

El valor probatorio de las pruebas ilegales¹

José Ramón Cossío Díaz*

COMPARTO LO SOSTENIDO EN LA SENTENCIA, siempre que el sentido del criterio jurídico establecido en la misma se entienda del modo que voy a desarrollar en este voto.

La tesis que recoge la *ratio decidendi* de la determinación adoptada por la Sala sostiene que la falta de probidad de los testigos al proporcionar sus datos generales es en sí misma insuficiente para anular en forma absoluta el valor probatorio de su testimonio. La resolución señala la existencia de varios sistemas de apreciación de pruebas doctrinalmente identificados (tasado o legal, libre convicción y mixto) y, tras analizar el contenido de los artículos 285, 286, 289 y 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, enfatiza que la prueba

¹ Voto concurrente que formuló el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la Contradicción de Tesis 99/2006-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, fallada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sesión pública de 25 de octubre de 2006. El autor agradece a Francisca Pou Giménez y a Miguel Sánchez Frías su colaboración en la elaboración de este documento.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

testimonial debe ser evaluada conforme al principio de libre apreciación, lo cual la convierte en una prueba circunstancial o indiciaria a la que el juzgador puede otorgar o bien negar eficacia, siempre y cuando motive debidamente sus conclusiones al respecto.

La resolución, a mi entender, parte de la premisa fundamental de que los requisitos formales que, en términos del artículo 289 del Código citado, rigen la valoración de la prueba testimonial,² deben ser en todo caso armonizados con la evaluación del contenido de la declaración vertida por el testigo y con todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas, a fin de que el juez, en uso de su arbitrio y mediante el seguimiento de un proceso de razonamiento racionalmente ordenado, llegue a una conclusión final acerca de la mendacidad o veracidad del testigo.

La resolución destaca que la falta de probidad de los testigos al asentar sus generales cuando rinden declaración no puede ser determinante para restar totalmente valor probatorio a esta última porque el elemento primordial que el legislador quiso privilegiar al redactar la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales —“que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad”— es la imparcialidad. Lo primordial es, en otras palabras, que el juzgador aprecie que la persona, al declarar respecto de ciertos hechos, no evidencia un designio anticipado en favor o en contra de alguna persona o cosa, y en particular del procesado, extremo que exige tomar en cuenta tanto la probidad como la independencia y los antecedentes personales del ateste, así como el contenido de sus declaraciones. Bajo esta óptica, la probidad del testigo representa sólo uno de los varios elementos que el juzgador debe pon-

² Recordemos que este precepto exige: a) Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para declarar en relación a los hechos que narra; b) Que por su honradez e independencia de su posición y antecedentes personales, se llegue al convencimiento de que no tiene motivos para declarar en favor o en contra del inculpado; c) Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro; d) Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, respecto de la sustancia del hecho y sus circunstancias esenciales; e) Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno, siendo que el apremio judicial no se reputará como fuerza.

derar para otorgar o no valor probatorio a un determinado testimonio. Al ser la testimonial una prueba no tasada por nuestra legislación, el juzgador debe considerar otros elementos probatorios y relacionarlos con lo manifestado por el testigo, y determinar si los hechos que narra se encuentran corroborados con otros elementos de prueba de modo que el órgano jurisdiccional pueda formarse una convicción final respecto al hecho sujeto a confirmación. Excluir de raíz las declaraciones de una persona por falta de probidad al proporcionar sus generales, viene a sostenerse, no se ajustaría al sistema de valoración probatorio que rige en el país.

He formado parte de la mayoría porque estimo que la falta de probidad, a los efectos de considerar no satisfecho el requisito legal apuntado, no puede ser decretada a la ligera, sobre la base de la inexactitud de uno solo de los datos proporcionados —por ejemplo, los datos y referencias generales facilitados por la persona—. En los casos concretos resueltos por los Tribunales contendientes, las personas no habían sido encontradas en los domicilios cuyos datos habían proporcionado, extremo que, efectivamente y como destaca la resolución, no puede considerarse por sí sola un motivo para excluirla del acervo probatorio. La no probidad de una persona no puede considerarse establecida sobre bases que, consistentemente aplicadas, redundarían en una exclusión de la capacidad testimonial de prácticamente todas las personas. Si se exigiera, como barrera de entrada, que ningún pequeño detalle pueda llevar a empañar la “perfección moral” de las personas llamadas a testificar, no tendría mucho sentido considerar la prueba testimonial como un medio de eficacia probatoria no tasada, cuya eficacia final en la conformación de las convicciones del juzgador respecto del modo y manera en que sucedieron los hechos la determina aquél de modo fundado y razonado al emitir la sentencia. No puede, en otras palabras, interpretarse que, por el hecho de que la ley mencione la probidad de los testigos, los dichos de estos últimos no puedan tomarse en consideración salvo que quede atestiguada, de modo absoluto, la veracidad de lo que manifiestan. Por suerte o por fortuna, el límite final entre la veracidad de ciertas afirmaciones y la falsedad de otras no es una premisa con la que se cuente antes del juicio, sino que forma parte de las conclusiones a las

que el desarrollo del juicio y en especial la apreciación global de la totalidad del acervo probatorio deberán arrojar.

