Magistrado no se le ponían limitaciones en cuanto al número de personas que podrían citar para declarar ni en cuanto al mínimo ni en cuanto al máximo lo que implicaba una situación de desigualdad para la defensa y más aún, en la adquisición, que suponía y reproducía la cognición; el inculpado no tenía ningún derecho reconocido -- por la Ley a proponer testigos de cargo, y/o de descargo y lo único que se le permitía después de haber apelado a la buena voluntad del que hacía la adquisición era pedir la protección de los Tribunales para que mediante ella se permitiese la oportunidad de presentar un testigo; estas facultades del Juez de interrogar y de citar de la propia manera que se aplicó en el procedimiento penal en la --

República en que intervenía únicamente el Magistrado y aquel otro en que intervenía los Comicios, se extendió durante el principado a la comisión la negatoria, que ocupaba el primer lugar entre los medios de prueba ya que no quedaba abierta ninguna vía jurídica para intervenir en la situación de los testigos cosa que era posible antiguamente por medio de la intervención de los Tribunos.

El Magistrado tenía a su alcance diferentes - medidas de apremio para hacer comparecer y declarar a - los testigos, el arresto y las multas eran el común medio que se utilizaba para tal efecto, sin embargo, los castigos corporales como el martirio estuvieron prohibidos en Roma y en general en muchos estados griegos lo - que resulta increíble si tomamos en cuenta que la esclavitud era una institución general, más tarde, la situación cambió, en cierta forma se empezó a utilizar el -- tormento para obtener la confesión, que fue prohibido - bajo juramento no permitir que se tormentara a hombres - libres; en tiempos de Tiberio hubo individuos a quienes se les sometió a la cuarestia penal, al tormento y a la aplicación del mismo fue en ocasiones interrumpida o permitida según las tendencias políticas del momento sin -

embargo dicho tormento se aplicaba regularmente para - aquéllos delitos denominados de lesa majestad aunque - se dice también que se utilizó como recurso extraordinario.

La aplicación del tormento fue regulada por - virtud de la división de personas en clase superior y - clase inferior, división que a lo menos de un modo preciso hay que situar en la época de Marco y de Vero (años - 161 a 169 despues de Cristo), la segunda *fué equiparada - a los esclavos y consistían en el privilegio de no ser - atormentados* : a la nobleza hereditaria, a las personas - del rango de caballeros que constituían la segunda clase - de funcionarios públicos, a los de curiones de los Municipios y a sus hijos, también se hizo extensiva a los que -- fueren o hubiesen sido soldados, la prohibición o más bien el beneficio de no tormento solo se refería al procedimiento penal pues el procesado quedaba sujeto al tormento sin precisión de clase o categoría cuando como he mencionado - se trataba de causas lesa majestad, en las de magia estrechamente afines con las anteriores y en los casos de falsedad.

El testimonio de hombres libres se equiparaba en principio al de los procesados que negaban los hechos pues

también estos últimos tenían la consideración de no culpables; posteriormente el tormento lo encontramos en tiempos avanzados en donde ya no se aplica con la misma consistencia que antes; así se encuentra aplicado por vez primera - en la época de Severo en aquéllos los casos de declaración insegura y contradictoria consigo misma, desde Constantino en adelante los hombres libres fueron equiparados en este particular a los hombres no libres en las causas lesa majestad, por otra parte, no se hizo ninguna distinción por lo que el tormento se refiere entre testigos y procesados, sin embargo, el criterio en el procedimiento acusatorio -- (en *La Época de República*) cambió sustancialmente sometién dose a limitaciones esenciales.

En síntesis, el Magistrado Penal que intervenía en el primer procedimiento, podía interrogar al inculcado, en tanto que en el procedimiento acusatorio al actor no se le reconocía ese derecho ni tampoco al Magistrado, así como en el procedimiento privado no se permitía la indagatoria del demandado tampoco se permitía en el procedimiento acusatorio; de esta manera los testigos eran de dos clases unos que podían comparecer libremente y otros que estaban obligados por la Ley a declarar; la situación la hacía el actor y se verificaba regularmente en el tiempo que mediaba entre el día en que empezaba a correr el plazo para --

presentar la demanda y aquel otro que señalaba el término, ese período se le concedía principalmente para que buscara dos testigos pero durante las discusiones se le permitía disponer de otro testigo de cuya declaración se consideraba necesaria; nada impedía que se hiciera una situación posterior.

También encontramos modalidades en cuanto a la indemnización de gastos de testigos, en cuanto a las personas que estaban exentas de declarar o que estaban obligadas a hacerlo y cuyas modalidades se presentan en las diversas etapas del procedimiento penal romano; me interesa señalar, solamente que esta prueba se sujeta a diversas modalidades y es manejada con diversos criterios atento a los intereses de las personas que se encontraban en el poder y que daban reglas determinadas en función de sus intereses, así por ejemplo, la prueba de testigos establece reglas y modalidades especiales.

En efecto, la especialidad en el procedimiento penal se admitía tanto en las declaraciones de los hombres libres como de los hombres no libres, así también por lo que se refiere a las declaraciones de hechos propios como a las declaraciones que hubieran llegado a conocer no haciéndose extensiva a las declaraciones de los --

esclavos; la denominación de testimonio que era propia de aquellos actos en que se trataba de dar fé de algo en los cuales no podían intervenir los esclavos, esas declaraciones estaban sometidas por regla general a -- otras reglas más severas que las anteriores y por ello es conveniente precisar en primer lugar si el esclavo podía a voluntad suya prestar declaración obligándose directamente a su señor y si la visibilidad de su declaración por parte de su contenido procedía, también en la forma en que ésta se recibiera.

Al propietario no se le obligaba a que se -- declarase judicialmente a su esclavo en contra vidas -- privadas por motivo de delito, ni inclusive cuando el propio esclavo realizaba la comisión del hecho delictuoso.

En los litigios no noxales, el dueño del esclavo, podía consentir o bien negar que su esclavo declarara cuando mediaba solicitud de la contraparte, lo mismo ocurría en los pleitos noxales cuando el dueño -- del esclavo no se allanaba a ser la entrega de éste a la parte contraria ni a pagar la indemnización correspondiente quedando entonces encomendada la resolución--

del asunto al veredicto del jurado; en estos casos, - siempre dependía de la voluntad del dueño del esclavo que fuese o que no fuese interrogado, en la inteligencia de que si el lesionado le interrogaba utilizando la forma de tormento normalmente practicada con los - no libres cometía un hecho delictuoso; en tanto que - en el procedimiento público que estaba encomendado al Magistrado en la antigüedad como en el procedimiento de cognición que se dió posteriormente, el Magistrado si podía interrogar y tomarle declaración al esclavo - sin contar con la autorización del dueño del esclavo - lo mismo si se tratara de un delito atribuído al esclavo o de una declaración relativa al proceso seguido - contra su persona.

