

EL ASEGURAMIENTO DE LA EFICACIA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA PENAL

Sadot J. ANDRADE MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Elementos integrantes del aseguramiento probatorio.* III. *Problemática fundamental y disposiciones legales aplicables.* IV. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En respuesta a la incesante demanda por una mejor funcionalidad y seguridad dentro del procedimiento penal, han aflorado un gran número de proposiciones que mal o bien planteadas son las que en un momento dado han propiciado el cambio que, tras cada reforma hecha a la legislación penal, se implanta en beneficio de la mejor impartición de justicia. Así, un aspecto de trascendencia indudable es el relativo a las pruebas penales, es decir, aquellos medios que se utilizan para llegar al conocimiento de la verdad histórica y que, por lo mismo, podríamos calificar como el punto neurálgico del proceso, ya que no se estatizan, sino que requieren, al igual que el derecho, ser actualizadas, no necesariamente en cuanto al número de ellas legalmente reconocidas, sino a las formas en que éstas puedan funcionar como tales y de esa manera ofrecer al juzgador un panorama menos ficticio sobre esa verdad histórica de los hechos que se busca.

Es razonable, en consecuencia, tratar de lograr no sólo la especificación de la prueba ofrecida, sino enfatizar sobre su idoneidad y, posteriormente, por medio del aseguramiento, establecer su verdadero sentido dentro de la esfera procesal en cuanto que no debe ir contra su propia naturaleza; esto es, la función principal de la prueba es la de producir un conocimiento, pero que además vaya unido a la verdad que inequívocamente permita al momento de su valoración constatar la petición de cualquiera de las partes sobre la forma en que el juzgador ha de emitir su resolución o, que razonada con argumentaciones diversas sea apegada al derecho.

Ahora bien, no escapan a estos aspectos procesales situaciones comúnmente socorridas como el que en forma inconsciente o por demás intencional, aunados a los complejos que resulten de por sí cada caso concreto (de ahí la importancia que reviste el establecimiento de su idoneidad y lograr en

algunos casos además su aseguramiento), se pretenda sorprender al juzgador con datos falsos, con el único fin de lograr a la conclusión del proceso un fallo favorable; es por eso que precisamente se concurre ante estos foros en donde, lejos de situarnos en meros espectadores o denunciantes de las anomalías procesales, se aportan datos que explican y dan forma a las modificaciones o adiciones que se proponen en la legislación o la práctica procesal para erradicar vicios y actualizar las normas de derecho que ya no cumplan con su función de lograr, mediante su aplicación, la correcta marcha del procedimiento, puesto que es a través de éste —como afirmara Carnelutti— que se busca la verdad en materia penal.

II. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL ASEGURAMIENTO PROBATORIO

Para establecer la identificación probatoria con su idoneidad y aseguramiento se tiene que partir de bases más sólidas que la simple polémica doctrinaria y, además, del establecimiento de la relación entre el objeto de prueba, el órgano de prueba y el medio de prueba en sí.

En lo tocante al primer planteamiento podemos establecer que la base para el aseguramiento de la prueba la encontramos en la reunión de tres elementos de los cuales habrán de sacarse los aspectos propiciadores de los cambios que se pretenden llevar a cabo y que son en la especie:¹

a) La utilidad de la prueba: tiene su explicación en virtud de que han de aportarse pruebas cuyo objeto de conocimiento no conste en el proceso, pero que tenga relación con los puntos controvertidos.²

b) El aseguramiento probatorio: su importancia reside, en combinación con el anterior, en captar la esencia misma de la prueba y evitar que sea interferida, alterada o destruida por cualquier medio. En este caso, el aseguramiento, contrariamente a lo que podría darse en la idoneidad probatoria, ya en esta última, si bien es cierto que el juzgador la determina al momento de acordar sobre la recepción o el rechazo del dato probatorio, no la coarta a una forma determinada, en tanto que por lo que se refiere al segundo elemento, no obstante que puede ser solicitada por las partes, el juez es quien resolverá si en definitiva concede el aseguramiento o no, además de que, sin estar en espera de solicitud alguna, el juzgador puede, de conformidad a los artículos 124 y 180 de los Códigos Procesales del

¹ Herrera y Lasso hace referencia a seis aspectos de los cuales consideramos que se reducen a tres que abarcan los propuestos por dicho autor. *Garantías constitucionales en materia penal*, pp. 94 y 95.

² Carnelutti estimaba al respecto que efectivamente algunos medios parecen más idóneos que otros para conocer la verdad. *Cit.* por García Ramírez, p. 331.

