

Fotografías, videos, filmaciones y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa con valor sustantivo en el proceso penal mexicano*

Rodolfo Félix Cárdenas**

SUMARIO: I. Importancia del establecimiento de los hechos y del conocimiento de las normas que regulan la prueba; II. Evidencia y prueba; III. La pertinencia; a) Razones de exclusión probatoria sustentadas en una norma constitucional o legal; b) Razones de exclusión probatoria basadas en criterios sustentados en el poco valor que puede tener la evidencia respecto de los supuestos bajo los cuales se excluye; c) Por razones de protección a la víctima de conductas sexuales; IV. Acreditación o autenticación; a) ¿Qué es acreditar o autenticar?; V. Evidencia demostrativa; A. Evidencia demostrativa ilustrativa o apoyo visual; fotografías como apoyo visual; apoyos pedagógicos generados por computadoras, como apoyo visual; B. Evidencia demostrativa con valor sustantivo; fotografías con valor sustantivo; rayos X, escáners, tomografías y resonancias magnéticas; fotografías posadas; películas, videos y grabaciones de sonido; a) Videocintas y filmes realizados sin seguir un guion; b) Videos o filmes que siguen un guion; c) Reproducciones de grabaciones de videocintas; d) Grabaciones de sonido; VI. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Evidencia, proceso penal, derecho penal

KEY WORDS: *Evidence, criminal process, criminal law*

RESUMEN: El presente trabajo busca ofrecer al foro jurídico mexicano una visión sobre un particular aspecto del derecho probatorio en nuestro país: la prueba demostrativa. Esta, no solo es poco comprendida por los operadores, sino que habida cuenta de ello, es muy frecuente incurrir en confusiones conceptuales que conllevan a su injustificable rechazo por los juzgadores,

* Trabajo presentado para el ingreso del sustentante como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, contestado el día 9 del mes de octubre de 2017 en el Auditorio Emilio Portes Gil de la Escuela Libre de Derecho, por el señor Dr. Sergio García Ramírez, Miembro de Número y Ex Presidente de la misma.

** Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho con Mención Honorífica y catedrático de Derecho Procesal Penal en dicha institución.

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2021.

en merma del derecho de libertad probatoria que asiste a las partes; o bien, a que las mismas no la utilicen o no lo hagan adecuadamente, ya sea porque no se comprende o no se conoce cómo hacer uso de ella. Esto, sin dejar atrás que, en no pocas ocasiones, cuando se autoriza su utilización en juicio se haga caso omiso a la exigencia mínima de verificar previamente su *pertinencia*.

I. IMPORTANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS Y DEL CONOCIMIENTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA PRUEBA

Nada ocupa en todo proceso un lugar tan central como la prueba, aun y cuando su producción¹ y su uso sea tan solo una de las partes en el complejo proceso del ejercicio litigioso. En cualquiera de las fases del proceso en que las partes litigan, dos son los aspectos centrales que hay que tener presentes: 1) Establecer los hechos, y 2) Conocer qué normas regulatorias de la prueba —lo que se denomina como reglas probatorias— deben ser invocadas para soportar la posición que se argumenta; esto es así, pues solo con el conocimiento de esas normas aplicables a nuestro caso, es que se puede proyectar el impacto que tendrán las mismas respecto de los hechos establecidos. En otros términos, las partes que litigan deben tener un conocimiento claro de las normas reguladoras de la prueba, pues solo de esta manera pueden proyectar su eficaz aplicación en los hechos establecidos que vendrán a constituir lo que será el tema de debate para su acreditación en juicio.² Sin conocimiento y/o sin la comprensión de aquellas, la fijación de los hechos para la propia teoría del caso puede caer en no encontrar congruencia, ni la mejor comunicación entre ambos; es decir, si se conocen los hechos, pero no las normas reguladoras de la prueba o bien, se conocen, pero no se comprenden y tampoco se sabe como es que las mismas operan o se ejecutan; se estará inhabilitado para construir su caso y, por consiguiente, para un ejercicio efectivo de contradicción, ya sea de acusación o de defensa.

Esto explica, el porqué para las partes que litigan es un tema central de su atención el establecimiento de hechos que son *favorables* a su teoría del caso, sobre todo si entendemos que cada quien presenta la teoría de *su caso*.³ Pero, establecer los

¹ El artículo 20 Constitucional en su apartado A fracciones II y III se refiere al *desahogo* de la prueba. Utilizo la palabra *producir* en su lugar, pues partiendo del entendido que no existe prueba antes de juicio —salvo excepción— esta debe nacer frente al tribunal de enjuiciamiento observando los ritos procesales para ello. Y ello conlleva su producción acorde a las reglas probatorias previstas para ello.

² Ello, sin perjuicio de que la defensa opte por un ejercicio pasivo, pues aun y cuando así sea, conocer y manejar las normas probatorias será lo que le permitirá ejercer control sobre la prueba de la acusación.

³ Sobre los distintos conceptos de la Teoría del Caso. vid. Moreno, Holman Leonardo. *Teoría del Caso*. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (dir. Alberto Binder). Ediciones Didot. Argentina 2012. pp. 27 a 29.

hechos favorables para ello, implica que estos y consecuentemente la prueba de los mismos que se proyecta en el ejercicio litigioso desde su diseño inicial como parte de su ofrecimiento y admisión, hasta su producción en juicio, busca que pueda alcanzar un nivel de influencia o de convicción en el tribunal de enjuiciamiento para asumir el fallo que dictará. Es por ello, que en la práctica forense las partes que litigan dedican mucho tiempo y esfuerzo generando y analizando la evidencia para establecer *hechos favorables* para su teoría, lo que solo puede alcanzarse a través de conocer y comprender no solamente las normas reguladoras de la prueba, sino cómo es que la prueba se produce.⁴

El manejo de las normas reguladoras de la prueba, permite a las partes que litigan poder proyectar las controversias que probablemente se suscitarán al debatir sobre la *admisibilidad* de los medios probatorios, como de las evidencias reales o materiales, o bajo cierto supuesto, las evidencias demostrativas, que harán parte de su ofrecimiento en la etapa intermedia, pero también; lo que podría convertirse en un problema de *admisibilidad* en juicio.⁵ Esto, como se ha dicho, parte de los hechos establecidos que apoyan la teoría del caso propia y mantiene, o así debiera ser, esa conexión con la evidencia que invoca cada parte como aquella que hace parte de su caso.

Conocer las normas que regulan la prueba permite a las partes que litigan, no solo asegurar un efectivo ofrecimiento de medios de prueba, como de *otros elementos probatorios favorables* a su teoría del caso, sino estar preparado para defenderlo frente a las posibles solicitudes de *exclusión probatoria* que provengan de la contraria; pero también, para ejercer control frente al ofrecimiento que haga la contraria de los medios de prueba y de *otros elementos probatorios* con los que pretenda sustentar su teoría del caso. Lo mismo puede afirmarse respecto del *juicio*, de las peticiones de *exclusión probatoria* de la prueba o, de la defensa frente a dichas solicitudes.⁶

II. EVIDENCIA Y PRUEBA

En un proceso penal como el acusatorio en nuestro país, antes del juicio —salvo excepción— no existe prueba.⁷

⁴ Lilly, Graham C. *An Introduction to The Law of Evidence*. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul Minn. 187, pp. 1 a 2.

⁵ La admisibilidad de la que se ocupa la audiencia intermedia, no es la misma que debe ser analizada en el juicio. Aquella, está dirigida a depurar lo que las partes pretenden que vaya a juicio con vocación de convertirse en prueba. Esto es, su objeto no es la prueba, sino la evidencia con vocación de convertirse en prueba, mientras que, la segunda, se pronuncia sobre la prueba. Ambas existen y surten sus efectos en distintos momentos del proceso.

⁶ Vid. artículo 354 primer párrafo última parte del CNPP.

⁷ Vid. artículo 20 Constitucional apartado A. Fracción III; 259 tercer párrafo y 320 ambos del CNPP.

El legislador mexicano en el CNPP utiliza distintos términos al referirse al ámbito probatorio con antelación al juicio, habla así de: datos de prueba,⁸ elementos de prueba⁹ o, de indicios, elementos materiales probatorios, evidencia, evidencia física o material, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo.¹⁰ Estos, sin perjuicio que procesalmente tengan asignado un concepto propio, lo cierto es que como se ha dicho, ninguno se considera prueba.

A pesar de que en un acusatorio la prueba por excelencia es la declaración de personas, principalmente, testigos y de que, todo aquello que pueda proporcionar información útil al proceso que no sea prueba testimonial, también puede ser prueba, aunque no pueda producirse *por sí misma*, sino a través de un testigo idóneo que le *acredite o autentique* —tal es el caso de documentos, evidencia real o material, evidencia demostrativa con valor sustantivo y cualquiera otra que no viole derechos fundamentales—, el legislador nacional proporciona una definición de lo que considera *medios de prueba* en la que identifica o trata como tales, no solo los que propiamente así se consideran, sino a *todo elemento* que es fuente de información que permita reconstruir los hechos en el caso particular.¹¹

En este sentido, solamente pueden ser tenidos como *medios de prueba* propiamente dichos, la testimonial, la pericial y la confesión rendida con el cumplimiento de todo requisito para su validez y, cuya producción tiene lugar mediante la declaración del testigo; del testigo experto, o del imputado o acusado. Por otro lado, es dentro de la referencia a *elementos de prueba* que también utiliza, que quedan incluídas las llamadas: evidencia real o material [un arma de fuego recolectada en el lugar de intervención; un cadáver]; la evidencia documental¹² [una carta; una escritura públi-

⁸ En el artículo 261 segundo párrafo CNPP el legislador define lo que entiende por dato de prueba como: la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aun no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

⁹ El artículo 261 CNPP refiere a los medios o *elementos de prueba* como toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos, y no obstante que parece equiparar ambos conceptos, puede sostenerse que no es así, pues el mismo legislador en diversos preceptos utiliza el concepto de elementos de prueba claramente diferenciado del de medio de prueba; así, por ejemplo, en los artículos 109 fracción XIV CNPP [Derechos de la víctima u ofendido] en que se refiere a *elementos de prueba pertinentes*; el diverso 169 I CNPP [Peligros de obstaculización del desarrollo de la investigación], que refiere a *elementos de prueba*; el 227 segundo párrafo [Cadena de custodia] que alude a *elementos materiales probatorios*.

¹⁰ Véanse los artículos 227 y 228 del CNPP.

¹¹ En el artículo 261 segundo párrafo CNPP el legislador define lo que entiende por medios de prueba como sigue: Los *medios o elementos de prueba* son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

¹² Aunque la prueba documental se considere un medio de prueba, ya que, en un acusatorio como el nuestro, ningún documento se desahoga ni por propia naturaleza, ni se puede producir en juicio sin ser acreditado o autenticado por un testigo idóneo; luego entonces, para nosotros los documentos no subsisten en sí mismos como prueba, sin un testigo que los acredite.

ca; la evidencia demostrativa —cuando esta tiene valor sustantivo—¹³ [una fotografía que muestra el momento de comisión del delito], como otro tipo de evidencias que las partes podrían utilizar siempre que no afecten derechos fundamentales —[por ejemplo, experimentos, inspección judicial].¹⁴ Distinguir entre *medios de prueba* y *elementos de prueba* permite a las partes no solo tener claridad respecto de las normas que regulan la prueba, sino en la elaboración y conducción de su estrategia para ofrecerlas y argumentar su *pertinencia*; como para resistir los ataques frente a la solicitud de su exclusión, pero también, para ejercitar sus peticiones de exclusión probatoria respecto de las ofertadas por el contrario. *Los medios de prueba, así como los elementos de prueba deben ser ofrecidos por separado y así admitidos, para que su producción pueda tener lugar en juicio.*

Estos *elementos de prueba* que refiere el legislador procesal penal, que son *otros elementos probatorios* distintos de los *medios probatorios* propiamente dichos y estos últimos; en realidad pueden ser tratados bajo un único concepto que permite distinguir con nitidez, lo que no es prueba y que existe antes de juicio, de lo que es prueba y nace en juicio. Este concepto es el de *evidencia*, ya que en un lenguaje acusatorio como el que puede utilizarse en el proceso penal mexicano; antes de juicio y antes de que la prueba sea producida, todo aquello que puede aportar conocimiento respecto de los hechos, como de la probable responsabilidad del imputado o acusado, es justamente eso: *evidencia*, pues la prueba no es sino el resultado de la evidencia, siendo la evidencia el medio para realizar la prueba.¹⁵

Así, cuando en juicio se han cumplido las reglas para su producción, y el tribunal de enjuiciamiento *declara su admisibilidad* como prueba y, la incorpora al proceso; la *evidencia se convierte en prueba* y se detona el *principio de comunidad de la prueba*, al ser que ingresa al proceso para ser valorada, pudiendo las partes hacer uso de la misma para el interés de su caso.¹⁶ [Así, por ejemplo, un indicio como lo fue un arma de fuego recolectada en el lugar de intervención, es evidencia que aporta conocimiento relacionado con la muerte de Pedro, y la probable responsabilidad de Juan de quien se dice le disparó; pero no será prueba hasta que se escuche a Juan en juicio; el arma sea identificada; se acredite que fue utilizada para matar a Juan y se acredite

¹³ La evidencia demostrativa tiene valor sustantivo cuando, sin perjuicio de la declaración de un testigo que la acredite y que resulta indispensable, tiene valor independiente por mostrar en sí algún dato sobre el delito.

¹⁴ Vid. artículo 388 CNPP.

¹⁵ Garner, Thomas J y Andersen, Terry M. *Criminal Evidence. Principles and Cases*. Seventh Edition. Wadsworth Cengage Learning, United States, 2010. p. 66.

¹⁶ Tirado Hernández, Jorge. *Curso de Pruebas Judiciales. Parte General*. T. I. Ediciones Doctrina y Ley LTDA Bogotá, 2006, p. 219, refiere que consiste en que, la prueba no pertenece y solo beneficia a quien la aporta o a quien la introduce, sino que luego de aducida pasa a ser integrante de la comunidad procesal; esto es, que la prueba aportada por una parte puede resultar favoreciendo o beneficiando al adversario.

que fue Pedro quien la accionó para ello. A su vez, dicha arma podrá ser ya objeto de valoración y prevalerse de la misma las partes].