Si el Magistrado tenía y ejercía un derecho - ilimitado de interrogar a los hombres libres con mayor razón lo exigía tenía y lo ejercía de los no libres, - el dueño del esclavo en caso de que resultare culpado, podía libremente auxiliarlo o nó en su defensa.

En el procedimiento acusatorio que fundamentalmente era un procedimiento privado el actor desempeñaba una función propia del Magistrado; en este se --

siguió una vía intermedia semejante a lo que se hizo con respecto al testimonio; la interrogación de en sí, dependía también de la voluntad del propietario del esclavo, - ya sea que se tratara de un delito cometido por éste o - bien, que se tratara de declarar sobre un delito ajeno, - así, en virtud de una resolución del Tribunal podría tener una declaración obligatoria ya sea porque habiéndose de interponer una acción en contra del esclavo se hubiese mandado a su dueño que lo presentare al Tribunal o -- bien que comparecieren ante este varios esclavos a quienes hubiera que interrogar con el objeto de que el actor encontrara al culpable, bien porque el demandado con el fin de presentar las pruebas que le interesaran señalase que ponía su esclavo a disposición del actor o bien por último porque la exigencia se hiciese al poseedor de un esclavo que no tuviera participación en el proceso, este último poseedor era permitido cuando menos en la época - del principado, en tal caso cualesquiera que sean las -- circunstancias que hubiesen concurrido si el esclavo inculpado resultare absuelto o si la causa para la cual hu biera sido necesario su testimonio hubiese concluído con la absolución el demandado o demandante que hubiese pedido el testimonio quedaba obligado a indemnizar al dueño-

del esclavo de los perjuicios sufridos y en ocasiones al pago del importe del doble de ellos; al demandado - así como no se le permitía renunciar a los testigos - tampoco podía requerir a los esclavos para que declarasen.

Tomando en cuenta de que la norma exigida - por el Estado consistente en respetar estas reglas, - era permitido tomarle declaración a esclavos y a libertos cuando la misma favoreciera al señor o al patrono pero no en el caso de que los perjudicara.

En la República esta norma se aplicó por lo general excepto en algunos procesos políticos que en la mayoría de ellos se encontraban regulados por acuerdos del Senado.

Bajo los emperadores lo que se hacía a este efecto tratándose de delitos de lesa majestad y en las causas de adulterio, era hacer pasar a los esclavos a propiedad del Estado pero a partir de Severo en adelante, queda privada de rigor dicha regla con relación a los mencionados delitos e inclusive para algunos otros de menor importancia.

Otra modalidad se observa, dice la doctrina -- cuando no solamente no se recibía declaración al esclavo o al liberto contra su señor o patrono sino que el prestarla en aquellos casos en que no era admitida conforme se señaló, se consideraba como un delito punible con la pena de muerte, así mismo, en los casos en que se admitía era sin duda castigado del mismo modo el hecho de rehusar; por lo demás, se admitían circunstancias individuales en virtud de las que podía reforzarse la declaración de un esclavo.

Finalmente en cuánto hace al tormento se entendía por tal la obtención de la declaración mediante la fuerza física, quienes aplicaban el tormento eran los individuos subalternos del Tribunal, pero cabe hacer notar que como la manumisión libraba del tormento, desde bien temprano comenzó a introducirse un abuso que consistía en que; el señor tenía en perspectiva un proceso penal y consideraba que la declaración de un esclavo suyo podía perjudicarlo acudía a la manumisión de éste con el objeto de que no se le pudiese tomar aquélla, por este abuso desde tiempos antiguos se negaba la manumisión del esclavo que tuviese que prestar declaración judicial en un proceso, en época posterior dichas manumisiones se consi

deraban nulas, así mismo cuando existiese sospechas de que el señor había sido asesinado por sus siervos se prohibía la apertura del estimonio de aquél, con lo que se impedía que el esclavo a quien pudiera habersele manumitido testamentariamente adujese la prueba de su libertad y por lo tanto seguía sometido a las reglas que regulaban la declaración del juicio de esclavos.

En la época de Trajano se extendió aún este procedimiento y tratándose de asesinato aún los libertos manumitidos en vida del testador podían ser sometidos a tormento y con mayor razón estaba prohibido poner limitaciones a la aplicación de la cuestión penal y si muchas veces se encontraban tésis jurídicas que enseñan lo contrario no faltan fuentes en sentido opuesto, finalmente el empleo del tormento sólo se utilizaba cuando estuviera bien comprobada la existencia del delito y no debía aplicarse a delitos de poca importancia ni tampoco cuando fuese posible el comienzo de la instrucción; tampoco debían someterse a él mujeres embarazadas y niños y debía hacerse uso con moderación; gracias a estas disposiciones la mala costumbre de atormentar pudo tomar restricciones en cierta medida, pues al lado del tormento judicial ordinario exis-

tía lo mismo que se ha dicho del testimonio otro tormento extrajudicial que podía aplicarse con objeto de dejar alguna prueba documental acerca del acto que se tratase y - de sus resultados prueba que desde luego podía llevarse - al juicio, igual que el testimonio escrito.

Como puede advertirse las modalidades del testimonio variaron en su contenido y en su trámite, el tormento pasó a ser un elemento necesario de la declaración en ciertos casos legalmente establecidos de manera que - en primer lugar, la obligación de declarar cuando se tiene conocimiento de un hecho delictuoso se empieza a perfilar como un derecho u obligación de orden público, si bien no se encontraba expresamente escrita la evolución de la legislación así lo pretenden establecer ya que dicha obligación de testificar es un deber general que debe observarse.

La doctrina define al testigo como la persona física que tiene conocimiento de los hechos controvertidos y que no es parte en el juicio respectivo, el artículo 356 del Código de Procedimientos Civiles señala que - todos los que tengan conocimiento de los hechos que las-

partes deben probar están obligados a declarar como testigos, nadie puede atestiguar contra sí mismo -- por eso las declaraciones de las partes no constituyen prueba testimonial sino prueba confesional.