Distrito Federal y Federal, emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio.

c) Credibilidad: esto es que la demostración se produce respecto de la existencia del objeto, es decir, el acto mismo de valoración probatoria como resultado del buen desarrollo de los dos anteriores elementos. No podríamos desligarnos de un acto procesal tan importante como lo es el acto mismo mediante el cual el juez valora las pruebas que, puestas a su consideración, poniendo en juego no sólo sus conocimientos jurídicos (puesto que se presume que el juez conoce el derecho), sino que haciendo uso además de la información que le puede proporcionar una causa bien estructurada de la cual ya ha tenido conocimiento durante todo el tiempo que duró el proceso, colocará en la balanza de la justicia, más que del derecho, para dilucidar si tales elementos cumplen con la función de orientarlo sobre la verdad efectiva.

Cabe resaltar el hecho de que en la relación procesal estos elementos juegan importante papel en combinación con el objeto de prueba, es decir, con lo que hay que determinar con cada prueba en particular, así como con el órgano de prueba;³ de ahí que tenga que ver tanto el Ministerio Público como la defensa con el ofrecimiento de las pruebas y su aseguramiento.

III. PROBLEMÁTICA FUNDAMENTAL Y DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES

Honda preocupación causa no sólo entre los profesionales que forman parte de la judicatura, sino de los doctrinarios y postulantes que específicamente en el ámbito procesal penal se enfrentan a la necesidad de adoptar medidas pertinentes para actualizar los medios de apreciación y aseguramiento probatorio que encaucen sus resultados hacia un procedimiento ágil, versátil, certero y justo.

Estamos conscientes de que en materia probatoria, no obstante la actividad reformista del legislador, se carece aún de verdaderos lineamientos que respondan a los legítimos intereses procesales, puesto que, por una parte, encontramos barreras tales como la indiferencia adoptada por algunos de los funcionarios judiciales con respecto a los términos o requisitos procedimentales que deben satisfacer los medios probatorios legalmente reconocidos y/o la importancia de los mismos de ir más allá en función de las limitaciones impuestas al respecto por las mismas normas que los regulan y, por otra parte, la también desafiante actitud de algunos litigantes oferentes —a sabiendas— de falsas pruebas con el fin único no del sentimiento del deber de defensa de su cliente como consecuencia de su formación ético-jurídica, sino con el afán de triunfar (efímeramente) no sólo económicamente, sino,

³ Florián lo define como la persona física que ministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.

además, tratando de obtener prestigio como abogado postulante que a la larga pueda redituárle más ingresos.

Es de hacerse notar que desde la reforma de 1971, dentro del enjuiciamiento penal en el Distrito Federal, se reconoce al juez como el único encargado del proceso penal, reuniendo la doble característica de instructor y sentenciador, lo cual propició la aceleración del proceso; pero también con ello se dio lugar a la excesiva carga que ahora pesa sobre ellos, quienes para desahogar su trabajo han delegado funciones no sólo en sus secretarios de acuerdos, sino en funcionarios menores (como los escribientes), a quienes, en la práctica común, se les atribuyen funciones de secretarios auxiliares y que, a más de atentar contra el principio de mediatez, carecen en gran medida de la preparación y el discernimiento jurídico para llevar a cabo diligencias tan importantes como lo es la audiencia principal de desahogo de pruebas, pues no saben calificar las preguntas que en la misma se formulan a un testigo, perito o al propio denunciante o procesado, y que la mayoría de las veces se traduce en perjuicio para los inculpados por confundirlos, o en excesivo beneficio instruyéndolos en cada pregunta,⁴ traduciéndose obviamente en perjuicio para alguna de las partes, puesto que en principio, ¿se nos puede asegurar con ello que se han admitido las pruebas idóneas?, ¿se está consciente acaso de que las partes puedan falsear o aportar datos falsos?, ¿se puede confiar en una resolución judicial que sólo limita su conocimiento al estudio de las actuaciones mal estructuradas y con elementos probatorios que pueden carecer de toda utilidad para demostrar lo que se pretendió?