III. LA PERTINENCIA

En un modelo adversarial como el mexicano, son las partes las que se obligan a hacerse de las pruebas que habrán de presentar para su teoría del caso,¹⁷ como a realizar su correcto ofrecimiento y producción. Esto no quiere decir, aún en el caso de defensas afirmativas,¹⁸ que el Ministerio Público pierda la carga de probar.¹⁹ Asiste a las partes un *principio de libertad probatoria* que implica que cada una puede probar su caso como lo quiera, siempre que, los medios probatorios y los elementos de prueba que ofrezcan para ello sean en principio *pertinentes*, pero a la vez, sean producidos en juicio según las normas probatorias aplicables y, admitidos e incorporados de esa manera, como pruebas.²⁰ Por ello, las partes están impedidas de llevar a juicio como prueba, cualquier cosa que consideren les asiste a su teoría del caso, pues es el mismo sistema el que limita esa libertad probatoria bajo ciertos condicionamientos [por ejemplo, cuando la prueba obtenida es ilícita].

Esto quiere decir que la Ley restringe la *admisión* de los medios probatorios y otros elementos de prueba, es decir, la evidencia, a todo aquello que es *pertinente*. Lo que no lo es, no se admite.

La *pertinencia* es un requisito indispensable aunque no suficiente para la *admisión* de medios de prueba y elementos probatorios —documentos y evidencia real o material y, en ocasiones, evidencia demostrativa— que ofrezcan las partes en la

¹⁷ Respecto del deber de la defensa de obtener las pruebas para su caso, el artículo 117 fracción VI del CNPP dispone como una de las obligaciones del defensor: Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa. Como se refiere en Broun, Kenneth S, *et al.*, *McCormik on Evidence*. Sixth Edition. Thomson West 2006, § 184, en las reglas de evidencia, la verdad importa. Para facilitar el juzgamiento basado en una fiel comprensión de los hechos, el sistema de prueba presupone que las partes deben presentar a la Corte o al jurado toda la evidencia soporte las cuestiones que deberán ser decididas [traducción del autor].

¹⁸ Se considera una defensa afirmativa aquella en que la defensa argumenta la existencia de una causa de exclusión del delito, por lo que se obliga a probarla sin que ello implique el Ministerio Público pierda su deber de probar más allá de duda razonable el delito imputado y la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, aun y cuando la defensa alegue que Pedro mató a Juan en legítima defensa y quede a cargo de la misma acreditar esos extremos, esto no releva al Ministerio Público de probar la muerte de Pedro causada por Juan.

¹⁹ Acorde a los artículos 20 apartado A fracción V y 21 constitucionales, el Ministerio Público tiene —salvo delitos de acción privada— la carga de probar, debiendo cumplir con un estándar de más allá de la duda razonable como lo dispone el artículo 402 tercer párrafo CNPP para lograr un fallo condenatorio.

²⁰ Vid. los artículos 356 y 357 CNPP.

etapa intermedia.²¹ De hecho, la prueba sobre la *pertinencia* es el punto de partida para decidir sobre su *admisibilidad*. Esto quiere decir que si no existe *pertinencia* en la evidencia que se ofrece, esta no se admite. Por ello, el primer *test* —aunque no el único— que se debe cumplir para la *admisibilidad* de los medios de prueba, y otros elementos probatorios, es que se justifique el por qué son *pertinentes* a los hechos en controversia, ya sea para probarlos o desacreditarlos y, ello supone un *test* sobre el valor probatorio que dicha evidencia aportaría. En otros términos, *pertinencia* es la que arroja luz sobre los hechos en controversia, es decir, la que tiene algún valor probatorio para establecer o inferir hechos en controversia.²²

Este requisito indispensable para la admisibilidad de medios de prueba, como de otros elementos de prueba, se manifiesta inicialmente en la etapa intermedia, que es la prevista para depurar los hechos y la prueba que se pretende vaya a juicio,²³ siendo el momento natural para que dicho ofrecimiento verdaderamente tenga lugar, la audiencia intermedia.²⁴

El CNPP no proporciona un concepto de *pertinencia*, sin embargo, el mismo y sus elementos pueden ser extraídos de la interpretación que se haga a la Ley. En su artículo 346 el CNPP prevé las causas de exclusión de los medios de prueba para la audiencia de debate, lo que supone su previo ofrecimiento por las partes en la audiencia intermedia y, el debate argumentativo que justifique por qué deben ser admitidos —por ello el legislador se refiere a haber escuchado a las partes— como otra condición previa a pronunciarse sobre su exclusión. Con una clara falta de técnica, el legislador utiliza un lenguaje en sentido negativo del que se extrae la noción de *pertinencia* al referir que, lo que se ha de excluir de ser rendido en la audiencia de juicio, serán los medios de prueba *que no* se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para establecer los hechos controvertidos. La exclusión de la evidencia ofrecida, es sobre su admisión, no sobre su ofrecimiento.

De ello tenemos que, el que la evidencia sea *pertinente*, quiere decir que debe tener relación directa o indirecta con los hechos del proceso que tienda a *acreditar*

²¹ La pertinencia, es también un requisito que debe satisfacer la prueba en juicio para ser admitida e incorporada al proceso como tal.

²² El CNPP en su artículo 346 fracción I, inciso b) considera impertinente la evidencia que no se relaciona con los hechos controvertidos.

²³ Vid. artículos 334 a 347 CNPP.

²⁴ Si bien, conforme al artículo 335 fracciones VII, VIII y X del CNPP el Ministerio Público aduce en su escrito de acusación, los medios probatorios y la evidencia real o material que pretende llevar a juicio; en verdad, el ofrecimiento de los mismos cobra lugar y solo tiene sentido en la audiencia intermedia en que, el mismo es reiterado pero debiendo sustentarse su pertinencia con sumisión al debate contradictorio con la defensa. Para esta, acorde al artículo 340 fracciones I y II del CNPP, dicho ofrecimiento, si bien puede acontecer mediante escrito antes de la audiencia intermedia, en realidad es práctica común y estratégicamente más correcto que se lleve acabo en la propia audiencia intermedia de forma oral, sustentándose ahí su pertinencia.

o *desacreditar*, en forma directa o inferencial, el hecho principal —*factum probandum*— o los hechos accesorios —indicios— por los que se sigue el mismo, como la probable responsabilidad el acusado. En otros términos, la *pertinencia* de la prueba se contrae a que el hecho que se pretende demostrar con ese medio de prueba, tenga relación con los hechos que se debaten o discuten en el proceso, o sea, el tema probatorio.²⁵ No es necesario que la evidencia ofrecida acredite, sino que basta con que de forma probable pueda acreditar o desacreditar los hechos a los que está dirigida, pues es claro que al no exigirse un estandar probatorio en condena de más allá de la duda razonable, lo que se busca es que la evidencia tenga una tendencia a hacer más o menos probable el hecho que quiere acreditar o desacreditar. Estos hechos, no pueden ser cualquiera, sino hechos que tienen consecuencias legales en el caso, de ahí que, hechos que no las tienen *carecen de pertinencia* [por ejemplo: si el auto de Juan estacionado en vía pública es robado mientras este visitaba a su amante; ninguna *pertinencia* tiene que su novia le dejara la cara marcada de lápiz labial mientras Pedro robaba su auto, para el proceso del ladrón Pedro detenido por robo de dicho vehículo].

Si bien, la evidencia se ofrece para acreditar o desacreditar tales hechos, en realidad la acreditación o desacreditación, recae sobre las *proposiciones fácticas* respecto de las cuales la evidencia ofrecida está dirigida a acreditar o desacreditar. Siendo así, cuando se ofrece una evidencia para acreditar las circunstancias anteriores, posteriores y concomitantes a los hechos —lo cual es usual en los ofrecimientos de medios de prueba que realizan los ministerios públicos— ello carece de *pertinencia*, pues en su ofrecimiento debe hacerse precisión sobre la relación probatoria de la evidencia que se ofrece con los hechos, esto es, debe precisarse el objeto de su ofrecimiento para poder decir sobre su *pertinencia*. La evidencia debe tener valor probatorio respecto de los hechos en controversia para ser *pertinente*, y por tanto, admisible, de ahí que, si la evidencia carece de valor probatorio para acreditar o desacreditar el hecho en controversia al que se dirige, no será *pertinente*. La *pertinencia*, tampoco es una característica inherente a la evidencia, sino que existe como una relación entre la evidencia y la *proposición fáctica* que se debe probar. Entonces, no habrá *pertinencia* si la evidencia ofrecida, no tiene relación probatoria con la *proposición fáctica* a la cual se dirige, como tampoco si esa *proposición fáctica* no necesita de ser acreditada o desacreditada.²⁶

Para que exista *pertinencia*, la *proposición fáctica* a la cual se dirige la evidencia debe tener relación con la Ley penal sustantiva que se aplica al caso, esto es, debe tender a establecer la existencia o inexistencia más o menos probable de alguno de los elementos relacionados con la acusación o la defensa que derivan o se interre-

²⁵ Vid. Caicedo Suárez, José Hilario. *El Proceso Penal Acusatorio en Colombia*. Universidad Libre. Bogotá, 2015. p. 359.

²⁶ Vid. para el Derecho anglosajón de los Estados Unidos, Waltz, Jon R y Park, Roger C. *Evidence. Cases and Materials*. Updated Tenth edit. Foundation Press. Thomson West, 2005. p. 75.

lacionan con dicha ley sustantiva penal,²⁷ o lo que es lo mismo, debe existir una relación probatoria entre la evidencia que es ofrecida y la proposición fáctica a la que se dirige de acuerdo con la ley penal que aplica [por ejemplo: si se acusa un delito equiparable al abuso de confianza por ilegítima retención y, se ofrece como medio de prueba un contrato de compraventa, este documento es inconsecuente para acreditar el elemento de la retención ilegítima por el comprador, pues en el caso el retenedor posee la cosa a título de dueño, por lo que dicha evidencia debe ser excluida; o, si se ofrece una evidencia para acreditar que Juan agredió a Pedro apuñalándolo por la espalda porque lo confundió con Ricardo a quién quería matar; dicha evidencia debe ser excluida, pues el error en la persona no elimina el carácter doloso de la conducta de Juan, por la muerte de Pedro, a quién no conocía por confundirlo con Ricardo].

A su vez, la credibilidad de los testigos, siempre es *pertinente*.²⁸ El aspecto que soporta la credibilidad de los testigos es evidente, pues lo que se espera en un juicio es que ingrese información verdadera y útil y no, información constreñida bajo interés [como, por ejemplo: motivada por razones de odio, venganza, recompensa, amor, etcétera] o sustentada en deficiencias del testigo [como por ejemplo: algún tipo de disminución o incapacidad en sus sentidos; incapacidad para recordar; errores de percepción, etcétera].

Respecto a la *utilidad* del medio probatorio o elemento probatorio ofrecido, como otra exigencia del legislador mexicano para no excluir su admisión,²⁹ además de su *impertinencia*, esta atiende al carácter *superfluo* que la evidencia puede tener. Esto acontece si se considera que existe suficiente evidencia para acreditar cierto hecho, deja de ser *útil* otra evidencia con la que se pretende probar lo mismo [por ejemplo: en un delito de fraude en el que la conducta engañosa ha precedido a la operación pactada; si se ha ofrecido y admitido para acreditar esa relación el contrato que le dio origen, como la testimonial de quienes lo suscribieron, y documentos que acreditan transferencia de pago; resulta *superfluo* que se ofrezca además una prueba pericial sobre las firmas de dichos testigos siendo que estos declararán en juicio sobre esa operación y se manifestarán sobre el aludido contrato, que a la vez será prueba en juicio; o en juicio que esa pericial sea producida si sus firmas y el contrato ha sido identificado y reconocido por aquellos]. Lo mismo acontece, cuando la prueba en juicio, está de más, al buscar abundar sobre lo que ya está suficientemente establecido o demostrado [por ejemplo: que ante el tribunal se hayan producido pruebas periciales como en topografía y criminalística, y documentales —plano, fotografías— para acreditar la existencia del lugar de los hechos; sus características; lo que le rodea,

²⁷ Lilly, ob. cit. pp. 24 y 25.

²⁸ Chiesa, Ernesto. *Derecho Probatorio. Repaso Intensivo para la Reválida Estatal*: 2014. (revisión y actualización Prof. Vivian I. Neptune Rivera). Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Fideicomiso para la Escuela de Derecho. p. 7.

²⁹ Artículo 346 segundo párrafo CNPP en su parte conducente dice:...medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean *útiles*...

etcétera, y se quiera aún producir una inspección judicial que no arrojaría mayor información; el hecho que se quería demostrar, ya estaría suficientemente probado y, por lo mismo, la práctica de la inspección judicial resultaría inútil por superflua.³⁰

Para el legislador mexicano, una de las causas para excluir evidencia en la audiencia intermedia, es su *impertinencia*, y esta se presenta en distintos supuestos:

- 1) Si los medios probatorios y otros elementos de prueba ofrecidos por las partes no se refieren a los *hechos controvertidos*³¹ entre las partes que, no pueden ser otros que los que han sido objeto de la investigación y que al menos hoy, para el proceso penal mexicano son aquellos precisados en el auto de vinculación a proceso³² [por ejemplo: las partes acuerdan que Pedro disparó sobre la humanidad de María con la pistola calibre 38 súper que se recolectó en el lugar de los hechos entonces, la defensa de Pedro no podría pretender ofrecer como medio probatorio la prueba pericial en balística para acreditar el estado de uso del arma].
- 2) Será también impertinente la evidencia que no tiene valor inferencial o probatorio para establecer el hecho que se pretende probar [por ejemplo: si se ofrece como evidencia un mechón de cabello rubio como el del posible delincuente Juan, cuando Juan es afroamericano y su cabello es negro y rizado. No existe ni evidencia directa, ni se puede inferir que Juan haya sido el ladrón, entonces el medio probatorio así ofrecido es impertinente];
- 3) Cuando lo que se pretende probar es inconducente³³ [por ejemplo, si Juan

³⁰ Vid. los comentarios de Tirado Hernández. ob. cit. pp. 250 a 253.