Estos antecedentes los observamos claramente en el Derecho Romano en donde la declaración asume en ocasiones la forma de confesión cuando el que la hace se refiere a hechos propios y adquiere la forma del testimonio cuando se refiere a hechos o sucesos ajenos. (25)

Caravantes dice que la palabra testigo proviene de " TESTANDO " que significa declarar o explicar según su mente, lo que es más propio dar fé a favor de otro para confirmación de una causa.

Eduardo Pallares citando a Jaime Guasp define al testigo como " LA PERSONA QUE SIN SER PARTE EMITE DECLARACIONES SOBRE DATOS QUE NO HABÍAN ADQUIRIDO ÍNDOLE PROCESAL PARA EL DECLARANTE EN EL MOMENTO DE SU OBSERVACIÓN CON LA FINALIDAD DE PROVOCAR LA CONVICCIÓN."

Para Pallares, el testigo es aquél que conoce un hecho que tenga trascendencia procesal no siendo necesario para obtener esta calidad el que se cumpla con la obligación de declarar; Gold Schmidt señala que testigo es toda persona distinta de las partes y de sus representantes legales que deponen sobre sus percepciones sensoriales concretas relativas a hechos y circunstancias pretéritas.

Para Giuseppe Chiovenda, el testigo es una persona distinta de los sujetos procesales a quienes se llama a exponer al Juez las observaciones propias de hechos ocurridos de importancia para el proceso (26)

Hugo Rocco señala que la prueba testimonial es aquella que consiste en una declaración que una -- persona extraña al proceso rinde ante los órganos jurisdiccionales sobre la verdad o existencia de un hecho jurídico ésto es, de un hecho al que el derecho - objetivo vincula el nacimiento la modificación o la - extinción de una relación jurídica o de una situación jurídicamente relevante. (27)

De esta definición resulta, ante todo que la declaración debe prestarse por un extraño tercero al - proceso, por lo que no nos parece exacta la opinión de algunos autores que frente al testimonio verdadero hablan de un testimonio de parte incurriendo o produciendo confusión de conceptos.

El testimonio es una declaración representativa que substancialmente la distinguen de las declaraciones

nes de ciencia y de las declaraciones de voluntad, sin embargo precisa poner en clave que la prueba testimonial por cuánto a su resultado se confía a memoria de terceras personas quienes afirman o niegan un hecho o porque estuvieron presentes en su ejecución o porque tuvieron noticia del mismo pero que no proporcionan aquellas garantías de precisión de exactitud de veracidad que se en encuentran en cambio en la prueba escrita la que ha sido preferida por el Legislador; hay que tener presente por lo mismo que de tal preferencia no deriva ya desde el punto de vista del sistema de las pruebas un carácter excepcional sino por el contrario asumen jurídicamente un carácter normal que sin embargo el Legislador ha querido excluir por razones especiales en algunos casos, fuera de éstos, la prueba testimonial dice Rocco es siempre admisible.

Sergio García Ramírez dice que la doctrina ha elaborado diversas nociones sobre el estimonio y el testigo citando a Manzinni dice que en sentido propio el testimonio es la declaración positiva o negativa hecha ante el Magistrado Penal por una persona (*Testigo*) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre

percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual respecto de un hecho pasado y dirigida a los fines de la prueba o sea a la comprobación de la verdad. "

Citando a otros autores como por ejemplo --
Giovanne Leone, señala que la prueba testimonial se presenta como el punto céntrico de la indagación instructor; constituye de ordinario el núcleo en torno al cual gira toda la investigación de la instrucción y del debate así Fenech para quien declaración de testigo o testimonio es el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de una percepción sensorial adquirida fuera del mismo, - relativa a un hecho pasado y dirigida al fin de la -- prueba, esto es, a formar el convencimiento del juzgador sobre la verdad de un hecho de interés para el - proceso.

Para Mittermaigr, la palabra testigo designa al individuo llamado a declarar según su experiencia - personal acerca de la existencia y naturaleza de un --

hecho, porque propiamente hablando testigo es una persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza, pero en la práctica y relativamente a la prueba, no adquiere importancia ni trata verdaderamente de él sino cuando trata habla y se refiere a lo que ha visto.

Para Fenech testigos son las terceras personas que informan al Tribunal sobre un acontecimiento percibido sensorialmente por ellos y citando a Schonke los testigos como son personas que deben declarar sobre hechos ocurridos o estados de las cosas percibidas por ellas; el testigo debe facilitar sobre estos hechos sus percepciones concretas. Por el contrario el perito debe participar al Juez el conocimiento de un estado de cosas, poniendo en juego su experiencia y su ciencia no el conocimiento de un hecho determinado, u otros elementos de conocimiento general con cuya ayuda ha de decidir el Juez, agregando que para Chiovenda el testigo es la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al Juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito y que también se puede definir según Florian y Carnelutti como la persona física llamada a declarar -

en el proceso lo que sabe sobre el objeto del mismo con fines de prueba; ha de ser persona física porque la jurídica no tiene existencia material. Se dice llamada al proceso porque la utilidad de su audiencia debe ser advertida por los objetos procesales, su función es decir lo que sabe con objeto de informar al Juez y lo que aduce debe tener el fin de probar. Es pues con el fin de información lo que crea el testimonio, el testigo es según lo que se ha dicho al hablar de la prueba histórica no tanto el narrador de un hecho sino como podría -- serlo también un recitador de historias, tanto un narrador de una experiencia. Finalmente Ricardo Rodríguez expone que testigo es la persona llamada a declarar en juicio según su propia experiencia acerca de la existencia y naturaleza de un hecho, para que su dicho adquiera el carácter de prueba es indispensable que el testigo refiera lo que ha visto y aún así pueda enterarse de la verdad objetiva porque la individualidad del testigo o sea el estado de su ánimo y otras circunstancias de momento influyen generalmente en la manera de observar los hechos. (28)

En realidad como ya he mencionado según Pallares hay dos maneras de considerar a los testigos, la --

primera consiste en afirmar que únicamente son testigos los que declaran ante el Juez o en cualquier clase de investigaciones pero este punto de vista no me convence porque si al testigo no le constan los hechos sobre los que declara en realidad carece del conocimiento necesario para hacerlo; por otro lado, puede ser considerada como testigo la persona a quien le consten los hechos relativos sea que declare o no respecto de ellos.

