

LA PRUEBA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

José OVALLE FAVELA*

Agradezco la invitación que se me hizo para participar en este evento, a pesar de que mis ocupaciones se han dirigido más hacia el derecho procesal civil y la teoría general del proceso.

Desde luego que difiero en buena medida de mi colega el doctor Fernando García Cordero, porque me parece que el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales está bastante bien redactado, aunque también tengo mis discrepancias. Me voy a referir brevemente a los puntos que considero de mayor relevancia y que son básicamente en los que estoy de acuerdo, para después referirme a los puntos en los que manifiesto mis dudas sobre las soluciones adoptadas.

En primer lugar, me parece un acierto que los artículos del Código Federal vigente se reduzcan de 576 a 296, pues ello significa economía en el manejo del código.

En segundo lugar, también es un acierto que el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales tome como punto de partida los principios procesales fundamentales. Esta es una tendencia general en los nuevos códigos procesales civiles y procesales penales, que empiezan por enumerar los principios procesales, porque tienen una función doble: por un lado, orientan al juzgador y al Ministerio Público sobre cuáles son los valores esenciales, cuáles son las bases fundamentales en las que se asienta el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, y en segundo lugar, permite que la interpretación del Código esté dirigida por éstas. Pienso que estos principios vienen a ser verdaderos principios generales del derecho procesal penal, y como tales tienen una función relevante para la orientación e interpretación de la legislación procesal penal.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

De este modo, estimo que es muy útil que se enumeren estos principios, como el de *legalidad*, que esencial del derecho penal liberal que nace con la Revolución Francesa; el principio de la *igualdad de las partes*, que en materia penal sigue siendo una aspiración, más que una realidad, ya que es muy difícil hablar de una igualdad cuando una parte ha llevado a cabo toda una averiguación previa, ha reunido todos los elementos probatorios, y la otra parte ha estado nada más esperando saber cuáles son las pruebas que se van a presentar en su contra; es una aspiración que me parece muy legítima, pues una de las tendencias de las reformas procesales penales recientes es la de lograr una igualdad de armas en materia procesal penal, una verdadera igualdad procesal.

En tercer lugar, se menciona el principio de *contradicción*, que también es esencial. Dice el gran autor belga Chaim Perelman, en su excelente libro *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Luis Diez-Picaso, Madrid, Civitas, 1969), que este es el principio general del derecho más indiscutido, que se resume en el aforismo *audiatur et alteva pars*: toda la actividad procesal debe estar regida por el principio de contradicción, de acuerdo con el cual el juzgador no podrá emitir ninguna resolución sobre una petición de una de las partes, sin antes dar a la contraparte la oportunidad de expresar sus razones, y este principio también se manifiesta en el tema de la prueba, del me voy a ocupar en esta ocasión.

Igualmente, los principios de inmediación procesal, de oralidad y de publicidad del proceso penal son esenciales del proceso penal liberal, que se origina en la Revolución Francesa. Los grandes pensadores como Beccaria y Voltaire, y los cuadernos de queja de los Estados generales habían propugnado por un proceso penal, oral, público, concentrado y con inmediación. Lo había propugnado también ese gran político que fue Mirabeau, quien llegó a decir que no temía a los jueces, ni aún a los más abyectos, si ellos tenían que hacer su justicia a la vista del pueblo, porque el pueblo es el mejor contralor de los jueces; y lo decía con pleno conocimiento de causa, porque en su accidentada vida padeció muchas cárceles, procesos y condenas, y no alcanzó la libertad sino hasta un poco antes de que se iniciara la Revolución Francesa, en la cual se convirtió en un gran político; pasó de ser un sentenciado penal, a un gran parlamentario del ala moderada.

De modo que estos principios constituyen un ideal al que todos aspiramos. En todos los casos de reformas procesales penales en América Latina que he conocido recientemente, se tiende hacia un procedimiento acu-

satorio, con oralidad, concentración, inmediación y con igualdad de oportunidades para las partes. Es el modelo que se está dando con mayor vigor y con las modalidades particulares que se manifiestan en cada país. Por eso celebro que éstos sean los principios procesales, junto con el de la dirección del juez en el proceso, el impulso de oficio, el principio de lealtad y probidad, y otros, los que estén en la base y orienten al proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

También me parece muy acertado que se intente la conciliación de las partes, tanto en la sede ministerial, como en la judicial. La conciliación es un método alternativo que puede rendir buenos frutos y evitar la duración y los costos de un proceso, aunque no creo que se deba dar en todos los casos, sino solamente en los delitos perseguibles por querella, y aun en ellos abrigo dudas en el caso del delito de fraude, como lo comentaré más adelante.