³¹ Artículo 346 fracción I, inciso b) CNPP. vid. Blanco Suárez, Rafael, *et al. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. 4ta. Ed. LexisNexis. Chile. 2006. p. 123, que consideran a la prueba manifiestamente impertinente cuando se refiere a hechos o circunstancias que nada tienen que ver con aquellas que son objeto de controversia por los intervinientes y de interés para el tribunal encargado de resolver el conflicto penal.

³² Artículo 19 constitucional. Esta es una de las incongruencias de la normativa mexicana en tanto el auto de vinculación a proceso no es algo que se justifique conforme a la sistemática del proceso, pues entre otras razones, hace incongruente el que deba desplazarse el ejercicio de la acción al judicializar el caso y, no así en el escrito de acusación lo que, para efectos del análisis de pertinencia haría más congruente la fijación de los hechos que deberían ser aquellos por los cuales se acuse y no, los que se fijen en el auto de vinculación a proceso.

³³ Chiesa... *Derecho Probatorio*. p. 7., al referirse a que el hecho que se pretende probar sea incosecuente, lo hace respecto de uno de los elementos de la noción de la relevancia, esto es, la materialidad. El mismo Chiesa en, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Vol. II. Reimpresión. Forum 2008. pp. 39 y 40 y nota a pie 53, sobre el concepto de materialidad [materiality], refiere su difícil traducción al castellano y lo destaca como un término no aceptado en castellano, sugiriendo que el mismo puede ser sustituido por el de relevancia (subrayado añadido). Acorde con McCormik on Evidence, ídem, existen dos componentes para que la evidencia sea relevante: que sea material y su valor probatorio. La materialidad se refiere a que exista correspondencia entre la evidencia y el caso. Mira a la relación entre las proposiciones para cuya prueba fue ofrecida la evidencia y las cues-

suplica a su amigo Pedro que le dispare porque ya no aguanta vivir más sin su novia que le ha dejado y, Pedro le mete tres tiros privándolo de la vida; la conducta aparentemente piadosa de este no es sino un homicidio. Así, Pedro no podría pretender ofrecer como medio de prueba para acreditar que nunca quiso matar a Juan, y que por ello no es homicida, la grabación de la voz de Juan que realizó a Pedro en su teléfono móvil cuando los hechos sucedieron, pues dicha grabación es inconducente para acreditar que el homicidio no existió. O, si el padre acusado de haber violado a su hija menor de 12 años, ofrece como elemento de prueba una cartita que esta le escribió, autorizándolo para llevar a cabo ese acto, esa evidencia es impertinente ya que tiende a demostrar que la niña consintió, cuando su consentimiento es irrelevante según la Ley penal].

Dado que, al acudir a una audiencia intermedia —salvo excepción— no existirá prueba, sino que las partes deberán hacer su ofrecimiento de medios de prueba y otros elementos probatorios ante el juez de control tales como, evidencia real o material; documentos; evidencia demostrativa con valor sustancial y, otro tipo de evidencias siempre que no vulneren derechos fundamentales; para resolver sobre la *pertinencia* de los mismos, son tres los elementos que el juzgador habrá de considerar: 1) La argumentación de las partes sustentando la *pertinencia* de la evidencia que ofrece o la *impertinencia* de la que solicita su exclusión —de ahí que el legislador refiera a la obligación del juez de haber escuchado a las partes—; 2) la observancia de las reglas probatorias, y 3) la Ley sustantiva penal aplicable al caso.³⁴ En el juicio

tiones en el caso. Si la evidencia es ofrecida para auxiliar a acreditar una proposición que no es algo cuestionable en el caso, la evidencia es inmaterial [traducción del autor]. Fisher, George. *Evidence*. Second Edition. Thomson/Foundation Press, 2008, p. 18, refiere para los Estados Unidos, que una evidencia sea *relevante*, quiere decir dos cosas: primero, que debe ser *material*, es decir, que debe soportarse sobre un hecho que es consecuente con la determinación de la acción y, segundo, que la evidencia debe tener una tendencia a hacer más o menos probable el hecho, que lo sería sin esa evidencia, siendo en el *common Law* este concepto el que toma el nombre de relevancia [traducción del autor]. vid. Sobre la inclusión del término *relevancia* dentro del más amplio *pertinencia*, véase con anotación al Derecho de Puerto Rico, Batista Ortiz, Elpidio. *El Abogado Defensor Puertorriqueño*. Situm, 2007, pp. 247-248, la palabra inmaterial es una acepción forense anglicana e incorrecta en español, cuyo sentido en inglés es para significar que la prueba ofrecida está dirigida a probar algo que no está propiamente en controversia o que no tiene relación con la credibilidad de un testigo, por lo que el término “material” ha sido abandonado por las Reglas de Evidencia de Puerto Rico incorporando su contenido en la definición amplia de la Regla 18, pues los términos relevante-irrelevante y material-inmaterial son diferentes, ya que una prueba puede ser relevante (primer aspecto de la pertinencia) y ser aún así inmaterial (segundo aspecto de la definición de pertinencia, que atañe a: relación con una cuestión en controversia o con la credibilidad de algún testigo declarante), de ahí que ambos conceptos queden subsumidos bajo el nombre común de pertinencia y así, cuando se dice que una prueba es impertinente, se incluyen ambos conceptos (subrayado añadido).

³⁴ Así, por ejemplo, si lo que se pretende es acreditar el derecho de propiedad del arrendador respecto de un inmueble dado en arrendamiento en una acusación por delito de despojo que formula a su inquilino porque no le devuelve el inmueble frente al retraso de pago de una renta; siendo que el des-

también la *pertinencia* debe quedar colmada para que se admita la evidencia como prueba y se incorpore al proceso de esa manera.

Como se dijo, la *pertinencia* es un requisito indispensable, pero no suficiente para admitir los medios de prueba como los elementos probatorios que las partes ofrecen en la audiencia intermedia. Existen entonces casos en los que, a pesar de que la evidencia posee valor probatorio para la controversia, esta es excluida en su admisibilidad porque la exclusión se sustenta en disposiciones constitucionales o legales.³⁵ Se trata de excepciones bajo las cuales, aún siendo la evidencia ofrecida *pertinente*, no es admisible. Este es el segundo nivel de análisis que debe ser atendido para el ofrecimiento de medios de prueba y de otros elementos probatorios en la audiencia intermedia.

Dichos supuestos se sustentan: 1) En razones de exclusión probatoria cuyo fundamento es una disposición constitucional o una disposición legal, y 2) En supuestos que obedecen a criterios sustentados en el poco valor que puede tener la evidencia respecto de los supuestos bajo los cuales se excluye.

a) Razones de exclusión probatoria sustentadas en una norma constitucional o legal

El constituyente permanente, ha previsto como un principio que rige en el proceso penal mexicano, que no se concederá valor a ninguna prueba obtenida violando derechos fundamentales.³⁶ Esta cláusula contempla la base normativa de la llamada prueba ilícita cuya consecuencia es no otorgar valor probatorio a la prueba obtenida violando directa o indirectamente derechos fundamentales.³⁷ Se trata de prueba prohibida.

pojo protege como bien jurídico la posesión, no habría pertinencia desde el Derecho penal sustantivo para la admisión del medio de prueba que pretende acreditar el derecho de propiedad. La pertinencia no solo tiene relación con el Derecho procesal aplicable, sino también con el Derecho sustantivo.

³⁵ En los Estados Unidos, las Reglas Federales de Evidencia. Fed.R.Evid. 42, prevén dicha exclusión al establecer: All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution.... by act of the Congress [or] by these rulesEvidence which is not relevant is not admissible. vid. Waltz/Park, ídem, sustentan dicha exclusión siempre que exista una base clara en la Ley que excluya esa admisión.

³⁶ Artículo 20 Constitucional apartado A, fracción IX y, 97 y 357 parte primera del CNPP.

³⁷ Sobre dicha cláusula y la admisión de la teoría de la prueba ilícita, por violación directa o indirecta —fruto del árbol envenenado— es ilustrativa la Tesis de la Primera Sala del máximo Tribunal cuyo rubro es: PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. Amparo Directo en Revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Novena Época. Registro: 161221. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXXIV, Agosto de 2011, Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CLXII/2011. Página: 226. Igualmente, sobre el estatus que precedió en la normativa nacional de corte acusatorio en los distintos códigos procesales penales de las entidades federativas que la regularon, véase Félix Cardenas, Rodolfo, en

El texto constitucional posibilita poder invocar la exclusión de medios de prueba, evidencias y/o elementos materiales probatorios frente a la violación de derechos fundamentales en que la autoridad incurra [Por ejemplo, derivado de evidencia que se obtiene estando una persona detenida ilegalmente; o de registros ilegales en domicilios; o confesiones obtenidas sin presencia de abogado defensor o bajo coacción sea cual fuere esta, etcétera]. Bajo este supuesto, podrá conocerse u obtenerse evidencia relacionada directa o indirectamente con los hechos en controversia y, por ello, ser considerada *pertinente* por su valor probatorio al caso. No obstante, la *pertinencia* no basta, pues si bien es un requisito indispensable para la admisión de la evidencia, también lo es que no es suficiente para alcanzar esa admisión pues para ello es necesario que además no exista causa alguna por la cual deba ser excluida. Al respecto, el CNPP excluye la admisión de medios de prueba obtenidos violando derechos fundamentales.³⁸

Por otro lado, la Ley (CNPP), busca preservar que lo que se ha producido como prueba en juicio observe los ritos legales para ello, pues de lo contrario, la prueba admitida de esa manera se considera ilegal y así, no es susceptible de valoración.³⁹ Según las normas que rigen la prueba, en caso de que el órgano jurisdiccional declare

el Prólogo a la 1ª edición mexicana de la obra de Miranda Estrampes, Manuel. *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*. UBIJUS, 2013; así como la seria crítica a la reciente doctrina que ha asumido el Poder Judicial de la Federación en México, como se aprecia de la tesis con rubro PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN. Amparo en Revisión 338/2012. 28 de enero de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de la Rea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Mena. Ponente: Alfredo Gutiérrez Mena. Secretaria Karla I. Quintana Osuna, y la diversa PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INCUPLADO. Época: Décima Época. Registro: 2010454. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo IV. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: I.5o.P.42 P (10a.). Página: 36, del *Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito*, pues, no obstante ser que el legislador constituyente ha previsto para el Derecho mexicano una cláusula cerrada que impide la invocación y aplicación de las llamadas excepciones al fruto del árbol envenenado, *La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 2015, estando ya vigente el texto de la fracción IX del Apartado A, del artículo 20 constitucional que niega otorgar valor a cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, unánimemente reconoció que, sin perjuicio de considerar ilícita la prueba así obtenida, ello encontraba límites que harían que esa exclusión fuera inoperante; refiriendo como tales al vínculo atenuado, a la fuente independiente y al descubrimiento inevitable con exigencia de la aplicación del estándar para cada una de esas excepciones en cada caso concreto y, el referido Noveno Tribunal Colegiado de Circuito parafraseando el Caso Wong Sun vs. U.S. (1963), introdujo sin justificación al ordenamiento mexicano la distinta excepción de conexión de antijuridicidad; crítica que se recoge en el Capítulo de Introducción de Miranda Estrampes, Manuel. *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*. UBIJUS. 2017, y en Félix Cardenas, Rodolfo. Prólogo a la 2ª edición mexicana de la obra en cita.*

³⁸ Artículo 346 fracción II CNPP. véase igualmente el artículo 357 parte primera del CNPP, que niega el valor probatorio a la prueba si se ha obtenido violando derechos fundamentales.

³⁹ Artículo 357 CNPP.

la nulidad de un medio probatorio y/o de un elemento material probatorio, la o él mismo no pueden ser utilizados, ni invocados en el proceso.⁴⁰ Tampoco, se podría ofertar la información surgida de salidas alternas fracasadas, ni de un procedimiento abreviado fallido;⁴¹ ni ofrecer, ni llevar a cabo, la lectura e incorporación de registros de la investigación y documentos que den cuenta de actuaciones de la policía o el Ministerio Público en la investigación, salvo por excepción.⁴² El CNPP excluye la admisión de dichos medios de prueba, pues sin ello contravendría las disposiciones relativas al desahogo de la prueba.⁴³

b) Razones de exclusión probatoria basadas criterios sustentados en el poco valor que puede tener la evidencia respecto de los supuestos bajo los cuales se excluye

A pesar que en el caso, en realidad dichas evidencias no obstante ser *pertinentes*, se excluyen más bien en razones inspiradas en no retardar el curso del proceso [se trata de supuestos de prueba acumulativa, esto es, que se consideran sobreabundantes]⁴⁴ que el legislador refiere respecto de la prueba documental y testimonial, pero también a diversos medios de prueba del mismo tipo, que no sean testimonial, ni documental; agregando para todos ellos que, acrediten lo mismo, *ya superado, en reiteradas ocasiones*. La regulación es desafortunada, pues si el medio probatorio apenas se ofrece para su admisión, no pudo ya haber superado en reiteradas ocasiones lo que con el mismo se pretende acreditar. Se confunde aquí la exigencia de *utilidad* de la evidencia, necesaria para ser tenida como *pertinente* y que, como se ha dicho, se relaciona con lo *superfluo* de la misma; con el verdadero fin de esta exclusión que es, evitar dilaciones en juicio al permitir que evidencia *pertinente* no sea admitida y es que, lo que se busca es que no se ofrezcan en demasía medios probatorios del mismo tipo para acreditar o desacreditar el mismo hecho.

⁴⁰ Artículo 97 CNPP. A su vez el artículo 346 fracción III CNPP, considera como una causa de exclusión de los medios de prueba, cuando han sido declarados nulos. vid. Blanco Suárez *et al.*, ob. cit. p. 124, son pruebas o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, por lo que se entiende se requiere de una resolución judicial previa que haya declarado nula la diligencia en la que se obtuvo la evidencia.