En relación a la prueba confesional y la prueba testimonial señala que la doctrina ésta conteste en que no se puede ser testigo contra sí mismo de lo que se deduce que la prueba testimonial es diferente de la confesional. Algunos autores no le estiman así entre otros Carnelutti y Manuel de la Plaza quien señala que por lo que se refiere al sujeto de la prueba aunque es suficientemente amplia para que bajo este concepto quepa lo mismo el que emana de las partes que el referente a un tercero cuando los códigos se ocupan del testimonio refiriéndolo a una llamada prueba testimonial es únicamente tercero quien puede ser sujeto de esta prueba.

Dice Pallares que la diferencia de las pruebas no tiene su origen únicamente en los Códigos sino que es en materia intrínseca los testigos valen en tanto que expresan la verdad y su eficacia probatoria tienen como fundamento la credibilidad de los testigos en tanto que la confesión judicial es diferente aunque el Juez dude de la verdad de lo confesado debe considerar probados los hechos respectivos salvo casos excepcionales como en imprevisto por el artículo 409 del Código - Procesal Civil. (29)

Desde el Derecho Romano rige el principio de - que la persona que confiesa se condena a sí misma, independientemente de la verdad de lo confesado, por otro lado, se dice que nunca hay prueba testimonial ficta o tácita, mientras que si la confesión sí puede serlo con valor probatorio suficiente para condenar al confesante. En la prueba testifical no rige el principio del que confiesa el que calla cuando debe declarar.

El artículo 256 señala que las declaraciones de dos testigos haran prueba penal si estos convienen no solo en la substancia sino en los accidentes del -- hecho que refieran y que hayan oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre los que deponen, asimismo señala el artículo 257 que también hará prueba plena las declaraciones de dos testigos si convienen en la substancia no aún cuando no convengan en los accidentes, si estos a juicio del Tribunal no modifican la esencia del hecho.

Artículo 258 si por ambas partes hubiera igual número de testigos contradictorios, el Tribunal se decidirá por el dicho de los que merecen mayor confianza, si todos la merecieran igual y no hay otra prueba absolverá al acusado.

El artículo 259 dice que si por una parte hubiere mayor número de testigos que por la otra el Tribunal se decidiera por la mayoría siempre que en todos concurran iguales motivos de desconfianza. En caso contrario obrará como dicte su conciencia.

Artículo 269 producen solamente presunción :

I.- Los testigos que no convengan en la sustancia los de oídas y la declaración de un solo testigo;

II.- Las declaraciones de testigos singulares, que versen sobre actos sucesivos referentes a un mismo hecho;

III. La fama pública y

IV.- Las pruebas no especificadas a que se refiere la última parte ver artículo 135 - siempre que no hayan sido desvirtuadas -- por cualquier otro medio de prueba de las especificadas en las cinco fracciones del mismo artículo.

En tanto que el Código Federal de Procedimientos Penales la prueba a que me refiero o sea la Prueba Testimonial está sujeta a una valoración libre según lo establecido en los artículos 285 y 286 en tanto que solamente estarán sometidos a reglas tasadas : la prueba de la confesión para la comprobación del cuerpo de los delitos de fraude, -

robo peculado y abuso de confianza artículo 279; así como los documentos públicos artículo 280; la inspección judicial y el resultado de los cateos, como dispone los artículos 284 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En cuanto a los principios generales de la -- prueba penal la doctrina coincide en señalar que la testimonial se rige por tres principios :

- a).- La presunción del dolo,
- b).- La pertinencia y,
- c).- La utilidad, la presunción del dolo está contenido en el artículo 9° del Código Penal vigente que señala que la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario es decir la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias que especifica dicha numeral reconociendo así una presunción juris tantum del dolo en materia penal, esa presunción dice ese artículo que existirá aunque se pruebe

Que no se propuso causar el daño que resultó si este fué consecuencia necesaria o notoria del hecho u omisión en que consistió el delito o si el inculpado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes o si se resolvió violar la Ley fue re cual fuere el resultado; que creía que la Ley era injusta o moral lícito violarla que creía legítimo el fin que se propuso; que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito y que obró con conocimiento de consentimiento del ofendido exceptuando el caso del que habla el artículo 93.

El Maestro Colín Sánchez señala pagina 303 - que ante la conducta o hecho las diversas hipótesis -- del hecho precepto en cita obliga al Ministerio Público y al organo jurisdiccional a una investigación encaminada a precisar que no hubo dolo ésto sólo será posible a través de una prueba razón suficiente para considerar la presunción de dolo como de un principio rector en materia procesal penal.

Otro principio que reconocen los autores es el principio de la pertinencia se dice que una prueba es pertinente cuando es el vehículo apropiado para la realización de los fines específicos en la idoneidad de la prueba, pues si la prueba no es idonea demostraría hechos que no son materia de la controversia y finalmente la utilidad significa que la prueba debe ser empleada, cuando esta justificado el objeto que se pretende no siempre lo útil resulta eficaz a los fines propuestos pero en nuestro medio el artículo 26 - fracción y constitucional señala que cuando el procesado ofrezca pruebas le serán recibidas todas las que ofrezca siendo de esta manera la interpretación irracional que se hiciera del precepto nos llevaría a concluir que todo lo promovido por aquel debe ser aceptado, en ninguna forma corresponde al espíritu de la Ley semejante interpretación se traduciría en práctica de una serie de diligencias inútiles e ineficaces - expresión que señala la fracción V del artículo 20 - Constitucional debe referirse a que las pruebas señaladas sean útiles y además eficaces puesto que resultaría contrario a los principios más elementales del proceso que se le pudiesen recibir al procesado todas las pruebas que ofreciera aunque no tuviera relación con los hechos controvertidos. De esta manera interpretan

do el artículo 135 en su último párrafo el Juez está en la actitud de rechazar las pruebas inconducentes e innecesarias.

2) CLASIFICACION.

En cuánto a la clasificación de la prueba de testigos la doctrina ha hecho diversas clasificaciones, - atendiendo tanto a la calidad de la persona que declara como testigo como la de sus declaraciones mismas o bien - según las relaciones que pueden tener los testigos con - las partes; siguiendo a Joaquín Escriche y a Eduardo Pallares clasifican los testigos de la siguiente manera :

Testigos idóneos : son aquellos que por sus - convicciones personales y el conocimiento que tienen sobre los hechos materia del debate merecen fè en aquello - que declaran.