Sin embargo, y en sentido inverso, si a juicio del juzgador la *falta* de probidad de la persona queda acreditada más allá de cualquier duda razonable, de modo que, inevitablemente, como establece en su artículo 289 la ley procesal analizada, pueda considerarse que la independencia de su posición y la imparcialidad de su ánimo esté, a los ojos del juzgador, claramente comprometida, entonces el testimonio debe quedar completamente excluido de la canasta probatoria.

Este es un extremo sobre el cual la resolución me parece equívoca, y que motiva la emisión de este voto. A mi juicio, para llegar a la conclusión de que un testigo que proporcionó en su momento datos generales mediante los cuales no pudo ser localizado es un testigo ímprobo a los efectos de la ley procesal penal, sería imprescindible que el juez agotara previamente los medios a su alcance para lograr su presentación a juicio; sólo después de ello podría tener elementos de convicción suficientes para afirmar de manera fundada y motivada que el testigo proporcionó datos falsos al rendir su declaración inicial. No hay que soslayar que el hecho de que la persona que después rinde testimonio no haya sido localizada puede deberse a múltiples razones —cambio de domicilio o de ciudad, de residencia, imprecisión en la dirección, falta de exhaustividad en la búsqueda, etcétera— y no necesariamente a que sea una persona “ímproba”, y por tanto carente de la calidad moral necesaria para poder rendir una declaración que supere la aduana que representan los requisitos formales establecidos en la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales —con independencia del peso final que el juzgador pudiera atribuirle en uso de su amplio arbitrio judicial para valorar las pruebas en una causa penal—.

Pero si, con base en los datos que obran en la causa, el juez penal está en posibilidad de determinar, fundada y motivadamente, que el haber proporcionado datos falsos al rendir una persona sus generales puede finalmente remitirse a un comportamiento de falta de probidad, la declaración no puede tomarse en cuenta ni como indicio. Afirmar que la imposibilidad de localizar al testigo por haber proporcionado datos generales falsos evidencia que el mismo no se condujo con probidad, pero que ello es insuficiente para restar valor probatorio a su testimonio

resulta un contrasentido. No por el hecho de que este testimonio pueda y deba ser adminiculado con otros elementos de juicio —esto es: no porque su impacto probatorio no esté legalmente tasado— el carácter problemático o irregular de una prueba desde la perspectiva de los derechos fundamentales (en particular el derecho del inculpado a un proceso con todas las garantías) puede ser minimizado o rebajado (en el caso, por ejemplo, de que arroje conclusiones coincidentes con las que emanan de otros medios probatorios).

En esta línea se movía, a mi entender, la Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 1236/2004, el diez de noviembre de dos mil cuatro, cuando determinamos el alcance de la garantía de defensa adecuada en la fase de averiguación previa ante el Ministerio Público. En esa ocasión, sostuvimos que “la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor”.³ Con posterioridad retornamos y debatimos con más profundidad el tema del valor probatorio de dicha declaración ministerial al resolver el amparo directo en revisión 808/2005. Como aclaré en el voto de minoría que suscribí, una diligencia realizada sin presencia del defensor, cuando su asistencia fue solicitada antes de rendir la declaración y le fue negada, resulta inconstitucional de conformidad con el criterio sentado en el amparo directo en revisión 1236/2004, de manera que de un acto inconstitucional no puede derivarse prueba alguna, así sea de carácter indiciario.

Lo mismo sostendría en el caso de pruebas testimoniales obtenidas en otras condiciones que llevaran a derivar la existencia de violaciones a derechos constitucionales. Sin embargo, la decisión en la contradicción que hemos resuelto hoy no se centra en determinar las consecuencias que en el plano probatorio deben derivarse de una prueba testimonial realizada ilegalmente, sino en un estadio previo, consistente en determinar en qué condiciones va a considerarse que la prueba testimonial está realizada de modo legal y respetuoso de las garantías constitucionales rectoras

³ Véase la tesis aislada de la Primera Sala CLXXI/2004, visible en la página 412 del tomo XXI del Seminario Judicial de la Federación (novena época, enero de 2004).

del proceso. Y he votado finalmente a favor porque interpreto que la respuesta fundamental que ha dado hoy la Sala es que la detección de inexactitudes en los datos generales sobre la persona que rinde testimonio no basta por sí misma para “llegar el convencimiento”, como exige el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, de que no es honrado (“probo”) y no tiene por tanto la imparcialidad requerida para tener incidencia en el juicio, de modo que en esas condiciones, dichas inexactitudes son insuficientes para anular en forma absoluta el valor probatorio de su testimonio.