⁴¹ El artículo 384 CNPP prohíbe invocar, leer, admitir o desahogar como medio de prueba al debate cualquier antecedente relacionado con una suspensión condicional de proceso, un acuerdo reparatorio, o procedimiento abreviado.

⁴² Artículo 385 CNPP.

⁴³ Artículo 346 fracción IV CNPP, con relación a los diversos 384 y 385 del CNPP.

⁴⁴ El artículo 346 fracción I. a) CNPP, considera que el medio de prueba es *sobreabundante*: por referirse a diversos medios de prueba el mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones. Blanco Suárez *et al.*, ob. cit. p. 123, la prueba es *superabundante* y/o *dilatoria* si se trata de medios probatorios ofrecidos por los intervinientes que, a juicio del tribunal solo tienen por finalidad alargar el curso del procedimiento, sin que su rendición constituya un aporte real a la formación de la convicción del tribunal.

Si existe sobreabundancia, el juzgador dispondrá que las partes reduzcan el número de testigos o documentos ofrecidos para acreditar el mismo hecho o circunstancia a probar, quedando en las mismas seleccionar que medios de prueba o elementos de prueba serán mantenidos en su ofrecimiento.⁴⁵

Igualmente, se busca para evitar un efecto dilatorio, no admitir la prueba referente a hechos que son del todo conocidos [son los casos en que su admisión se considera innecesaria]⁴⁶ y por ello, al ser de conocimiento público carecen de *pertinencia* para el tribunal.⁴⁷ El CNPP prevé dicha exclusión probatoria al ser los medios de prueba o los elementos de prueba ofrecidos, innecesarios por ser hechos públicos, notorios o *incontrovertidos*.⁴⁸

c) Por razones de protección a la víctima de conductas sexuales

Por último, el legislador excluye los medios de prueba que se ofrezcan sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, en caso de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual. No solo se busca evitar la exposición de las víctimas de estos delitos en la sala de audiencias, sino que, se parte de la premisa que el consentimiento otorgado por una persona para relacionarse una ocasión sexualmente con otra, no es evidencia digna de ser atendida en una época en la cual se puede presumir que una mujer libremente escogerá sus parejas y rechazará a otras sobre la línea de altos estándares que no se pueden generalizar.⁴⁹ En este tipo de delitos el legislador limita la prueba dirigida a acreditar la conducta sexual anterior o posterior de la víctima —por ejemplo, que ejerce la prostitución— lo que quiere decir que excluye la prueba de su comportamiento sexual, como de su reputación sexual para acreditar o inferir que en la ocasión de los hechos motivo de acusación habría consentido su realización. Sin embargo, ello no quiere decir que la prueba en estos casos esté vedada; solo está limitada bajo los referidos supuestos; siendo procedente la misma para acreditar que en el hecho particular se trató de

⁴⁵ Artículo 340 penúltimo párrafo CNPP.

⁴⁶ El artículo 346 fracción I. c) CNPP, considera que el medio de prueba es *innecesario*: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos.

⁴⁷ Vid. Blanco Suárez *et al.*, *idem*.

⁴⁸ Nuevamente se aprecia confusión en el legislador, pues si los hechos no están en controversia se excluyen por impertinentes.

⁴⁹ Vid. Park, Roger C, Leonard, David P y Goldberg, Steven H. *Evidence Law. A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*. Second Edition. Thomson West. 2004, pp. 152 y 153, refiriendo ello, como parte de un movimiento de reforma impulsado por grupos mujeres y oficiales de la Ley, y que en casi todos los estados y el Congreso de los Estados Unidos se adoptó en los años 70 la llamada legislación del escudo protector contra violaciones "rape shield" legislation que limita el uso de evidencias de relaciones sexuales previas, en casos de agresiones sexuales [traducción del autor].

una relación sexual consentida. De hecho, las defensas más comunes en casos como estos, son el consentimiento de la víctima o el error en la identificación del agresor.

Se acepta la evidencia respecto de la existencia de una relación previa sostenida entre la víctima y el acusado —como matrimonio, concubinato, noviazgo, etcétera— que acreditara su pasado sexual con el acusado, no con terceros [en ocasiones ello podría permitir inferir el consentimiento en la relación sexual] como también, la evidencia es admisible si se ofrece para acreditar otros aspectos tales como: para explicar las consecuencias físicas de la violación [por ejemplo: que la víctima esté golpeada y pinchada por suministro de droga al ser violada, y el acusado no use drogas]; la presencia de semen en la víctima [por ejemplo, para acreditar que no pertenece al acusado através de la práctica de prueba pericial]; prueba de embarazo [como para acreditar que el acusado no fue quien le preñó producto de la violación acusada y por ello, que él no la violó, ya sea por el tiempo de evolución que tiene el embarazo que coincida con que el acusado se encontraba en otro lugar en la fecha de los hechos; o el tipo de sangre del producto del embarazo no acredite la paternidad del acusado]; enfermedad venérea [por ejemplo, para acreditar que la víctima la tiene al ser contagiada con motivo de la violación que acusa y el acusado no]; evidencia para acreditar la existencia de un motivo para fabricar el hecho [por ejemplo, para extorsionar al acusado; o para generar una coartada] etcétera.⁵⁰

IV. ACREDITACIÓN O AUTENTICACIÓN

Toda evidencia para poder ser admitida en juicio como prueba y así incorporada, además de contar con pertinencia debe ser *previamente autenticada*.⁵¹ El legislador mexicano optó por utilizar el término acreditada [acreditación] en lugar de la traducción del vocablo *authentication* [autenticar] que se utiliza en el *Common Law*.⁵² De esta manera, decir que la evidencia debe ser *acreditada*, se corresponde con decir que debe ser autenticada; en otros términos, acreditar y autenticar refieren a lo mismo.

El artículo 383 del CNPP referente a la *incorporación* de la prueba, establece en su segundo párrafo que: Solo se podrá *incorporar* a juicio como prueba material o documental aquella que haya sido *previamente acreditada*. Y el diverso 387 titulado: Incorporación de prueba material o documental *previamente admitida*, dispone que: ... Solo se podrán incorporar la prueba material y la documental *previamente admitidas*, salvo las excepciones previstas en este Código.

⁵⁰ Vid. como una referencia importante, sobre el desarrollo y alcances de este tipo de regulación en los Estados Unidos, Park/Leonard/Goldberg, ob. cit. pp. 153 a 155.

⁵¹ Autenticar no es sino una traducción del idioma inglés de la palabra *authentication* utilizada en el ámbito probatorio que implica un proceso que debe de cumplirse a través de una serie de preguntas adecuadas que muestren al juzgador que la evidencia que se presenta es *lo que se dice que es*.

⁵² Vid. Park/Leonard/Goldberg, ob. cit. p. 559.

De estos preceptos se extraen dos aspectos de la mayor importancia: el legislador refiere y distingue correctamente, los actos de *incorporación* de la prueba y el de *admisión* de la prueba. La *admisión* se traduce en la declaratoria judicial que constata que a juicio del juzgador la evidencia que se produce en juicio por una de las partes ha sido debida y suficientemente acreditada o autenticada y, por consiguiente, que procede declarar su admisión como prueba en juicio. La acreditación o autenticación, es un requisito de o para la *admisibilidad* de la evidencia como prueba en juicio; mientras que la *incorporación* es un acto subsecuente o posterior a dicha declaratoria de admisión que la materializa, y que permite que la prueba sea incorporada al acervo probatorio ingresado así al proceso, autorizando a las partes su uso en juicio bajo el *principio de comunidad de prueba*, pero principalmente su valoración.⁵³

En las regulaciones que se contenían en los códigos procesales penales de corte acusatorio que tuvieron vigencia en distintas entidades federativas antes del CNPP y aún, en los que hoy por razón de temporalidad de los hechos delictivos siguen aplicándose, no existía referencia a la declaratoria de *admisibilidad* de la prueba en juicio, sino tan solo al término *incorporar*. Ello conllevó a que en la práctica procesal, producida la prueba, la parte a cargo se limitara a solicitar del tribunal su *incorporación* como prueba y, de no existir oposición fundada el tribunal se pronunciaba en una especie de fórmula sacramental diciendo: “se tiene por incorporada a juicio”. Esto transcurría, como si se tratara de la culminación de un trámite y como si se presumiera una declaratoria de admisibilidad previa inexistente, a pesar de ser esta declaratoria necesaria e imprescindible a la que debía ser atendida por el tribunal ya que, es sobre la base de la *admisibilidad* de la prueba y de su consecuencia —su incorporación como tal al proceso— que se endereza toda objeción para buscar la exclusión probatoria, o en su caso, la limitación de la evidencia que se pretende se incorpore como prueba a juicio.⁵⁴

En realidad, un buen número de las partes litigantes y juzgadores eran ajenos a este particular y trascendental control que se ejerce a través de una objeción en materia probatoria. Quizá, ello era debido no solo a la deficiente preparación en el ámbito de la teoría de las objeciones, sino al hecho de que con mucha frecuencia solía confundirse la *admisibilidad* de los medios de prueba ofrecidos en la etapa intermedia, con la *admisibilidad* —no incorporación— de la prueba en juicio.⁵⁵ El CNPP

⁵³ En las regulaciones que se contenían en los códigos procesales penales de corte acusatorio que tuvieron vigencia en distintas entidades federativas antes del CNPP y aún, en los que hoy por razón de temporalidad de los hechos delictivos siguen aplicándose, no existía referencia a la declaratoria de admisibilidad de la prueba en juicio sino que solo existía alusión al término incorporar.

⁵⁴ La admisibilidad de medios de prueba —no de prueba— en la etapa intermedia se rige particularmente por lo previsto en el artículo 346 del CNPP y es previa a juicio. La admisibilidad de la prueba —no de medios de prueba— en juicio, se rige por las reglas que regulan la prueba y su producción precisamente en juicio.

⁵⁵ Así por ejemplo, piénsese en que la policía ha penetrado a un domicilio sin orden judicial de cateo y extraído del mismo una evidencia documental que el Ministerio Público pretende sea admitida como

es hoy claro al dar fundamento a este tipo de objeciones al establecer en la parte final del párrafo primero de su artículo 354 como obligación del juzgador en su actuación en juicio que: Asimismo, resolverá las objeciones que se formulen *durante el desahogo de la prueba*.⁵⁶

De esto se tiene, que las partes conforme a las reglas probatorias del CNPP y tras haber cumplido con la acreditación exigible según sea el elemento material probatorio o evidencia física o documental cuya admisión como prueba en juicio se pretenda, deben solicitar del juzgador *que les sea admitida* como prueba y por consiguiente *así sea incorporada* y, de considerar que se ha acreditado o autenticado suficientemente y habiendo escuchado a la parte contraria sin que medie objeción fundada, deberá declarar su *admisión* en el juicio como prueba y, por consiguiente, su incorporación como tal.

Frente a una manifestación del tribunal en juicio que omita pronunciarse sobre la *admisibilidad* de la prueba, las partes que litigan deben ejercer control solicitando del tribunal que realice esa declaración y así obtenerla. Una fórmula muy simple y elegante distinta de impetrar frontalmente al tribunal para que lo haga cuando ha dicho que la evidencia se tiene por incorporada como prueba, sin haber declarado su *admisión*; es dirigirse al mismo en los siguientes términos: Señoría, ¿entonces esta defensa [fiscalía] debe entender que el documento “X”; la pistola “Y”; la videograbaación contenida en el DVD “Z”, se tiene por *admitido* (a) como prueba? El tribunal se pronunciará asintiendo.

a) ¿Qué es acreditar o autenticar?

El legislador mexicano en el CNPP considera ilegales aquellas pruebas que no son incorporadas al proceso conforme a sus disposiciones. Esto quiere decir que, para que una evidencia pueda alcanzar en juicio la categoría de prueba, debe producirse según las reglas probatorias que le son aplicables para que siendo así, pueda admitirse e incorporarse a juicio con carácter de prueba, pues de lo contrario, su *admisión* e *incorporación* aludidas la tornarían en prueba ilegal conllevando ello la prohibición de su valoración.⁵⁷

prueba en juicio y así incorporada. La defensa conoce de esa intromisión ilegal y, sobre la base de la admisibilidad de la prueba objeta su admisión dado su carácter de prueba ilícita, llevando a cabo esta acreditación. El resultado será que el tribunal en juicio se pronuncie excluyendo dicho documento.

⁵⁶ De hecho, el principio general que regula esta posibilidad de control se prevé en el artículo 6 CNPP [Principio de Contradicción].

⁵⁷ El artículo 357 CNPP dispone.- Legalidad de la prueba: La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales; o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Por ello, es preciso que para alcanzar esa *admisión* e *incorporación* de la prueba en juicio, esta —además de ser pertinente— deba ser acreditada o autenticada. Ello se cumple a través de un proceso que se desarrolla por medio de preguntas que se consideran idóneas, formuladas a una persona con capacidad para identificar la evidencia e informar al tribunal sobre la misma.⁵⁸ Entonces, la vía más adecuada para cumplir con ese proceso es a través del interrogatorio directo, aun y cuando nada impide que pueda serlo a través de un examen cruzado o contrainterrogatorio. Quien hace las veces de la persona interrogada, recibe el nombre de testigo de acreditación o de autenticación, pues al ser que la evidencia real o material, o la documental, o la evidencia demostrativa con valor sustantivo deben ser autenticadas o acreditadas si se han de convertir en prueba en juicio y, como ineludiblemente ello debe producirse a través de la declaración de alguien; ese alguien es quien la acreditará o autenticará, de ahí que sea identificado como el testigo de acreditación. Esto quiere decir que, al menos en el proceso penal mexicano acorde a las reglas del CNPP ninguna evidencia puede producirse como prueba en juicio sin testigo de acreditación.⁵⁹

Pero, para ello, debe primero entenderse ¿qué quiere decir que una evidencia para convertirse en prueba en juicio deba ser previamente acreditada o autenticada? En otros términos, ¿qué quiere decir acreditar o autenticar?