Testigos abonados : son los que no tienen tacha legal y los que no pudiendo ratificarse en su declaración por haber muerto o hallarse ausente, es tenido - por idóeno y fidedigno mediante la justa apreciación -- que se hace de su declaración.

Testigo de oídas es aquel que no conoce personalmente los hechos sobre los que declara.

Los testigos llamados de vista y los testigos oculares no deben : *inducir a error ya que el -- testigo que es ocular o de vista aunque no conozca -- por medio de los ojos la cosa o hecho respecto de los cuales declara sino por medio de otros sentidos, así una persona carente de vista puede ser testigo presencial o testigo de vista la expresión " DE VISTA " significa que los hechos sobre los que declara el testigo le constan por cualquiera de sus órganos sensoriales - en tanto que se llama testigo de oídas aquel que conoce de los hechos en controversia por medio de otra u - otras personas; lo importante es que su conocimiento - sea personal y directo y no transmitido por otras personas, sin embargo en la legislación antigua dicen estos autores las declaraciones de los testigos de oídas hacían prueba penal.*

Testigo instrumental es aquel que concierne a la celebración de algún acto jurídico, es aquel que participa y su presencia se exige como un requisito -

indispensable para la validez del acto mismo, así tenemos los testigos que la Ley exige al Notario cuando este autoriza una escritura pública o aquellos testigos oficiales que el Estado civil en las actas que levantan a los Jueces del orden común cuando actúan como testigos de asistencia.

Testigos Judiciales son aquellos que declaran en los Tribunales para distinguirse de aquellos otros que podían denominarse administrativos en los que en su testimonio vale simplemente como acertamiento de los actos que presencia y no que sus declaraciones tengan por objeto llevar al conocimiento de un órgano jurisdiccional hechos que en su presencia se llevaron.

Testigo necesario es aquel que teniendo tacha legal para dar su testimonio se admite sin embargo por necesidad en determinados casos cuando faltan testigos hábiles, por ejemplo en la Legislación Española en los delitos de lesa majestad y pecado nefando (SODOMIA), habla en ese sistema que admitir a los testigos necesarios cuestión ilógica, en efecto, siendo más grave el -

crimen y mayor la pena en ese caso la muerte, en vez de exigir testigos totalmente idóneos se admitían los testigos descalificados. A este respecto, manifiesta Pallares citando a Escriche lo siguiente : " de suerte que los testigos que la Ley rechaza como sospechosos e indignos de fé precisamente merecen su confianza cuando aún a los testigos más irrepreensibles no deberían oírse sino con circunspección y recelo como si los medios son peligrosos e injustos para buscar la verdad en algunos casos no lo fuesen del mismo modo para buscarla en otros, debían antes de rendir su declaración purgar su infamia en la tortura como si la fuerza o la debilidad de los músculos pudiesen decidir sobre su buena o mala reputación."

Testigo falso. - Es aquel que falta maliciosamente a la verdad en sus deposiciones sea negándola o bien declarando algo que es contrario a la verdad, según Pallares, el testigo es falso aunque no declare por malicia y al que este elemento determinaría su responsabilidad penal que no tiene relación con el carácter objetivamente falso de sus declaraciones.

A este respecto es necesario señalar que la falsedad en el testimonio puede ser maliciosa o no intencional, cuando la declaración es falsa pero no intencional cabe observar en su valoración las normas generales establecidas sin que el testigo incurra en delito alguno precisamente por falta de dolo en sus declaraciones ya que tomando en cuenta que si falta a la verdad sin malicia ello significa que su testimonio está viciado de falta de concordancia entre la realidad y su percepción sensorial pero en ningún momento cabría pensar que incurriera en responsabilidad puesto que todas las personas solamente tienen obligación de manifestar lo que ven y no tienen la obligación de demostrar que sus testimonios son ciertos.

Testigos singulares. - Son aquéllos que en sus declaraciones no están de acuerdo con otros testigos -- en hechos esenciales sobre los que declara; así un testigo dice que el asesino era alto, el otro dice que era bajo, otro que el crimen se cometió en la mañana y otro en la noche, la palabra singular no debe inducir a error

porque la singularidad de que se trata siempre presupone dice Pallares la pluralidad de testigos. Un solo testigo agrega, nunca puede ser singular desde el punto de vista que examinamos, la singularidad puede ser de tres clases : OBSTATIVA, ADMINICULATIVA Y DIVERSIFICATIVA.

LA OBSTATIVA O ADVERSATIVA ES AQUÉLLA EN QUE LOS DICHOS DE LOS TESTIGOS SON CONTRARIOS DE TAL MANERA QUE NO ES POSIBLE ADMITIR LA VERACIDAD DE TODOS ELLOS SI UN DICHO ES VERDADERO LOS DEMÁS DEBEN SER FALSOS.

LA ADMINICULATIVA O ACUMULATIVA, EXISTE CUANDO LAS DECLARACIONES AUNQUE DIFERENTES NO SON CONTRARIAS Y SE COMPLETAN LAS UNAS CON LAS OTRAS -- ASÍ, SI UN TESTIGO DICE QUE VIÓ AL LADRÓN CERCA -- DEL LUGAR A LAS NUEVE A.M. Y OTRO TESTIGO DICE QUE LO VIÓ EN EL MISMO LUGAR A LAS NUEVE TREINTA Y FINALMENTE OTRO QUE LO VIÓ DE LA CASA ROBADA CON UN BULTO EN LAS MANOS, ESOS TESTIGOS MEREcen FE A PENSAR DE SU SINGULARIDAD PUES ÉSTA, SI ES DIVERSIFICATIVA EXISTE EN LAS DECLARACIONES QUE NO SON CON--

TRARIAS NI SE OPONEN PERO QUE TAMPOCO SE COMPLETAN -
LAS UNAS A LAS OTRAS, TALES DECLARACIONES NO HACEN -
PRUEBA PLENA.

TESTIGOS DE APREMIO SON AQUÉLLOS QUE SE --
NIEGAN A COMPARECER PARA RENDIR SU DECLARACIÓN PERO-
QUE SON OBLIGADOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS QUE TIENE -
LA LEY PARA HACERLOS COMPARECER A TESTIMONIAR; EN -
MATERIA CIVIL LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS SON AQUÉ--
LLOS QUE ASISTEN AL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO BAJO-
PENA DE NULIDAD DEL PROPIO INSTRUMENTO.