Estimo conveniente que el arraigo se limite a lo que debe ser, una medida restrictiva de la circulación de la persona de un lugar a otro, de una ciudad a otra, y no en una medida restrictiva de su libertad como se ha convertido actualmente, como ocurre cuando se ordena el arraigo en un hotel o en un domicilio del que el arraigado no puede salir, lo cual es equivalente a una prisión privada. Esto ha desnaturalizado el arraigo, por lo que en el proyecto de Código se rescata la naturaleza de esta medida cautelar.

Estoy de acuerdo con el establecimiento de plazos preclusivos para el ejercicio de la acción penal y con la regulación del auto de procesamiento, como auto común que puede ser de formal prisión o de sujeción a proceso. Me parece muy adecuado el énfasis que se quiere dar a las pruebas para que se practiquen en la audiencia final del juicio. Pero lamentablemente no se puede avanzar mucho en esta materia por la definición que dan los artículos 16 y 19 de la Constitución del objeto de la averiguación previa y del objeto de proceso penal, que se basan en el cuerpo del delito. Para que se haga la consignación, para que se dicte la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, se requiere que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Esta definición tiene como consecuencia que la actividad probatoria más relevante no se lleve a cabo ante el juez ni en un proceso público, oral, concentrado con igualdad de armas, sino en la averiguación previa y ante el Ministerio Público.

Esto ya lo señalaba Fernando García Cordero, y estoy de acuerdo con él, porque de la averiguación previa se ha hecho un miniproceso o a veces un maxiproceso, porque la actividad probatoria se despliega fundamentalmente en la sede administrativa, pues para que el Ministerio Público consigne, se le exige que acredite el cuerpo del delito.

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

Pienso que la filosofía del proyecto del Código es correcta, estoy de acuerdo con ella, pero lamentablemente el cuerpo del delito no permite que la prueba principal, la prueba más importante, se haga ante el juez en audiencia pública, con contradicción y concentración, sino que se hace en sede administrativa, sin principio de contradicción, sin concentración, sin oralidad, con un funcionario que actúa con mucho margen de discrecionalidad, por lo que no es una prueba sana ni apropiada para acreditar plenamente el delito y la responsabilidad.

Jaime Vega Torres, en su libro *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal* (Madrid, La Ley, 1993, pp. 230 y 231), afirma respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, pero sobre todo con base en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 137/98, que aclaró dicha ley, que de la mencionada sentencia se pueden deducir, entre otros, los siguientes puntos fundamentales:

1) Solamente merece la consideración de prueba la practicada en el acto del juicio oral. Dicho postulado, que en la STC de 28 de julio de 1981 aparecía directamente vinculado a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin referencia a principio constitucional alguno, se presenta ya en sentencias posteriores como exigencia derivada de las garantías de la prueba —contradicción, publicidad, oralidad e inmediación—, consustanciales al sistema acusatorio, y que, en nuestro ordenamiento, gozan de rango constitucional.

2) Las diligencias sumariales de investigación no constituyen, por tanto, prueba, ya que su finalidad en nuestro ordenamiento no es la fijación

definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios para la acusación y la defensa.

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

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

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

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

principio de la adquisición de la prueba, de acuerdo con el cual la prueba practicada pertenece al proceso y puede ser utilizada tanto en beneficio como en perjuicio del oferente, y no sólo en su beneficio.

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

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

Tengo muchas dudas de que la querella también deba ser exigida en el caso del fraude. Estoy de acuerdo con que es un delito patrimonial, pero mi opinión personal es que el defraudador es el tipo de delincuente que nunca se readapta, y así como hace un fraude ahora, hace otro después, por lo que si permite que se le otorgue el perdón porque devuelva lo que defraudó, se le estaría dando permiso para que siga defraudando. Además, en nuestro país, con una impunidad que oscila entre el 94 y el 96%, el defraudador tiene un alto porcentaje de rentabilidad, porque si lo detienen en solo un fraude de cada 10 que cometa, podría pagar hasta con intereses lo defraudado para quedar en libertad y seguir defraudando. Los defraudadores lo son desde jóvenes y siguen por ese camino hasta que mueren, confirmando el adagio “genio y figura hasta la sepultura”.

Estoy de acuerdo con la forma como se regula el tema de la prueba ilícita, pero deseo hacer un comentario sobre el artículo 84 del proyecto,

en el que se habla de la prueba *moralmente ilícita*, pues pienso que la ilicitud de la prueba no deriva de una infracción a la moral, sino de una infracción a un derecho fundamental de la persona. Por eso, de la redacción del artículo 84, fracción X, sugiero que se le suprima la palabra “moralmente”.

Por lo demás, reitero mi acuerdo con los principios tanto procesales en general como con los principios que rigen la actividad probatoria, que me parecen muy bien expresados y que constituyen un acierto del proyecto.