Pues bien, surge de esta manera la verdadera esencia del problema. Debe tomarse conciencia de que es el juez, y nadie más, quien tiene la facultad de admitir o rechazar las pruebas que se pongan a su consideración,⁵ es decir, es aquí donde han de calificarse cuáles son los elementos que guardan relación con los hechos controvertidos que pretenden probarse, su utilidad, su legalidad en cuanto que no lesionen los derechos de un tercero sin justificación legal alguna y, en general, se deberá determinar la idoneidad de los mismos para evitar con posterioridad, en el momento de la resolución final, caer en la misma situación de considerar idóneas las pruebas sobre las que se fincó el proceso, en cuyo caso, si beneficia al inculpadó, no tendría mayor perjuicio que el de saber el ofendido que su representante

⁴ Especial referencia merece la prueba testimonial por ser la más usual en los procedimientos tanto del Distrito Federal, como federal, al grado que se han reconocido por Francesco Carneluti como que ésta en el procedimiento penal tiene su reino, a lo cual estoy de acuerdo. Cit. por García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, p. 331.

⁵ Artículos 135 del Código Procesal Distrital y 206 del Código Federal, que, dadas las similitudes de redacción, bien podría pensarse en su unificación en beneficio del mejor y más sencillo procedimiento penal.

(el Ministerio Público) obró con apatía o el propio juzgador se volcaba parcialmente hacia la otra parte en sus actuaciones; pero si es a la inversa, además de quedar en entredicho la figura judicial de todas formas, se atentaría contra la libertad de una persona y se demostraría la deficiencia de la defensa.

Gran diferencia habría si el juez, habiendo visto las promociones de las partes, acordara la no admisión de probanzas tendenciosas, dilatorias o simplemente no idóneas y que, haciendo uso de sus amplias facultades concedidas por la legislación adjetiva (artículo 124 del Código Distrital y 180 del Código Federal), cuando hubiere duda sobre la misma, les autorizara emplear los medios de investigación que estime conducentes, no siendo los que determina y detalla la ley y que además no sean contrarios a la misma.

No obstante lo anterior, cabe hacer mención a que, si bien es cierto que es la autoridad judicial la que puede determinar la idoneidad y el aseguramiento probatorio, toca tanto al Ministerio Público como al defensor avocarse a la tarea de aportar pruebas que resulten útiles al proceso, es decir, que el medio elegido sea acorde a la naturaleza del objeto cuya existencia se pretenda demostrar.

En la introducción al tema que nos ocupa referimos que frecuentemente, no obstante la calidad profesional que revisten estos dos personajes de la escena procesal, surge una pugna por demostrar quién es mejor o, no habiéndola, se cae en el peligro de la temeridad, sobre todo de la defensa, ofreciendo pruebas tendenciosas o falsas,⁶ que normalmente no son objeto de aseguramiento y que aun, en el extremo de la apatía judicial y ministerial, no se realizan las investigaciones conducentes cuando se presenta un caso similar dejándose impune tal actuación, olvidándose por completo que en nuestro Código punitivo federal contamos con un capítulo relativo a los delitos cometidos por abogados, patronos y litigantes (artículo 231); además, si bien es cierto que también se sujeta a los testigos y comparecientes a declarar, a los medios estipulados de aseguramiento probatorio (artículos 205 del Código Procesal Distrital y 247 del Federal), como lo es la protesta para conducirse con falsedad, también hasta ahí llega su actuación porque no llegan a aplicarse las disposiciones relativas para quienes se producen falsamente.

Lo anterior claramente hace dudosa la efectividad de la defensa, pues siendo la prueba la demostración de la existencia de un objeto, la falsificación de medios y operaciones probatorias conducirían a tener por real un

⁶ Lo más usual es aconsejar al defenso negar los hechos, lo cual no sería tan reprochable si se toma en consideración que la propia Constitución estipula el derecho del acusado a no obligársele a declarar en su contra; pero ello no reza con las falsedades en los testimonios, peritajes, etcétera.

objeto inexistente o a descartar la posibilidad de que se haya ejecutado un hecho que sí pudo realizarse.

No debe olvidarse la importante figura del Ministerio Público, esa institución procesal con facultades limitadas y actividades contadas. Se les olvidan, por lo general las atribuciones de que son objeto, para limitarse a acusar; no les interesa por lo general la idoneidad probatoria salvo cuando ésta es perjudicial al acusado, lo cual, si bien es cierto que conforme a la opinión de numerosos autores pudiera justificarse sobre todo en materia federal dado su carácter de representante del Estado y, a la vez, de institución de buena fe y representante de la sociedad, caracteres que de por sí se rechazan, pues dependiendo del poder estatal no se alinearía en un conflicto a favor del particular, y en consecuencia debe asumir la postura de acusador.⁷ Nosotros somos los primeros en reconocer la veracidad de tales argumentos; pero, por ahora, mientras no quede estipulado constitucionalmente, no puede desligarse de la misión que por ésta le ha sido encomendada en el párrafo segundo del artículo 102 de nuestra Constitución Política, en donde al estipular que debe "...hacer que los juicios sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita...", se destaca que si tiene que velar por la prontitud y expeditéz de la administración de justicia, ello no lo conseguirá acusando no obstante tenga motivos suficientes para considerar en archivar la averiguación, o formular conclusiones no acusatorias, e incluso solicitar el sobreseimiento de los juicios en determinados casos (artículos 320 del Código Procesal Distrital y 138 del Federal).⁸