FINALMENTE, SE HABLA DE LOS TESTIGOS MUDOS
DICIÉNDOSE QUE SON LAS COSAS MATERIALES QUE SIRVEN -
PARA LA PRUEBA DE UN HECHO Y LA CONVICCIÓN DEL ACUSA
DO, COMO EL PUÑAL O LA LLAVE FALSA QUE SE ENCUENTRA-
SOBRE LA PERSONA QUE RECAEN LAS SOSPECHAS; EN ESTE -
SENTIDO LA DOCTRINA CONFUNDE EL TESTIGO COMO OBJETO-
DE LA PRUEBA CON EL TESTIGO COMO MEDIO DE CONVICCIÓN.

3).- LA CRITICA AL TESTIMONIO.

La prueba testimonial está íntimamente relacionada con su naturaleza jurídica o con el concepto que de ella se tenga, algunos autores como Rafael Pérez Palma, señalan que la prueba testimonial en estricto análisis no es prueba propiamente dicha sino solo un medio de información que se ofrece al Juez para que se ejerza su función jurisdiccional.

Señala que cuando en filosofía se estudian las fuentes o los orígenes del conocimiento, se distingue el conocimiento intuitivo como el conocimiento de los hechos o de las cosas a través de los sentidos o mediante el raciocinio o de la inteligencia; como cada ser humano tiene distinta capacidad sensitiva y así diferentes posibilidades perceptivas o intuitivas, resulta que no todos los individuos aún habiendo presenciado el mismo hecho, no todos tienen la misma impresión sensorial o los comprenderán de la misma forma; para Julio Acero, siguiendo a Gaetano Dona; señala que la prueba testimonial presenta diferentes problemas : *errores de percepción; ilusiones ópticas y acústicas, alucinaciones colectivas o indivi-*

duales, variabilidad en las nociones en el tiempo y en la distancia; en el estado de ánimo, en el punto de -- ángulo de la observación; que existen diversos tipos - de testigos; los tímidos, audaces, observadores, dis-- traídos, imaginativos, pasionales, idealistas, políti-- cos diferentes sexos : mujeres en período gravido, his-- téricas nerviosas, impresionables; distintas edades : como niños o ancianos decrepitos; por sus facultades - mentales; enajenados, cuerdos, locos o con intervalos lúcidos, sordomudos, ciegos o miopes, por el mecanismo de la memoria tenemos : los anestésicos, los distrai-- dos, los olvidadizos por su sugestionabilidad de carac-- ter independiente, sugestionables, sumisos, rebeldes o fácilmente convensibles.

El testigo como ser humano puede estar impedi-- do para declarar, en épocas pretéritas de la humanidad-- hubi inhabilidades para figurar como testigo respecto a los apóstatas de los infieles, los excomulgados herejes, los esclavos y hasta las mujeres, pero dentro del siste-- ma establecido en nuestro Código ya no hay testigos inha-- biles por el contrario, la obligación de fungir como tes--

tigo es ineludible, independientemente de condiciones físicas religiosas, sociales políticas o de cualquier -- otra índole, excepción hecha de las personas que se hallen unidas al acusado por vínculos de afecto de amor o de gratitud como dispone el artículo 192 de nuestro Código, pero aún en estos casos, quien desee declarar puede hacerlo para estas excepciones no constituyen una inhabilidad propiamente dicha.

Asimismo la doctrina principalmente la francesa ha sido campo de elaboración doctrinal, pues se habla de la prueba testimonial y se hacen estudios de sus diferentes matices y formas como la recusación y exclusión de testigos, la concordancia del testimonio y los hábitos mentales, la verdad y los errores en el testimonio, el estudio de la naturaleza de la verdad en el testigo, su oralidad en su examen mental, en sus informes, en los estudios sobre los test psicológicos, en su capacidad intelectual, en su situación física, o fisiológica, su situación anímica económica política o social, sus disposiciones afectivas, el interes o los grados de interes, sus situaciones, simpatía o antipatía el espíritu de solidarildad o patriotismo en los delitos contra el Estado, su estado psíquico como su sugestionabilidad, su situación ---

fisiológica, la capacidad que tienen sus sentidos para apreciar el fenómeno psíquico sobre el que van a deponer, el objeto sobre el cual va a recaer su observación o su sentimiento, la semejanza que esa circunstancia -- puede presentar con otras que particularmente les causaron un efecto determinado psicológico, sus tendencias a mentir, el interés en beneficiar a una de las partes, la naturaleza misma del mismo fenómeno que se aprecia en - función de los colores, de las formas, de las velocidades, de los olores, de los sabores etc., las condiciones objetivas o subjetivas de la percepción del testimonio, - la integridad cerebral, las condiciones de su memoria, - la situación en su exposición, la disponibilidad del organo jurisdiccional en captar el fenómeno que se trasmite o - quiere transmitir en influencia del lugar ó las personas - que participan en el hecho delictuoso, su antipatriotismo, los actos o hechos que sean objeto del hecho delictivo.

No obstante lo anterior, la doctrina señala - que son tres los aspectos fundamentales que pueden de-- terminarse en la prueba testimonial :

- 1) *Cudl es el valor del testigo o su actitud para hacer un buen testimonio.*
- 2) *Cudl es la propiedad del objeto para facilitar un buen testimonio.*
- 3) *En qué condiciones se ha formado el testimonio.*

Se dice que todas estas cuestiones no han sido resueltas en cada caso, que cada especie tiene particularidades pero que hay un orden lógico para seguir intentando establecer un criterio definitivo en relación a -- esta prueba, la necesidad de la crítica del testimonio -- se impone como un punto esencial en la consideración de esta prueba; los errores judiciales cometidos por efecto de esta crítica son por sí solo bastante elocuentes, la práctica judicial deberá en lo sucesivo escoger entre -- las dos actitudes posibles frente a los testimonios: o *continuar rutinariamente intuite persone sin método a riesgo de graves errores o utilizar los nuevos datos de la ciencia del testimonio que se va edificando con la labor acumulada por tantos sabios psicólogos, médicos, ---*

psiquiatras, juristas, para intentar someter los testimonios a una crítica psicojudicial metódica y sacar de ella el máximo de verdad con el mínimo de error; la -- ciencia ha eliminado irremediablemente el testimonio -- tosco como medio de prueba cierta, no tiene valor por sí mismo ya que puede contener el error, una crítica -- buena puede depurarlo de sus malos elementos, darle -- un valor probatorio, ya ha intentado la doctrina a pe -- sar de las dificultades, sentar las bases de esa com -- pleta cuestión.