Las declaraciones de testigos, sea cual fueren estos, no requieren de ser autenticadas o acreditadas, ya que es su propia declaración la que proporciona la información al tribunal que habrá de valorar. Sin embargo, si las partes han ofrecido evidencia como documentos, objetos tangibles, demostrativa con valor sustantivo, si se quiere producir como prueba en juicio, estas evidencias exigen de ser acreditadas o autenticadas.

El problema de la acreditación o autenticación se reduce a una sola pregunta: ¿Es la prueba lo que la parte que la propone dice que es? La pregunta toma distintos significados dependiendo de su naturaleza y del propósito de quién la ofrece, al ofrecerla; pues ciertamente la acreditación o autenticación dependiendo el tipo de evidencia tendrá una exigencia mayor o menor. Esto quiere decir que no todas las evidencias se autentican o acreditan igual [por ejemplo: en un caso de posesión de cocaína, una correcta *autenticación* requiere que un paquete sin descripción que

⁵⁸ En ocasiones, la acreditación o autenticación exige de la intervención de distintas personas para darse por satisfecha y con ello, permitir hasta que así acontezca la admisión e incorporación de la prueba a juicio.

⁵⁹ Ello incluso, en el caso de las excepciones a la prohibición de prueba de referencia que se contienen en el artículo 386 CNPP en las que, si bien el legislador ha autorizado en esos supuestos la incorporación de los registros previa lectura, ello no quiere decir que deba omitirse su acreditación o autenticación a través de quién los recibió —por ejemplo del policía a entrevistador o el Ministerio Público— o de quién esté en condiciones de acreditarles, pues la Cláusula de Confrontación no puede ser evadida en perjuicio de la parte contraria, aun y cuando la exigencia de acreditación bajo estos supuestos sea menor.

contiene polvo blanco y que ha sido ofrecido por el fiscal como evidencia es el mismo que se recogió del acusado y que después se sometió a análisis químico que mostró ser cocaína. O, que en el caso de amenazas enviadas por correo, o por llamada telefónica, exige acreditar que el acusado escribió la carta que contiene las amenazas o que su voz es la que corresponde con las llamadas. De una fotografía o un video se requiere evidencia que acredite que la fotografía o cinta representa seguramente el objeto o el hecho que se quiere con ello probar] entonces, si existe evidencia que el polvo blanco encontrado es cocaína, ello carece de *pertinencia* si no hay evidencia que el acusado poseía esa droga; como no la habrá sin evidencia que el acusado fue el autor de la carta o de las llamadas que refirieron las amenazas. La *acreditación* o *autenticación* es una condición de la *pertinencia*.⁶⁰

Estas evidencias para ser autenticadas o acreditadas, requieren de otra evidencia extrínseca para ello. Se necesita así de la declaración de un testigo o de un perito que la identifique e informe sobre la misma al tribunal. Hoy día en México, el CNPP no admite evidencias que no requieren de otra extrínseca para ser autenticadas o acreditadas. Ello, fue algo previsto en los códigos procesales penales acusatorios de distintas entidades del país que, aceptaban la posibilidad de evidencias que no requerían de otra evidencia extrínseca para su acreditación, al reconocerse en las mismas la cualidad de *auto-autenticarse*. Se encontraban aquí, distintas clases de documentos como, documentos públicos; los que procedían de fedatarios; periódicos, entre otros.⁶¹ Esas normas probatorias propias de la prueba de documentos, fueron malamente abandonadas en el CNPP en el que, por igual, se exige de autenticación o acreditación a todo tipo de evidencia, incluidas las ya referidas para cuyo caso, pareciera no corresponder el mismo tratamiento.⁶²

La *autenticación* es un proceso para que un documento, una evidencia real o material, una evidencia demostrativa con valor sustantivo, pueda ser admitida como prueba en juicio y pueda concluirse que ese documento; ese objeto; esa evidencia demostrativa con valor sustantivo, es auténtica (o). Así, ver cumplido el proceso de *acreditación* o *autenticación* para admitir los documentos ofrecidos por las partes, como los objetos y, en su caso, la evidencia demostrativa con valor sustantivo como

⁶⁰ Fischer, ob. cit. pp. 805 y s.

⁶¹ Así por ejemplo, en el Código Procesal Penal Acusatorio de Oaxaca, en su artículo 354 se decía: Salvo prueba en contrario, *se presumirán como auténticos* los documentos públicos y, *por tanto, no será necesaria su ratificación*. También lo serán aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las facturas que reúnan los requisitos fiscales, las notas que contengan los datos del contribuyente y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad. En estos casos, quien objete la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar que no es auténtico.

⁶² Vid. el artículo 383 CNPP. Este precepto exige de absolutamente toda evidencia que se quiera incorporar como prueba a juicio, de su acreditación o autenticación.

pruebas en juicio, es labor del tribunal de enjuiciamiento, pero que se consideren auténticos queda en el terreno de la valoración. En otros términos, la admisión como prueba en juicio y su incorporación al proceso de las evidencias previamente acreditadas o autenticadas, equivale a decir que, *prima facie* el tribunal las tiene admitidas como acreditando lo que la parte que las ofrece *dice que son*; pues cuestión distinta será que a estas les otorgue el valor probatorio que la parte que les ofreció pretenda. Así, en términos acusatorios, decir de una evidencia que se ha acreditado o autenticado, no quiere decir que sea auténtica mientras ello no se refleje en su valor que haga de la misma el tribunal de enjuiciamiento.⁶³

Incluso, la *autenticación* según el objeto de que se trate, exige de determinadas preguntas; sin embargo, cualquier declaración de un testigo para autenticar evidencia debe implicar que explique por qué el objeto es lo que se dice que es. Así, la declaración del testigo sirve para autenticar el objeto y lograr que el juez lo admita como evidencia, pero también, para proporcionar información que persuada para tener ese objeto como auténtico o, que del mismo se puedan extraer inferencias importantes para los hechos en nuestro caso; esta es la parte más importante de haber logrado su admisión como prueba pues incide ya en su valoración.⁶⁴

Decía que, establecer las bases suficientes para que una evidencia sea admitida e incorporada como prueba en juicio, tiene que ver con la categoría de evidencia que se pretende incorporar. Establecer bases suficientes, quiere decir, que a través de preguntas adecuadas a la persona idónea, se proporcione la información suficiente y adecuada al tribunal que le demuestre que esa evidencia es lo que quien la ofreció dice que es [por ejemplo, que es la pistola recolectada en el lugar de intervención y no otra] exigiéndose su identificación.

V. EVIDENCIA DEMOSTRATIVA

En los casos que las partes litigan, estas presentan siempre como prueba algo que está relacionado con los hechos en controversia. Sin embargo, puede ser que no sea así y que, en ocasiones, puedan utilizar un objeto incluso, que no tiene conexión con el caso. [por ejemplo, en un caso en que la policía nunca encontró

⁶³ Vid. Park/Leonard/Goldberg, pp. 559 a 561. Corresponde a los jueces decidir si la autenticación es suficiente para admitir como evidencia el objeto y, al jurado decidir si la evidencia es suficiente para decidir que el objeto es, de hecho, auténtico; por ejemplo se cita: Un testigo declara acerca del conocimiento que tiene de la escritura del acusado y que, la escritura que obra en una carta pertenece a la del acusado, ello bastaría para que el juez tuviera por autenticada la carta y se permitiera su incorporación como evidencia aun y cuando el acusado presentara a un experto que dijera que esa no es su escritura. Corresponderá al jurado valorar entre ambos aspectos si esa escritura es o no del acusado.

⁶⁴ Park/Leonard/Goldberg, ob. cit. p. 562 y s.

la pistola utilizada en el asalto. El juez en el juicio podría autorizar a un testigo de hechos utilizar otra pistola similar para ilustrar su testimonio]. Este artículo ayuda al testigo a ilustrar o demostrar su testimonio oral. Este tipo de evidencia es referida como demostrativa y, su uso está limitado tan solo por la discreción del juzgador y por la imaginación del litigante.⁶⁵

Existen dos clases de evidencia demostrativa: 1) La que se utiliza por las partes solo con fines ilustrativos, y 2) La que tiene valor sustantivo. A estas las denominamos como, evidencia *demostrativa ilustrativa* que, para nosotros es comúnmente referida como *apoyo visual* y, evidencia demostrativa *con valor sustantivo*. La evidencia demostrativa para ilustrar, no es el objeto real y no tiene valor probatorio en sí misma. Sirve como un apoyo para comprender el testimonio, un documento o una evidencia real.

Saber diferenciar entre la una y la otra resulta importante en el ejercicio litigioso, como en la aplicación de las normas reguladoras de la prueba por todos los operadores, pues mientras la primera no es, ni puede ser considerada como prueba; la segunda debe ser objeto de descubrimiento, como de ofrecimiento y admisión en la etapa intermedia para poder ser utilizada en juicio y, en su caso, admitida e incorporada como prueba para su valoración.

Esto no quiere decir, que la una y la otra escapen o sea ajenas a la justificación de su *pertinencia* en juicio, con lo cual, deben ser acreditadas o autenticadas por las partes aun y cuando no tienen la misma exigencia para ello. Ello, destaca nuevamente la importancia que tiene la *pertinencia* en materia probatoria, pues aun y cuando es esté frente a un apoyo visual y no sea prueba, su uso debe estar precedido por su *pertinencia*.

A. Evidencia demostrativa ilustrativa o apoyo visual

La evidencia *demostrativa ilustrativa* o *apoyo visual*, sirve para ilustrar o clarificar el testimonio del testigo o un objeto. A diferencia de la evidencia real o material,⁶⁶

⁶⁵ Imwinkelried, Edward J. y Blinka, Daniel D. *Criminal Evidentiary Foundations*. Second Edition. Lexis-Nexis. 2007. p. 144 [traducción del autor].

⁶⁶ Sólorzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Tercera edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2010 p. 366 y nota a pie 142, refiere que se trata de objetos, elementos físicos distintos del documento, que se encuentran en el desarrollo de la investigación que realicen la fiscalía o la defensa. Siendo que la Corte de Casación en su sentencia Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007, siguiendo al profesor Chiesa, ha señalado que: "por evidencia real se entiende la que queda naturalmente a manera de huella o rezago del delito, como un lago hemático, el cadáver, las armas de fuego, los vidrios destrozados, etc. Es posible que la evidencia real, el objeto, no necesariamente se relacione directa o indirectamente con el hecho, sobre ello, Graham, Michael H y Ohlbaum, Edward D. *Court Room Evidence. A Teaching Commentary*. Nita, 1997. p. 407, proporcionan

se distingue de esta en que el apoyo visual consiste en materiales tangibles que son utilizados solo con el propósito de ilustrar o explicar, sin que signifique que sean el objeto real, como el arma homicida; o las herramientas utilizadas en un robo; o la heroína asegurada por los agentes de narcóticos al detener al acusado.⁶⁷ La *evidencia demostrativa ilustrativa* o *apoyo visual*, no es evidencia que haya sido parte en los hechos del caso, pero que ilustra, clarifica, da color a la declaración del testigo. No tiene valor probatorio, pero asiste al testigo como una *ayuda visual* para explicar o clarificar su testimonio y, al tribunal, para su mejor comprensión.

En cambio, la evidencia real o material tiene valor probatorio cuando la misma se relaciona con la controversia y su admisión es condicionada a que quien la produce acredite que se trata de la misma que estuvo en su origen relacionada con el hecho. Sin embargo, puede ser que una evidencia real o material sea utilizada solo con fines demostrativos —como si se usa el arma recolectada únicamente para aclarar o ilustrar—, en cuyo caso, su origen no es importante, pues lo que importa si solo se usará para ilustrar, es que las propiedades o características del objeto sean suficientemente claras para asistir, sin engañar al juzgador para que comprenda un aspecto del caso,⁶⁸ [por ejemplo: una ropa puede ser *evidencia real*, si se acredita como la que la víctima portaba el día de los hechos que le fue desgarrada al someterla para robarle; o *evidencia circunstancial*, o cuando la ropa de la víctima desaparecida es encontrada con perforaciones y sangre en ellas permitiendo inferir que se encontraba lesionada desde ese momento; o puede ser utilizada como *evidencia propiamente ilustrativa* para ayudar a entender otra evidencia, particularmente testimonial.⁶⁹

El concepto de evidencia *demostrativa ilustrativa* o *apoyo visual*, se utiliza para indicar aquellos objetos tangibles [como mapas, diagramas, modelos] no directamente relacionados con la causa en litigio, pero a consecuencia contruídos u obtenidos por las partes para *ilustrar* o demostrar sus contenciones fácticas o ayudar a comprender el caso.⁷⁰ En este sentido, existen básicamente dos tipos de evidencia demostrativa: 1) Que es evidencia demostrativa *seleccionada*, como un ejemplar de escritura, y 2) Evidencia demostrativa *preparada* o *reproducida*, como un bosquejo o dibujo, un diagrama.⁷¹

el siguiente ejemplo de evidencia real que no es parte del hecho, como la bala extraída del arma del acusado que es sometida a balística y comparada con el proyectil extraído del cuerpo de la víctima.

⁶⁷ Waltz/Park, ob. cit. p. 986. vid. Mueller/Kirkpatrick. ob. cit. pp. 1049 y 1050.

⁶⁸ Lilly. ob. cit. p. 512. Es posible, que una evidencia real o material, pueda ser utilizada solo con fines ilustrativos,

⁶⁹ Chiesa, Ernesto. *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Reimpresión. Publicaciones JTS, Estados Unidos de Norteamérica, 2005. p. 969.

⁷⁰ Lilly. ob. cit. p. 511.

⁷¹ Waltz/Park, *idem*.