Así, bajo estas premisas ¿qué seguridad jurídica podría existir en un medio probatorio que aportado por el órgano ministerial desoiga todo razonamiento y procure probar, bajo cualquier circunstancia, hechos que no guardan relación plena con las pruebas ofrecidas?

Efectivamente, como puede apreciarse, se parte de consideraciones concretas, de hechos que surgen a la realidad contundente que nos agobia y que, dada su naturaleza, no es necesario ser entendidos en la materia para comprender las deficiencias que en materia probatoria subsisten en nuestros ordenamientos penales y que en especial se hace notoria en los agentes del Ministerio Público, de quienes habiéndose expuesto su función principal, sin más preámbulos pasamos a comentar algunas de sus atribuciones específicas, sin que ello se confunda con el aseguramiento de la idoneidad de

⁷ Es interesante al respecto consultar la respuesta a la circular número 1 emitida por Emilio Portes Gil, que bajo el título de "La función constitucional del procurador general de la República", elaboró el licenciado Luis Cabrera.

⁸ El día 8 de octubre de 1981, el procurador general de Justicia del Distrito Federal expidió un acuerdo que reconoce el carácter definitivo de la resolución de archivo o no ejercicio de la acción penal.

los órganos de prueba, ya que dicho aspecto, si bien tiene relación con la eficacia de las pruebas por depender ésta en cierta medida de quien las aporta presenta diversa naturaleza.

El órgano ministerial, desde el momento en que tiene conocimiento de la comisión de un ilícito, tiene la facultad, basado en las medidas cautelares reconocidas procesalmente, de solicitar el arraigo y examen o declaración anticipada de testigos. Los artículos 215 y 256 de los Códigos Procesales Distrital y Federal hacen alusión al arraigo de los testigos, el cual puede ser solicitado por el Ministerio Público; pero como no especifica en qué momento, se entiende que tal facultad podrá hacerla valer ante la autoridad judicial en cualquier momento, es decir, tanto en la averiguación previa como dentro del proceso; además, en el orden federal se establece el examen anticipado de testigos.

En los testimonios que se rinden en circunstancias normales, también se dictaron medidas para asegurar la eficacia probatoria, esto es, además de la protesta de decir verdad a que se aludía con antelación, se agrega, sin menoscabo alguno para la primera, el hecho de que los testigos deben ser examinados separadamente, y el funcionario que practique la diligencia debe tomar las providencias necesarias para que no se comuniquen entre sí, ni por medio de otra persona (artículos 216 y 257 Códigos Distrital y Federal); sin embargo, ello no se observa con mucha diligencia ni cuidado en la práctica en los juzgados, regla que, aunque no especificada para las diligencias investigatorias, debería aplicar el Ministerio Público; iguales circunstancias privan por lo que se refiere a la confrontación (artículos 219, 220, 260 y 261). Existe, además, en cada uno de los códigos de procedimientos penales un capítulo correspondiente al aseguramiento de objetos, que abarca lo relativo a cadáveres, sus ropas, dictámenes periciales cuando caigan sobre cosas consumibles, y para los casos de falsificación de documentos (artículos 94 a 123 y 181 a 187 de los Códigos Distrital y Federal), se permite indebidamente otra forma de aseguramiento como la interceptación de correspondencia, que no obstante su prohibición constitucional (artículo 16, párrafo tercero), faculta al juez a asegurar la prueba por este medio (artículos 235 a 237, 273 y 274 de los citados Códigos Distrital y Federal), y, en última instancia, nos señala el cateo, mismo que con las últimas reformas se puede solicitar desde la fase investigatoria habiendo sido perfectamente solicitado por el Ministerio Público (artículos 152 y 61 de los Códigos Distrital y Federal).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Es necesario advertir que en el proceso penal la actividad probatoria se

diluye a lo largo de todo el proceso, ya que, incluso, empieza desde la fase preliminar de averiguación previa, pues a base de ellas es como se determina en un principio el ejercicio de la acción penal; por eso es preciso asegurar las pruebas desde ese mismo instante, puesto que en realidad la legislación procesal penal adolece de fallas. Sin embargo, es de advertirse que somos muy dados a solicitar de primera instancia reformas; pero que en realidad, salvo contadas excepciones, lo que más se necesita es la efectividad de la aplicación de las normas vigentes.