Se han resuelto los problemas que en princi -- pio se han planteado, acaso el testimonio no puede ser un instrumento para desviar la administración de justi -- cia y ciertamente, es un problema angustioso extraer -- la verdad de un testimonio para pronunciarse sobre la -- culpabilidad de un acusado, nunca habrá demasiada luz -- para resolverlo, el médico que examina a un enfermo -- tiene toda clase de aparatos a su disposición utiliza -- los procedimientos de su ciencia, las actividades pro -- pias de su técnica médica para encontrar o descubrir -- la verdad de un hecho delictuoso, en tanto que el tes -- tigo solamente aprecia el fenómeno que cuando se está -- produciendo éste queda sujeto a todas las múltiples --

circunstancias a que ya me he referido y que pueden viciar el contenido del mismo, su exposición, su captación y su valoración.

De lo hasta aquí mencionado se puede señalar que a fin de analizar la prueba testimonial, deben tomarse en cuenta todos los aspectos que han sido materia de la crítica del testimonio, una crítica al testimonio bien definida va a traer como consecuencia una más perfecta prueba testimonial.

4.) REFORMAS QUE SE PROPONEN

Atento a las críticas anteriores considero que el testimonio desde mi punto de vista debe ser analizado en todos los aspectos, la forma en que existe en el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Federal, adolecen de múltiples defectos en cuanto a su procedimiento y en cuanto a su valoración.

Existe en cuanto a su valoración en el derecho del fuero común como una prueba tasada, lo que no ocurre en el procedimiento penal federal que se sujeta a la libre apreciación del Juez, a este respecto cabe preguntarse: *¿Cuál es la posición correcta?* estimo que la posición debe ser una prueba tasada y una valoración también tasada pero tomando en cuenta los aspectos que he mencionado en la crítica del testimonio, la pluralidad de testigos debe estar precisada perfectamente en el Código -- pues en ocasiones los testigos coinciden en la substancia pero no coinciden en los accidentes pues en algunos casos son deliberadamente preparados, en otras los testigos se contradicen en sus deposiciones pero en el fondo en sus conciencias dicen la verdad, las reformas que deben proponerse en mi concepto al testimonio consiste en-

elaborar una verdadera regulación de la prueba testimonial que tenga un sentido distinto que en procedimiento civil, en procedimiento penal se debe eliminar la pluralidad de los testigos en la apreciación de su valor y - establecer taxativamente los casos en que haya duda o - se establezca la posibilidad de parcialidad en sus atestados en función y deben estar en relación a cada una - de las demás pruebas que obren en la causa, proposición que hago en mi capítulo de conclusiones.

- (25) ARANGIO RUÍZ VICENTE. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. INSTITUTO EDITORIAL REUS. MADRID - 1963 p., 380 Y SIGS.
- (26) CITADOS POR PALLARES EDUARDO OPUS CIT. P. 761
- (27) ROCCO HUGO. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CIVIL ED. PORRÚA MÉXICO 1959 P. 441
- (28) CITADOS POR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. ED. PORRÚA, MÉXICO 1980 P. 354.
- (29) PALLARES EDUARDO OP. CIT. P. 766

CAPITULO QUINTO
CONCLUSIONES

- I LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL Y LA CONFESIÓN, FUÉ EN LOS ORÍGENES DEL PROCESO EL ÚNICO MEDIO DE QUE SE DISPONÍA PARA CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS DELICTUOSOS Y AL EVOLUCIONAR, ADOPTÓ DIVERSAS TÉCNICAS Y MODALIDADES EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES - HASTA CONVERTIRSE EN ALGUNOS CASOS EN "REYNA DE LAS PRUEBAS " EN OTROS UN SIMPLE MEDIO INFORMATIVO DEL JUEZ Y EN OTROS MÁS UNA AUTÉNTICA PRUEBA - SUJETA A REGLAS ESPECÍFICAS DE VALORACIÓN.

- II LA PRUEBA TESTIMONIAL EN SUS ORÍGENES NO SE DISTINGUIÓ DE LA CONFESIÓN, PUES EL ÚNICO ELEMENTO DISTINTIVO SE HACÍA CONSISTIR EN LA CALIDAD DEL DECLARANTE, SIN EMBARGO MÁS TARDE SE CONSIDERÓ QUE SI - LA DECLARACIÓN ERA DE HECHOS PROPIOS Y PERJUDICABA A QUIEN LO HACÍA, SE DENOMINABA CONFESIÓN, EN CASO CONTRARIO SE LLAMABA TESTIMONIO.

- III EL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD HISTÓRICA DE LOS HECHOS Y LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE ES UNA NECESIDAD PROCESAL PUES EN ÉL RADICA LA ESCENCIA Y LA-

JUSTIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL, CUYA COMPROBACIÓN EXIGE DE FUENTES PERSONALES Y FUENTES REALES.

- IV EL TESTIMONIO COMO FUENTE PERSONAL DE PRUEBA, TIENE - COMO LOS DEMÁS ELEMENTOS PROBATORIOS DE CARACTER PERSONAL LOS MISMOS VICIOS Y DEFECTOS CUYA JUSTA OBTENCIÓN Y VALORACIÓN EN BENEFICIO DEL PROCESO SE HACE DEPENDER DEL SISTEMA QUE SE ADOpte Y ÉSTE A SU VEZ LAS LEGISLACIONES LO HACEN DEPENDER DE LA POLÍTICA PROBATORIA QUE SE ADOpte.
- V LA PRUEBA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN OCASIONES ESTÁ SUJETA A LA LIBRE APRECIACIÓN DEL JUEZ, EN OTROS CASOS COMO EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL, SE SUJETA A UN SISTEMA TASADO DE VALORACIÓN DE DONDE SURGE LA NECESIDAD DE UNIFICAR EL CRITERIO PARA DARLE AL TESTIMONIO SU JUSTO VALOR PROCESAL.
- VI EL SISTEMA TASADO DE VALORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL ES DETESTABLE YA QUE CONDUCE EN OCASIONES A ERRORES JUDICIALES Y EN OTRAS SE PRESTA A -