Como el *apoyo visual* o *evidencia demostrativa ilustrativa*, no es un medio de prueba o un elemento de prueba, no está sujeto a las reglas del descubrimiento probatorio, como tampoco debe ofrecerse como medio de prueba o elemento probatorio en la audiencia intermedia para poder ser utilizada en juicio. Más bien, su uso en juicio encuentra fundamento en el principio de libertad probatoria bajo el cual es entendido, que las partes que litigan pueden probar su caso como lo quieran —claro está, con las restricciones legales existentes— y, el mismo, dependerá —como se ha dicho— de la decisión discrecional del tribunal de enjuiciamiento, principalmente, de que su *pertinencia* para su uso sea avalada por este. En otros términos, el que la *evidencia demostrativa para ilustrar* o *apoyo visual*, no tenga la naturaleza de prueba, no quiere decir que si su uso en juicio es *pertinente* para que las partes logren mejor clarificar o ilustrar la declaración de un testigo o perito, el tribunal de enjuiciamiento simplemente no permita su presentación, pues con ello limita sin mayor fundamento el ejercicio persuasivo y probatorio de la teoría del caso de las partes.

Es muy común y prácticamente algo usual, el uso de este tipo de evidencia en juicio, así sea para ilustrar o explicar el testimonio de un testigo; de un experto; para presentar documentos complejos, voluminosos; así como para apoyar la presentación de la teoría del caso en el alegato de apertura, como en el de clausura,⁷² [por ejemplo: en la explicación de un complejo delito financiero, sin perjuicio que la documentación que le soporta haya sido descubierta a la defensa; el experto de la fiscalía podría explicar de mejor manera al tribunal de enjuiciamiento —sin perjuicio de que deba ser probado— las complejas operaciones realizadas, las numerosas sociedades creadas en México y el extranjero para ello, etcétera, valiéndose de un apoyo visual, como podría ser una presentación en power point. O, en un caso médico, una presentación de este tipo, o un video que explique medicamente el padecimiento del acusado, sin perjuicio de la pericia médica, ilustran al tribunal sobre su impedimento para realizar la conducta imputada]. Ello no es prueba, pero el auxilio que presta para clarificar y dar mejor comprensión a la explicación del experto es indudable. El uso efectivo de apoyos visuales, al contribuir para mejor ilustrar al tribunal de enjuiciamiento, abona en un mejor ejercicio de persuasión en la producción de la prueba.

La *evidencia demostrativa para ilustrar* o *apoyo visual*, no obstante carecer de valor probatorio, exige de ciertas bases —menos exigentes que si se tratara de una evidencia demostrativa *con valor sustantivo*— para poder ser utilizada en juicio. Son evidencias *demostrativas* que se utilizan para *ilustrar* o *apoyos visuales*: los modelos, mapas, croquis, diagramas, dibujos; incluso, en ocasiones las fotografías.⁷³

⁷² Vid. McCormik on Evidence, §373.

⁷³ Chiesa...Tratado. ob. cit. pp. 966 y s. Observa que cuando la fotografía se utiliza como evidencia demostrativa ilustrativa, no se requiere más autenticación que el testimonio del testigo en términos que la fotografía representa adecuadamente la escena a la que se refiere su declaración. Destaca así que el Tribunal Supremo en Puerto Rico ha dicho que: “no hay problemas de autenticación” cuando la fotografía se utiliza para ilustrar otra evidencia, como el testimonio del fotógrafo en relación con

Su origen, ni el cómo fue creada no importan. Las bases para ser *acreditada* o *autenticada* que deben darse para este tipo de evidencia es más simple. El testigo debe mostrar que está familiarizado con lo que se representa [por ejemplo, la imagen que aparece en la fotografía; lo que el diagrama muestra como la intersección de una calle, etcétera] y declarar que lo que esa evidencia muestra es justo y precisamente lo que representa.⁷⁴ Por tratarse de una *apoyo visual* este debe ser de utilidad para ilustrar o clarificar el testimonio del testigo, siendo que, cualquiera que conozca lo que el objeto representa —lo que el croquis o diagrama o la fotografía representa— y que ello es precisamente así, puede establecer esas bases [una persona ha visto el choque de autos en una avenida; bien podría si se le muestra un diagrama o croquis de la avenida, o una fotografía, reconocer lo ahí mostrado como el lugar del accidente]. Por ello, no es exigible que el fotógrafo o la persona que elaboró el croquis o diagrama del lugar acuda a juicio a *autenticarlo* o *identificarlo*. La exigencia es igual en caso de modelos.

Si el *apoyo visual* es engañoso, su utilización puede ser objetada [por ejemplo: si se trata de una fotografía tomada bajo diferentes condiciones de luz, podría aparentar que alguien estuvo en condiciones de observar a ese tiempo. Un diagrama no necesita estar a escala. Un diagrama que aparezca estar realizado a escala pero no sea así, podría crear confusión en la apreciación de las distancias que muestra].⁷⁵

Para ser *pertinentes* deben retratar en forma bastante precisa el significado de lo que se muestra con los mismos.⁷⁶ La única *acreditación* o *autenticación* que requieren es el testimonio de que el modelo, la maqueta, los croquis, etcétera, representan adecuadamente lo que el testigo intenta explicar.⁷⁷

No se requiere de una precisión matemática en ellos, ni en el testimonio del testigo. pero si el *apoyo visual* adolece de imprecisiones y no aclara, ni ilustra el testimonio del testigo, el tribunal de enjuiciamiento puede no permitir su uso o incluso detenerlo.

una autopsia. Vid. McCormik on Evidence, § 215. El testigo que establece las bases para autenticar la fotografía no necesita ser el fotógrafo, ni conocer nada acerca del tiempo, condiciones ni mecanismos usados para tomar la fotografía. En su lugar, el testigo necesita solo tener conocimiento personal de los hechos representados o la escena o los objetos fotografiados [Traducción del autor].

⁷⁴ Park/Leonard/Goldberg. ob. cit. p. 569.

⁷⁵ Vid. Imwinkelried/Blinka. ob. cit. p. 144. Park/Leonard/Goldberg. ob. cit. p. 571. McCormik on Evidence. ob. cit. p. 375.

⁷⁶ Por ejemplo, un mapa que se utiliza en juicio con el testigo con el fin de ilustrar la ubicación del lugar de los hechos y su alrededores, no será pertinente en tanto o no se corresponda con el lugar o zona que se quiere ilustrar por ser incompleto, o bien, sea utilizado y en ello el testigo no haga un uso a través del mismo que permita al tribunal clarificar su declaración o ilustrarle sobre lo que declara. En estos términos la evidencia será impertinente al carecer de relevancia y no susceptible de ser admitida ni incorporada como prueba.

⁷⁷ Chiesa...Tratado. ob. cit. p. 968.

Fotografías como apoyo visual

“Una fotografía o una imagen dice más que mil palabras”. Las fotografías —incluidas fotografías ampliadas,⁷⁸ fotografías a color— pueden ser utilizadas como simple *apoyo visual* para *ilustrar* la declaración del testigo, en cuyo caso, para ser acreditadas o autenticadas, requiere solo de la declaración del testigo que diga que lo que aparece en la fotografía representa la escena que él refiere en su declaración. No son en estos términos usadas como evidencia sustantiva y, por lo mismo, en tal caso no les aplican las reglas del descubrimiento probatorio, ni del ofrecimiento de medios de prueba u otros elementos probatorios; como tampoco puede solicitarse de las mismas su admisión como prueba en juicio. Se prefiere el uso de fotografías en color, tanto como su color no haya sido artificialmente y de manera equívoca aumentado, que en blanco y negro.⁷⁹

En el caso de fotografías ampliadas que, en lugar de la original son estas las ofrecidas como prueba; sin perjuicio de que su autenticación o acreditación exige que el testigo diga que la misma muestra de manera fiel lo que trata de referir; debe cumplir con otras bases que validen el proceso tecnológico empleado para esa ampliación.⁸⁰ No obstante, lo más común es utilizar la fotografía original que se ha ofrecido como elemento de prueba y que en juicio se produce y, en caso de ser necesario que su imagen se aprecie mejor por el tribunal de enjuiciamiento —pues en ocasiones los monitores no lo permiten— es procedente utilizar una ampliación de la misma para que sea debidamente apreciada y pueda ilustrar mejor al tribunal sobre lo que el testigo refiere. Así, mientras esta es un mero *apoyo visual*; la original será prueba.

Si la fotografía es solo con *finés ilustrativos*, se exige de sentar suficientes bases a través del testimonio de una persona o grupo de personas que posean conocimiento personal al momento de los hechos que se muestran en la fotografía, suficiente para soportar que la fotografía muestra o representa precisamente lo que el testigo refiere. El testigo identifica la fotografía como una correcta representación de los eventos o hechos que él observó.

No importa el tiempo que haya pasado entre el momento de la toma de la fotografía y cuando esta se utiliza en el juicio si las condiciones de lo que la misma muestra no han cambiado; pero, dado que con la fotografía es difícil separar la ilustración que muestra, de lo que se asevera por el testigo respecto de ella; el cambio de condiciones en la fotografía podría conllevar a su exclusión al convertirla en confusa o engañosa.⁸¹

⁷⁸ En el caso de fotografías ampliadas que, en lugar de la original son estas las ofrecidas como prueba.

⁷⁹ Waltz/Park. ob. cit. p. 988.

⁸⁰ Imwinkelried/Blinka. ob. cit. pp. 176 a 178.

⁸¹ Graham/Ohlbaum ob. cit. p. 414. Regla Federal de los Estados Unidos 403 y, Regla de Puerto Rico 19.

Tampoco es necesario que el fotógrafo acuda,⁸² pues, como se ha dicho, cualquier testigo que conozca lo que la fotografía representa, la puede autenticar o acreditar. Las bases para ello son: a) Que el testigo esté familiarizado con el objeto en escena que muestra la fotografía; b) Que explique las bases del por qué está familiarizado con el objeto o la escena; c) Que reconozca el objeto o la escena en la fotografía, y d) Que la fotografía sea fiel, justa, verdadera o buena imagen del objeto o la escena en el momento pertinente importante.⁸³

*Apoyos pedagógicos generados
por computadoras, como apoyo visual*

No cabe duda que el uso de evidencia generada mediante sistemas de cómputo se ha venido incrementando en los últimos años. Ello, no solo porque ofrece una vía muy útil para la presentación y manejo de evidencia, sino porque, la tecnología hace cada vez más parte de las instalaciones y equipo en los tribunales facilitando su uso.⁸⁴ Su propósito es ayudar al tribunal a comprender mejor otra evidencia admitida. Una presentación por computadora en este sentido, no es prueba; sino que asiste a otra que si lo es para su mejor comprensión. Por ello, no se sujetan a las reglas del descubrimiento, ni del ofrecimiento, ni de admisión como prueba para ser utilizadas. En estos casos, su uso es solo para ilustrar la declaración del testigo experto. De hecho, cuando este declara en juicio su manifestación se radica a un solo tiempo, pero la animación puede reunir todos los detalles y conllevar una mejor explicación [un testigo que ha presenciado un accidente puede declarar lo que vio al tribunal; pero puede ser asistido por una animación hecha por computadora que le ayude a ilustrar lo que quiere referir, para lo cual, no es necesario establecer ninguna base técnica, ni científica respecto de la programación del software empleado, basta que la presentación refleje fiel y justamente lo que el testigo quiere referir.⁸⁵

⁸² Regularmente se quiere que el fotógrafo acuda a juicio para identificar el material fotográfico, pero en ocasiones ello no es posible porque ya no es habido y, sería un absurdo que ante ello la evidencia se perdiera. Por esta razón, es factible que a través de otro u otros testigos se pueda *acreditar* o *autenticar* la fotografía siempre que ellos conocieren del lugar y/o escena fotografiado habiendo sido testigos del hecho que representa la fotografía, y puedan declarar acerca de que, la fotografía muestra lo mismo que ellos en su calidad de testigos observaron.

⁸³ Vid. Imwinkelried/Blinka. ob. cit. p. 158.

⁸⁴ Así, los tribunales mexicanos cuentan en su mayoría con monitores de televisión, pantallas, equipos que proyectan acetatos y con apoyo de especialistas para auxiliar a las partes a efectuar proyecciones de evidencias. Incluso, se brindan facilidades a las partes de acceder cualquier tipo de elemento necesario para ser utilizado en la producción de su prueba, como pizarrones, caballetes; etcétera.

⁸⁵ Vid. Imwinkelried/Blinka. ob. cit. pp. 166 a 168.

Quedan aquí comprendidas, las *imágenes estáticas o ilustraciones fijas* que son creadas por, o ingresadas a la computadora y que se proyectan en juicio en los monitores existentes o en pantallas por medio de un sistema de utilizado para ello —cañón o mediante la lectura de un archivo electrónico como un CD, DVD, USB, regularmente— pudiendo ser dibujos, objetos, escenas o mecanismos [por ejemplo: una presentación preparada en power point contenida en un disco CD que presenta una imagen de una línea de tiempo para dar mejor claridad a la declaración del testigo respecto a cómo fue que los hechos se fueron sucediendo].⁸⁶

Igualmente las *imágenes ampliadas* pueden utilizarse como *apoyo visual*. Dichas imágenes se presentan como imágenes estáticas pero que pueden verse manipuladas con el uso de la computadora para efectuar ampliaciones, iluminación, presentarlas acercando o alejando las mismas usando zoom, diferentes colores, señalamientos con flechas, círculos, subrayados, partir la imagen en la pantalla, etcétera. La técnica empleada en su uso, tiende a enfatizar de mejor manera a través del uso de la computadora, lo que el testigo quiere decir; que cuando se utilizan otros recursos distintos del uso de la computadora [por ejemplo: se puede representar un párrafo importante de un documento, utilizando una imagen en computadora —incluso un programa que hace que la imagen resalte—, en lugar de colocar el documento para que se proyecte utilizando el proyector de acetatos si lo hubiere; o en lugar de usar una ampliación del documento y hacer que el testigo subraye sobre ella].⁸⁷

Se considera que se acreditan o autentican si la imagen muestra lo que el testigo trata de describir. Si la imagen es engañosa, no es clara o no ilustra lo que el testigo quiere describir; su uso puede ser objetado y el tribunal de enjuiciamiento puede prohibir o detener su utilización.