Claro es que, en la práctica, se precisa de una legislación más ágil y dinámica que cumpla con las exigencias de nuestra evolucionante sociedad, adaptada e implantada con técnicas científicas, estadísticas y sociales que aseguren no sólo la creación de normas y reglas procesales, sino que se haga conciencia o se establezca, en su defecto, un medio de control y vigilancia que se encargue de su aplicabilidad. Desgraciadamente no sólo puede hacerse responsables a las autoridades, puesto que a casi seis meses de la entrada en vigor de las reformas a los Códigos Procesales Distrital y Federal, ¿cuántos de nosotros hemos analizado su contenido con verdadera minuciosidad?

Es simplemente una cadena, pues si las autoridades judiciales no se encargan en rigor de aplicar en todo su potencial las reformas, ni siquiera la legislación que no ha sido objeto de ellas, compete a las partes en el proceso ese control de vigilancia; el problema es que no se preocupan tampoco de ello y, ante estas circunstancias, ya no es posible seguir pidiendo que se legisle, pues sólo nos ayudaría a acrecentar los muchos cuerpos legales que se ven olvidados por su inaplicabilidad, pero que a pesar de todo son vigentes por no existir disposición en contrario.

Cabe señalar que se ha encontrado que en la mayoría de los numerales existentes en los Códigos Procesales Distrital y Federal (aun en lo concerniente a la mayoría de las reformas, como se puede apreciar de su simple lectura) se encuentran numerales no sólo de gran similitud, sino idénticos en su contenido que, se piensa en principio, el hecho de lograr por lo menos una uniformidad entre ellos marcaría un gran adelanto no sólo para los efectos de aseguramiento probatorio por la simplificación que con ello se lograría, sino, en general, por el beneficio que implica llevar un solo tipo de procedimiento, o de conferir al juzgador esta libertad que requiere para valorar las pruebas sin que esté plenamente agobiado por fórmulas y señalamientos específicos que limitan las resoluciones apegadas a la justicia.

Por último, es necesario que en determinadas pruebas se admitan otras formas de aseguramiento, como en la testifical, que ahora no basta con la protesta de ley para que se conduzca con verdad, ni la identificación del sujeto, sino además alguna constancia de domicilio para estar ciertos de su

comparecencia en otra ocasión que se le requiera, pues es común que sólo se prepare a personas para emitir declaración ante la autoridad investigadora y, con posterioridad, no se les localice por haber proporcionado falso domicilio; lo mismo ocurre en contadas ocasiones con los denunciados para quienes se recomienda el mismo aseguramiento que, por simple que parezca, al saber que está bien ubicado, posiblemente ello sea un medio más intimidatorio para evitar falsedades que el mismo hecho de hacerles saber las penas (por cierto muy bajas) en que incurren al declarar falsamente.

Aunque también hay medios más complicados que se proponen, pero que pudieran ser de bastante ayuda como el señalado por el doctor Sergio García Ramírez,⁹ relativos a la interceptación telefónica como técnica de espionaje, así como las vigilancias vinculadas, lo cual se cuestionaría, ya que en esencia, como apunta el mismo autor, habría que preguntarse hasta qué punto vulneran los derechos públicos subjetivos que se consagran en el artículo 16 constitucional y yo agregaría también hasta qué punto sería conveniente violarlos cuando se tengan suficientes presunciones de que sea efectiva.

Una vez expuestos los medios de aseguramiento señalados por la legislación procesal penal, y propuestos algunos otros que podrían llevarse a cabo adicionándose en una pequeña parte de los artículos a cuyo contenido se refiera, enfatizo la importancia, sobre todo, no de legislaciones nuevas que sólo hagan más complejo y engorroso el procedimiento (sólo aceptables en cuanto se logre la uniformidad del mismo), sino de la efectiva aplicación de las normas ya existentes que en su mayoría son excelentes (salvo pequeñas excepciones que necesariamente requieran su modificación ante la constante evolución de la sociedad y el derecho).

⁹ *Op. cit.*, p. 504.