QUE DICHA PROBANZA SEA UTILIZADA POR GENTE SIN ESCRÚPULOS, EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

- VII LA PRUEBA DE TESTIGOS EN NUESTRO SISTEMA ACTUAL ES POCO CONFIABLE Y HASTA PELIGROSA SI SE UTILIZA MALICIOSAMENTE EN EL PROCESO, PUES ANTE LA FALTA DE OTROS ELEMENTOS PROBATORIOS ADQUIERE RELEVANCIA ESCENCIAL Y SIRVE PARA CREAR CONFUSIÓN EN EL JUEZ Y CONDUCE A INJUSTICIA.
- VIII LAS FORMAS SOLEMNES DE OBTENER EL TESTIMONIO NO CONSTITUYE NINGUNA GARANTÍA PARA SU VERACIDAD, EN VIRTUD DE QUE NO ESTÁ REVESTIDO CON LOS MEDIOS LEGALES COMPULSIVOS Y EFICIENTES PARA OBTENER UN TESTIMONIO VERAZ.
- IX EL SISTEMA ADOPTADO POR LA LEGISLACIÓN DEL FUERO COMÚN ES ERRÓNEO Y CONTRADICTORIO, YA QUE POR UNA PARTE ESTABLECE QUE EL CUERPO DEL DELITO DE ROBO SE PRUEBA EN ALGUNOS CASOS CON TESTIGOS DE PREEXISTENCIA Y FALTA POSTERIOR DE LO ROBADO DANDO ABSOLUTA CONFIANZA AL TESTIMONIO Y -- POR OTRA, LE NIEGA DICHO VALOR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA AL SEÑALAR QUE TAL TESTIMONIO NO ES SUFICIENTE PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA SENTENCIA, YA --

QUE NO TIENE SENTIDO ACREDITAR EL CUERPO SI NO SE VA A ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD PUES TAL SISTEMA RESULTA EN TAL CASO OCIOSO.

X DEBE MODIFICARSE EL SISTEMA TASADO EN LA PRUEBA DE TESTIGOS, PARA ADOPTAR EN TODOS LOS CASOS EL SISTEMA DE LA LIBRE APRECIACIÓN MOTIVADA PARA UBICARLA DENTRO DE LA PRESUNCIONAL COMO INDICIO RELEVANTE SEGÚN SU CALIDAD PUES NI SU NÚMERO, NI SU CALIDAD ESCENCIAL O ACIDENTAL, DEBEN OBLIGAR AL JUEZ CUANDO LA MISMA ESTÁ CONTRADICHA CON OTROS INDICIOS O NO SE ENCUENTRA CORROBORADA.

XI LA PRUEBA TESTIMONIAL COMO UNO DE LOS MEDIOS DE REALIZAR EL OBJETO DEL PROCESO DEBE ESTAR CUIDADOSAMENTE ANALIZADA EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL, PUES LA DOCTRINA DE LA CRÍTICA DEL TESTIMONIO EN EL DERECHO PROBATORIO DEBE SER PUNTO DE APOYO PARA DICTAR UN SISTEMA-ACEPTABLE QUE SIRVA A LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR QUE DE ELLA DEPENDE EN MUCHOS CASOS LA SATISFACCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS.

XII SE PROPONE UNA REVISIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA UNIFICAR LA PRUEBA DE TESTIGOS DENTRO - DE UN SISTEMA DE LIBRE APRECIACIÓN PARA QUE SE PERMI TA AL JUEZ SU JUSTA APRECIACIÓN EN RELACIÓN CON LAS DEMÁS CONSTANCIAS DEL PROCESO LO QUE IMPEDIRÁ ERRO-- RES JUDICIALES PUES DICHA PRUEBA DEBE ANALIZARSE CUI DADOSAMENTE EN ARAS DE UNA MEJOR ADMINISTRACIÓN DE - JUSTICIA.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARANGIO RUIZ VICENTE. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Ed. REUS. 1963.
2. ARILLA BAS FERNANDO.- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO. ED. UNID. MÉX. 1978.
3. BONNIER EDUARDO, TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE LAS - PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y PENAL, TRAD. BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA MÉXICO 1874.
4. CARNELUTTI FRANCISCO, LA PRUEBA CIVIL. Bs. As. 1955
5. COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO.- DERECHO MEXICANO DE PROCE- DIMIENTOS PENALES EDITORIAL PORRÚA, S. A. MÉXICO 1979
6. DEVIS ECHANDIA HERNANDO. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL. ED. VICTOR P. DE ZARALIA Bs. As. 1972.
7. ESCRICHE JOAQUÍN.- DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EDITORIAL MANUEL PORRÚA, MÉXICO 1979.
8. FLORTÁN EUGENIO. DE LAS PRUEBAS PENALES ED. TEMIS BOGOTÁ 1969.

9. FRAMARINO NICOLÁS. TRATADO DE LAS PRUEBAS JUDICIALES
TRAD. JOSÉ GÓMEZ DE CASTRO. MADRID 1835.
10. FRANCO SODI CARLOS PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO
PORRÚA MÉXICO 1957
11. GARCÍA RAMÍREZ SERGIO.- PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL
MEXICANO.- ED. PORRÚA MÉXICO 1980.
12. GONZÁLEZ BLANCO ALBERTO.- EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO
EDITORIAL PORRÚA S. A. MÉXICO 1975.
13. GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ.- PRINCIPIOS DE DERECHO
PROCESAL PENAL MEXICANO ED. PORRÚA. S. A. MÉXICO 1967.
14. LESSONA CARLOS. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. TRAD. ENRIQUE
AGUILERA PAZ MADRID.
15. MITTERMAIER KARL.- TRATADO DE LA PRUEBA EN MATERIA CRIMI-
NAL TRAD. COLEGIO DE MADRID MÉXICO 1853.
16. PALLARES EDUARDO.- DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
EDITORIAL PORRÚA. S. A.
17. PÉREZ PALMA RAFAEL.- GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL.
CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR. MÉXICO 1975
18. RIVERA SILVA MANUEL.- EL PROCEDIMIENTO PENAL.
EDITORIAL PORRÚA S. A. MÉXICO 1963

19. ROCCO EDUARDO.- TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CIVIL
PORRÚA MÉXICO 1959.
20. SENTIS MELENDO SANTIAGO.- LA PRUEBA ED. J.N.R.
EUROPA AMÉRICA.

LEGISLACION CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D. F.
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D. F.