Las *animaciones por computadora*, igualmente, se utilizan para *ilustrar* la declaración de un testigo. Son imágenes creadas por la computadora que presentan una serie de imágenes estáticas que puede mostrar en sucesión rápida, lo que crea la ilusión de movimiento, como una caricatura o historieta animada. Muchas de estas animaciones se ofrecen para *ilustrar* el testimonio sobre los hechos del testigo [por ejemplo: mostrar la imagen de un objeto en rotación para que se mire desde distintos ángulos; o mostrar simplemente el movimiento de una persona caminando].⁸⁸ Estas imágenes no se utilizan con el propósito de simular o recrear el evento, pues en tal caso, ya no serían consideradas como un mero *apoyo visual*, sino que, *en tal caso, tendrían tratamiento como una evidencia demostrativa con valor sustantivo exigiendo de mayores bases para su acreditación o autenticación*. La declaración del testigo para

⁸⁶ Vid. McCormik on Evidence. p. 375.

⁸⁷ McCormik on Evidence. idem.

⁸⁸ McCormik on Evidence. p. 376. Mueller/Kirkpatrick. ob. cit. p. 1057, refieren como las Cortes en Estados Unidos son más receptivas a recibir esta evidencia para ilustrar o demostrar un principio general o una teoría que cuando se ofrecen como una recreación de un evento específico en cuestión.

acreditarlas o autenticarlas, debe establecer que la animación es una justa y fiel representación de lo que el testigo trata de describir pues se insiste, su uso es tan solo para ilustrar ese testimonio.⁸⁹

Existen animaciones creadas por computadora, que lo que hacen es *simular o recrear* el evento que es la base de la disputa entre las partes. Estas se utilizan para ilustrar la opinión del testigo experto, por lo que se acreditan o autentican con la declaración del mismo en el sentido que la animación muestra justa y fielmente su opinión. El problema con las mismas, es que se exceden de ser meramente un *apoyo visual*, ya que incorporan declaraciones de personas a los animadores que las crean [como la información que proviene de las declaraciones o entrevistas; de referencias que les formulen otras persona —como un perito—pero también de opiniones de los propios animadores que las elaboran y de los principios técnicos utilizados para cargar el software para generar la animación. Debe tenerse cuidado que, bajo el argumento que su uso es meramente un *apoyo visual*, sean el conducto para que otra evidencia distinta con valor sustantivo y que potencialmente sea inadmisibles, se admita bajo el argumento de que se trata meramente de ilustrar o apoyar visualmente la declaración.⁹⁰

No obstante, se podría acudir a una animación que explique desde la óptica del perito en criminalística su opinión [como ocurrieron los hechos de acuerdo a las manchas de sangre que se observaron en el lugar; lo que sería un mero *apoyo visual* pues serviría únicamente para ilustrar su opinión]. Distinto sería que, *reproduciendo* el evento se represente en la animación algo que un testigo que no le constan los hechos, dijo que sucedió. Si en la animación esa versión se incluye, se estará incorporando a través de la misma información prohibida, que es la que proviene de ese testigo cuya declaración en tal sentido debe ser rechazada por ser referencia prohibida.⁹¹

Las *representaciones visuales* por su efectividad, deben ser objeto de limitaciones en su uso. Como se trata de evidencia demostrativa y esta es utilizada para ilustrar o aclarar el testimonio del testigo y/o para que el tribunal le comprenda o le comprenda mejor, de tal forma que son un vehículo para explicar dicho testimonio, su uso no puede sobrepasar ese límite para traducirse en sustituir el testimonio oral del testigo, esto es, que la representación se convierta en algo más que el testimonio oral del testigo.

B. Evidencia demostrativa con valor sustantivo

La evidencia demostrativa *que no es evidencia real*, puede, sin embargo, tener *valor sustantivo independiente* del testimonio con el cual se relacione. Esta es la

⁸⁹ McCormik McCormik on Evidence. *idem.*

⁹⁰ McCormik on Evidence. *idem.*

⁹¹ McCormik on Evidence. *idem.*

llamada evidencia demostrativa *con valor sustantivo* que, no es utilizada solo para ilustrar, sino que tiene valor probatorio, aun y cuando su producción en juicio exija de su *autenticación* o *acreditación* como se exige de toda evidencia cuyo propósito es que se convierta en prueba. Por tal motivo, está sometida a las reglas del descubrimiento probatorio, como a las del ofrecimiento de los elementos de prueba en la audiencia intermedia y por consiguiente, a su admisión para poder ser producida en juicio. Las áreas dentro de las que se presenta la evidencia demostrativa *con valor sustantivo*, son: las fotografías, películas, videos y grabaciones de sonido; simulaciones o recreaciones por computadora; documentos; experimentos y prueba científica; como inspecciones.

Por ejemplo, una fotografía propiamente autenticada, podrá ser recibida como *evidencia independiente* de lo que la misma muestra. Una cinta grabada podrá ser admitida como *evidencia independiente* sobre la conversación. Si estas piezas de evidencia demostrativa tienen *valor probatorio independiente*, las bases probatorias requieren algo más que, por ejemplo, un testigo que testifique que la imagen en la fotografía es una justa y fiel representación de lo que describe.

La evidencia demostrativa *con valor sustantivo*, debe ser *pertinente* y además, *acreditada* o *autenticada* en juicio pues se busca se convierta en prueba. Se trata no solo de que sea identificada por testigo idóneo, sino que no sea excluida por aplicación de otras reglas probatorias y, de que, en su caso, se le otorgue valor probatorio de ser admitida como prueba en juicio y así incorporada al proceso. En otros términos, las bases que se exigen —a diferencia de un *apoyo visual*— para su *acreditación* son mayores y más complejas, pues se trata de prueba. Para este propósito, esta disertación se centra solo en las fotografías, películas, videos y grabaciones de sonido *con valor sustantivo*.

Las bases o el fundamento que debe darse para este tipo de evidencia es más complejo, pues se trata de prueba; ya no de *apoyo visual*.

Fotografías con valor sustantivo

Si una fotografía es capaz de agregar por sí misma información relevante más allá del testimonio del testigo, entonces la imagen que muestra posee información con valor sustantivo, y ya no, meramente para ilustrar [por ejemplo: la fotografía muestra el interior de una recámara en que aparece la víctima desnuda y siendo abusada sexualmente. Esta imagen por sí ya dice algo sobre la violación acusada; su valor es entonces sustantivo].

Ello no quiere decir, que la fotografía *con valor sustantivo* se convierta en prueba bastando para ello su simple entrega al tribunal o su exhibición. Debe ser igualmente *acreditada* o *autenticada*, ya sea, a través de la declaración de un testigo con exigencia de mayores bases para ello; o bien, si el testigo no existe,

a través de un proceso distinto que responde a la llamada “teoría de los testigos silentes”.⁹² Bajo estos, se exige evidencia para acreditar la fiabilidad del proceso fotográfico, incluido el tiempo y lugar de la toma de la fotografía. Además, se exige la descripción del proceso o sistema utilizado para producir el resultado y demostrar que ese proceso o sistema produce un resultado exacto, preciso. También, para validar el proceso de producción, se exige evidencia sobre la competencia del operador, las condiciones del equipo utilizado y que no han sido alteradas las condiciones del producto.⁹³

Si lo que se ofrece como prueba, en lugar de la fotografía original cuya imagen tiene *valor sustantivo*, es una fotografía ampliada de la misma, debe acreditarse además el proceso para esa ampliación, pues en este caso es la ampliación en sí, la que se descubre y ofrece como elemento de prueba y no la fotografía original que amplía.⁹⁴

Rayos X, escaners, tomografías y resonancias magnéticas

Los rayos “X”, escaners, tomografías y resonancias magnéticas se consideran fotografías, aunque no se *acreditan* o *autentican* igual que una fotografía ordinaria. Estos pueden compararse como una fotografía de las partes internas que componen el cuerpo y aun cuando científicamente se reconoce que representan alguna parte interna del mismo —por ejemplo, huesos, órganos— lo cierto es que esta no es visible para cualquiera, de ahí que no toda persona podría declarar refiriendo con exactitud o precisión qué es lo que la imagen ahí captada representa. Por ello, exige de mayores bases, incluso, hasta distintas de las requeridas para *autenticar* o *acreditar* una fotografía común.

⁹² Suele llamárseles también *centinelas silentes*. En Colombia, la Corte Suprema en la Sentencia de Casación No. 25920, de fecha 21 de febrero de 2007, ha dicho que: Un caso especial de evidencias fílmicas se presenta cuando las imágenes se obtienen con medios audiovisuales (como cámaras de seguridad, cámaras de comunicadores sociales, filmadoras, sistemas computacionales, sistemas de video, cámaras fotográficas, etc., de servidores públicos o de particulares) que captan en tiempo real algún acontecimiento. Tales registros, siguiendo a Chiesa no son propiamente una evidencia real, sino que se toman a la manera de “testigo silente” en cuanto a la captación real de lo ocurrido. Tal es el caso de la fotografía o película del asalto de un banco tomada por la cámara correspondiente. En estos casos la autenticación se establece acreditando el proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o película bajo el sistema de las reglas de evidencia federales de los Estados Unidos y de Puerto Rico. Como se observa, para la *autenticación* de esos documentos no se requiere indefectiblemente que comparezca la persona que realizó la filmación o que operó los aparatos de registro audiovisual, sino que, lo importante es determinar el origen o la procedencia del registro.

⁹³ McCormik on Evidence pp. 377 y 378.

⁹⁴ No resulta de utilidad hacer un descubrimiento y ofrecimiento como elemento probatorio de imágenes fotográficas ampliadas, cuando bien pueden ser utilizadas como apoyo visual de ser ofrecidos sus originales como elementos probatorios.

Para ello, tratándose de placas de Rayos “X” o similares; no basta que cualquier persona sin conocimientos especializados o la víctima simplemente diga “esa es la radiografía que fue tomada”, pues la imagen plasmada en la placa radiológica posee *información sustantiva independiente* de la declaración del testigo. Entonces, se requiere para su *acreditación* o *autenticación*, de acreditar el proceso de toma de esa placa radiográfica —que tipo de estudio médico se tomó; si requirió o no de cierta preparación previo al mismo, etcétera—; también acreditar el equipo que se utilizó para conocer no solo su estado de uso, sino, si con el mismo esas placas se pueden tomar; si no es un equipo que haya mostrado fallas, etcétera. Igualmente, la capacidad en su manejo por quien lo operó, no solo conocer cómo se utiliza ese aparato; sus conocimientos técnicos para tomar la placa —por eso, debe ser un técnico especializado en radiología o similar quien la tome—; pero también, la interpretación médica de dicha placa —por ejemplo, por el médico radiólogo—; y que la placa pertenece a cierta persona; lo que demuestra que la exigencia para acreditarlas habida cuenta de su *valor sustantivo independiente*, es mucho mayor que el de una simple fotografía ordinaria. Escanners, tomografías y resonancias magnéticas siguen el mismo proceso para ser autenticados.

Las bases para ello pueden ser las siguientes: *a)* El operador es un técnico calificado en Rayos X; *b)* El operador filmó cierta parte del cuerpo de una persona en un cierto lugar y tiempo; *c)* El operador utilizó cierto equipo; *d)* El equipo estaba en buenas condiciones de operación; *e)* El operador utilizó un embalaje o registro para identificar la placa tomada; *f)* Se realizó una correcta custodia de la placa tomada desde que esto ocurrió hasta el juicio; *g)* El testigo reconoce la placa tomada, y *h)* La placa tomada sea interpretada por el técnico especialista que podría ser el mismo que la tomó de estar capacitado o un médico radiólogo.⁹⁵

Fotografías posadas

Tratándose de fotografías tomadas posando para obtener una representación de lo que se supone habría sucedido o, videocintas o películas así tomadas, se trata en realidad de reproducciones artificiales de escenas en las que aparecen gente, objetos, automóviles etcétera que son colocados para ser fotografiados como estaba la escena al ocurrir los hechos. Su *valor sustantivo* deviene de que, al reproducir la escena y colocar personas y objetos, ello se realiza basado en información que proviene de *referencia* y *opiniones que van más allá de lo de la declaración el testigo en juicio*. Ello hace que esas fotografías no sean simplemente un *apoyo visual*, sino que su valor sea *sustantivo* y por lo mismo para *acreditarlas* o *autenticarlas* no baste simplemente que el testigo diga que lo que aparece en ellas es una fiel y exacta imagen de lo que expresa en su declaración. Podrían ser admitidas, si describen las posiciones de

⁹⁵ Imwinkelried/Blinka. ob.cit. p. 163.

personas y objetos como se refleja en un testimonio que *no está en disputa*. Al ser que frecuentemente se preparan basado solo en la versión de una de las partes, se consideran tendenciosas. El riesgo está en que el fotógrafo actúe con tendencia a enfatizar el testimonio del testigo de la parte que lo ha ofrecido y, con ello, mostrar de esa manera los hechos ocurridos y ello podría ser engañoso. Esto puede llevar a que el tribunal las excluya,⁹⁶ y no permita su uso en juicio al considerarlas impertinentes.

Películas, videos y grabaciones de sonido

La película o la videograbación pueden ser también *testigos silentes* del hecho, por cuanto realizan una captación real del hecho [las cámaras instaladas en bancos, centros comerciales, residencias que captan mediante fotografía o videograbación el momento del hecho delictivo, por ejemplo, del robo]; casos en los que el testimonio de un testigo de los hechos no es posible —pues se trata de un video o película o fotografía tomados por cámaras de vigilancia—, sin testigo y sin fotógrafo. Por ello, su *autenticación* exige la acreditación del proceso o sistema mediante el cual se tomó la fotografía o videograbó o filmó la imagen⁹⁷ y, de la cadena de custodia.⁹⁸ No es necesario que acuda como testigo el empleado o representante del banco o empresa para esa *acreditación* o *autenticación*. Para establecer una adecuada base y *acreditarla* o *autenticarla*, el que la ofrece debe de mostrar el proceso de cómo la cámara es activada; la escena fotografiada o grabada y la película procesada, lo que no le exime del deber de presentar como testigo en juicio a la persona idónea —por ejemplo: policía de investigación; investigador privado; perito en video forense— que la hubiere recolectado y revisado dicho proceso. Aun y cuando no es necesario, la *acreditación* o *autenticación* puede ser realizada por el encargado de la operación del sistema.

Las películas, videos y las grabaciones de sonido con *valor sustantivo*, representan eventos que acontecen fuera del tribunal contando con un potencial poder persuasivo que se debe considerar, pues aquí sí se trata de pruebas; de ahí que su *acreditación* o *autenticación* no sea la que se exige cuando su uso es simplemente para *ilustrar*. En este caso, la exigencia es mayor. Quedan aquí comprendidos los casos de: a) Videocintas y filmes realizados sin seguir un guion, no planeados o improvisados; b) Grabaciones que siguen un guion; c) Reproducciones de grabaciones de videocintas, y d) Grabaciones de sonido.

⁹⁶ McCormik on Evidence. p. 377.

⁹⁷ Son aceptadas como evidencia bajo la llamada Teoría de la autenticación de los Testigos Silentes *silent witness theory of authentication*; cuando una adecuada base o fundamento se ha satisfecho; **se trata que el que ofrece la evidencia muestre el proceso de cómo la cámara es activada; la escena fotografiada o grabada y la película procesada.**

⁹⁸ Chiesa...Tratado. ob. cit. p. 967. En el mismo sentido Fischer. ob. cit. p. 823, quien los refiere además como testigos que hablan por sí mismos.

a) Videocintas y filmes realizados sin seguir un guion

Aquí, no se trata de simulaciones, ni reproducciones de los eventos de la controversia. Con los mismos se presentan grabaciones que muestran lugares [ejemplo: destruidos, dañados, contaminados, con fuego, desolados, en fin; igualmente filmes de la policía tomados después de la detención de una persona ebria o intoxicada o, de la práctica de prueba del alcoholímetro; o videos tomados a la víctima que alega no poder caminar como producto de la lesión causada y que lo muestran corriendo, practicando deporte; videos tomados después de la escena del delito; videos tomados por cámaras de seguridad que muestran el momento del asalto, etcétera]. Como se ve, estas grabaciones muestran imágenes que presentan información que *en sí misma* tiene valor probatorio, con lo cual, son más que un mero *apoyo visual*. Deben ser *autenticadas* o *acreditadas* o bien por quien tomó el video o filmó; o por un testigo que estuvo presente cuando se grabó o filmó, o bien por un testigo que percibió los eventos, por lo que no se requiere necesariamente para ello de la presencia y declaración de quien videograbó o filmó. Si se trata de testigos silentes, la acreditación puede realizarse a través de quién recolectó la imagen o video grabados —como por ejemplo: policía de investigación o investigador privado—, pero requerirá también de un perito competente —que normalmente lo es un perito en video forense o alguien entrenado en ello, como ciertos elementos de la policía o ingenieros en electrónica— que explique el proceso para su producción.

Como es posible que este tipo de videograbaciones o filmes se puedan utilizar únicamente para *ilustrar* o como *apoyo visual*, para lo cual basta que el testigo diga que la escena se corresponde con lo que el mismo trata de describir; debe tenerse cuidado en que, bajo ese pretexto se quiera evitar haber cumplido con su descubrimiento y ofrecimiento, así como, con las exigencias de su estándar de *acreditación* o *autenticación* que es mayor al ser que en realidad se esté frente a una evidencia *con valor sustantivo*. Si en juicio, una parte pretende usar este tipo de evidencia simplemente para *ilustrar*, la parte contraria y el juzgador deben estar atentos a que al ser presentada para su utilización no contenga *información sustantiva* pues de ser así, debe negarse su uso o detenerse, siendo aquí la discreción del tribunal muy importante. Si la parte que pretende utilizar en juicio este tipo de evidencia duda sobre si se trata de un mero *apoyo visual* o *si tiene valor sustantivo*, mejor resulta descubrirla y ofrecerla como elemento de prueba que presentará en juicio.

Al ser que los videos o filmaciones improvisadas contienen imágenes en movimiento, puede ser que el testigo que vio el evento contenido en ellas puede referirse quizá no a todo sino a una parte que fue lo que vio, y con ello la información que vierta sea menor a la que existe en la escena grabada. Esto destaca, el porqué debe apreciarse si la misma aporta *en sí valor sustantivo*. Podría ser que quien tomó ese video o filmación muestre intencionalmente o no un particular punto de vista. Entonces, no bastará la sola declaración del testigo para *autenticarla* o *acreditarla*, será necesario acreditar el proceso de grabación como la producción de la grabación, pues

es claro que la cámara no puede ser sujeta de contraexamen mientras que el que tomó las imágenes sí.⁹⁹

b) Videos o filmes que siguen un guion

En ocasiones, los videos o filmes no son improvisados sino que son planeados; siguen un guión. Son grabaciones preparadas por quienes representan a la víctima que se le hacen en su vida diaria para mostrar al tribunal las consecuencias de la lesión que le fue causada [ejemplo: como se arrastra para desplazarse en su hogar; como es ayudado a tomar sus alimentos, vestirse, etcétera]. El propósito de quien hace la grabación y del lesionado, es mostrar los efectos del daño que sufrió, por ello, debe tenerse especial cuidado en su fidelidad.¹⁰⁰ Suelen *autenticarse* o *acreditarse* a través de un perito médico, y en todo caso, su uso en juicio, está bajo la discreción del tribunal. Es evidencia propia para acreditar la reparación de daño y, por consiguiente, deben ser descubiertos y ofrecidos como elementos probatorios para ello y por parte del fiscal, en el escrito de acusación; o bien, por la víctima en el plazo máximo que para ello le otorga la el CNPP durante la fase escrita de la etapa intermedia.¹⁰¹

c) Reproducciones de grabaciones de videocintas

Son casos de videocintas que no grabaron originalmente el evento, pero que representan la reproducción de tan solo una parte del mismo, utilizando personas reales en lugar de figuras animadas. Es el caso de videograbaciones tomadas de partes de videos originales, que se suele presentar a fin de no utilizar la videograbación íntegra —que pudiera ser que no aporte nada en la mayor parte de su duración— sino solo aspectos de ella. Igualmente, pueden ser utilizados como *apoyo visual* si únicamente lo es para ilustrar lo que el experto quiere referir, esto es, para ilustrar la opinión del perito acerca de que fue lo que sucedió. Por el contrario, si tienen *valor sustantivo en sí*, igualmente se *acreditan* o *autentican* con la declaración del perito en el sentido que representan de una manera fiel y justa su opinión y que representan justamente la declaración en la que el experto basa su opinión. Por contener valor

⁹⁹ McCormik on Evidence. p. 379.

¹⁰⁰ McCormik on Evidence. p. 380. A este tipo de prueba se le conoce como *A day in the Life film*.

¹⁰¹ Artículo 338 del CNPP. Llamo la atención del riesgo que importa la previsión del artículo 337 tercer párrafo última parte del CNPP que permite al Ministerio Público y a la víctima hacer entrega de sus informes periciales hasta tres días antes de la audiencia intermedia, pues ello les coloca en situación de poder perder la prueba respectiva ya que la misma debe ser descubierta, para el acusador, a más tardar con su escrito de acusación y para la víctima en el plazo de ofrecimiento con el que cuenta en la fase escrita de la etapa intermedia.

sustantivo, se exige además de la acreditación del proceso de su reproducción.¹⁰² Normalmente interviene para ello un perito en video forense.

d) Grabaciones de sonido

Narraciones de eventos sucedidos en ocasiones, se ofrece como parte de un video o filmación, generando la posibilidad de que mientras lo que muestra el video o filme sea admitido, la grabación del sonido no lo sea. En estos casos, se opta por eliminar el sonido.

La tecnología permite grabar comunicaciones de personas que son escuchadas pero no vistas [por ejemplo, a través de cintas de grabación, mensajes de voz, máquinas contestadoras]. La autenticación o acreditación de grabaciones de sonido y de conversaciones entre personas o por teléfono siempre inicia identificando a los participantes a través de identificar sus voces.¹⁰³ Puede provenir de un testigo que escuchó las voces cuando fueron grabadas, declarando que el sonido de esa grabación es un registro fiel de lo que el testigo escuchó. A pesar de necesitar para ser producidas de la declaración de ese testigo, poseen *valor sustantivo en sí* por cuanto su contenido: como mensajes, conversaciones u otros sonidos. Por lo complejo que resulta, dados los avances tecnológicos identificar a quién llama de fuera, la *autenticación o acreditación* de ello no es similar. Es posible acudir a métodos circunstanciales para identificar la voz [por ejemplo, la referencia a otros eventos en los que existieron conversaciones y que permiten identificar la voz de quien realizó la llamada;¹⁰⁴ o por declaración de un testigo que ha escuchado antes esa misma voz —por ejemplo, porque ha hablado antes telefónicamente con la persona a quien la atribuye y que conoce— y la puede reconocer como la voz de esa persona].

Concluyo: Conocer el concepto y el uso correcto de la evidencia demostrativa, abona en una mejor práctica procesal y en la toma de decisiones judiciales más acertadas sobre la prueba de los hechos en controversia.

Tras 106 años de vida de la Escuela Libre de Derecho, con mi ingreso a esta destacada Academia, hemos sido cinco los egresados de esta casa de estudios los que hasta hoy se han admitido como Miembros de Número. Don José Ángel Cenicer

¹⁰² Vid. McCormik on Evidence. *passim*.

¹⁰³ Park/Leonard/Goldberg, ob. cit. p. 584, refieren que algunas Cortes son menos rigurosas en la familiaridad requerida para que el testigo identifique la voz como de una persona; así, la declaración de un testigo en el sentido que la voz que escuchó por teléfono es la misma que escuchó un mes después de una persona, es suficiente para su identificación. Sin embargo, los expertos difieren sobre la validez de las características de la voz, e incluso, algunas Cortes han ordenado que sea utilizado un espectrógrafo de sonido para identificar la identidad de las voces en una conversación.

¹⁰⁴ Park/Leonard/Goldberg, *idem*..

[fundador y su primer presidente]; Don Francisco Javier Piña y Palacios [fundador y tesorero]; Don Juan José González Bustamante [Secretario y vicepresidente de 1959 a 1962] que presentara el trabajo intitulado: *Ensayo Sobre el Miedo en la Legislación Mexicana* que le contestara Don José Torres Torija y, mi maestro quien fuera un ejemplo y guía a seguir Don Raúl F. Cárdenas Cordero que ingresara a la Academia en el año de 1969 con el trabajo intitulado *Los delitos culposos* contestado por Don Juan José González Bustamante. Hoy, 38 años después de él, me corresponde al alto honor de ingresar a la misma en calidad de Miembro de Número. Agradezco a sus integrantes por haberme distinguido con su consideración para pasar a formar parte integrante de este selecto grupo de juristas. Al destacado jurista y procesalista Don Sergio García Ramírez por haber aceptado dar respuesta a mi trabajo de ingreso y, a todos los aquí presentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Roberto Solórzano Garavito. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Tercera edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- Christopher B. Mueller B y Laird C. Kirkpatrick, *Evidence*. Third edition. Aspen Publishers, New York, 2003.
- Edward J. Imwinkelried y Daniel D. Blinka. *Criminal Evidentiary Foundations*. Second Edition. LexisNexis. 2007. p. 144 [traducción del autor].
- Elpidio Batista Ortiz. *El Abogado Defensor Puertorriqueño*. Situm, 2007,
- Ernesto L. Chiesa. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Vol. II. Reimpresión. Forum 2008.
- , *Derecho Probatorio. Repaso Intensivo para la Reválida Estatal: 2014*. (revisión y actualización Prof. Vivian I. Neptune Rivera). Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Fideicomiso para la Escuela de Derecho.
- , *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Reimpresión. Publicaciones JTS, Estados Unidos de Norteamérica, 2005.
- George Fischer. *Evidence*. Second Edition. Thomson Reuters/Foundation Press, 2008.
- Graham C. Lilly. *An Introduction to The Law of Evidence*. Second Edition. West Publishing Co, St. Paul Minn.
- Jon R. Waltz y Roger C. Park. *Evidence. Cases and Materials*. Updated Tenth edit. Foundation Press. Thomson West
- Jorge Tirado Hernández. *Curso de Pruebas Judiciales*. Parte General. T. I. Ediciones Doctrina y Ley LTDA Bogotá, 2006.
- José Hilario Caicedo Suárez. *El Proceso Penal Acusatorio en Colombia*. Universidad Libre. Bogotá, 2015.

- Kenneth S. Broun *et al.* *McCormik on Evidence*. Sixth Edition. Thomson West 2006.
- Leonardo Moreno Holman. *Teoría del Caso*. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (dir. Alberto Binder). Ediciones Didot, Argentina 2012.
- Manuel Miranda Estrampes. *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal*. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. 2da. Edición. UBIJUS. 2017 (Capítulo Introductorio).
- Michael H. Graham y Edward D. Ohlbaum. *Court Room Evidence. A Teaching Commentary*. Nita, 1997.
- Rafael Blanco Suárez, *et al.* *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. 4ta. Ed. LexisNexis. Chile. 2006.
- Rodolfo Félix Cárdenas. Prólogo a la 1ª edición mexicana de la obra de Manuel Miranda Estrampes, *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal*. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. UBIJUS, 2013.
- , Prólogo a la 2da edición mexicana de la obra de Manuel Miranda Estrampes, *Concepto de Prueba Ilícita y Su Tratamiento en el Proceso Penal*. Especial Referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. UBIJUS, 2017.
- Roger C. Park, David P. Leonard y Steven H. Goldberg. *Evidence Law. A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*. Second Edition. Thomson West. 2004.
- Thomas J. Garner y Terry M. Andersen. *Criminal Evidence. Principles and Cases*. Seventh Edition. Wadsworth Cengage Learning, Ujited States, 2010.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [texto reformado el 18 de junio de 2008]
- Código Nacional de Procedimientos Penales [texto reformado el 17 de junio de 2016]
- Federal Rules of Evidence 2008-2009 Edition. Thomson West.
- Reglas de Evidencia Para el Tribunal General de Justicia, 1979. Lex Iuris. Puerto Rico.