

LA REFORMA DE LA PRUEBA PENAL

José OVALLE FAVELA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma de 1983.*
III. *La reforma de 1984.* IV. *Las perspectivas.*

I. INTRODUCCIÓN

En primer término, deseo expresar mi agradecimiento por la invitación que se me formuló para participar en estas Jornadas Mexicanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal para rendir homenaje póstumo al doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, investigador ejemplar y maestro indiscutible del procesalismo contemporáneo.

En esta ocasión nos vamos a referir a las modificaciones que las reformas de 1983 y 1984 al Código Federal de Procedimientos Penales han introducido en el régimen de la prueba penal, así como a las perspectivas de cambios futuros en la materia.

II. LA REFORMA DE 1983

Como es sabido, en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de diciembre de 1983 se publicó el decreto por el cual se promulgaron diversas reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.¹

¹ Sobre la reforma procesal penal federal de 1983, pueden consultarse los siguientes artículos: García Ramírez, Sergio, "Innovaciones en el procedimiento penal federal", en *Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, Porrúa, 1985; Díaz de León, Marco Antonio, "Comentarios a las reformas y adiciones de 1983, al Código Federal de Procedimientos Penales"; García Cordero, Fernando, "Reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales"; Ovalle Favela, José, "Las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales"; y Zamora-Pierce, Jesús, "Garantías y proceso penal (Comentarios al Decre-

En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial correspondiente se explica que ésta es una reforma inicial que tiene por objeto, primero, actualizar nuestra legislación federal procesal penal, pero también persigue establecer las bases conforme a las cuales se pueda desenvolver, posteriormente, una reforma integral de todo el Código Federal de Procedimientos Penales, que desemboque incluso en la unificación de la legislación procesal penal federal y distrital. Carece absolutamente de sentido tener un Código Federal de Procedimientos Penales y un Código Distrital de Procedimientos Penales; esta es una dualidad que no tiene ninguna explicación actualmente y que se puede reducir a un solo código, como ya ocurre en materia penal sustantiva, en donde hay solamente un Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Los objetivos expresamente señalados en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, son los siguientes: *favorecer razonablemente la prontitud y expeditéz en la impartición de justicia; ampliar los derechos del ofendido; extender debidamente el alcance de las garantías constitucionales del inculpado; y consolidar, al amparo de la Constitución, las funciones propias de las autoridades que intervienen en el proceso penal.*

Son cuatro objetivos congruentes con las tendencias contemporáneas. Es evidente que si la prontitud, la celeridad, la oportunidad son una exigencia común a toda la administración de justicia, en el ámbito penal este objetivo alcanza una dimensión especial; aquí el proceso mismo, aun antes de la sentencia, lleva consigo una afectación sobre la libertad, el honor, los bienes de una persona y un elemental sentido de justicia reclama que la definición, a través del proceso, de la culpabilidad o la inculpabilidad del imputado, se lleve a cabo en el menor tiempo posible, con irrestricto respeto de las formalidades esenciales del procedimiento. A este objeto responde la introducción del *procedimiento sumario*.

En segundo lugar, la reforma se propone *extender la protección de los derechos del ofendido*. El ofendido en materia penal, tomando en cuenta la titularidad de la acción penal que le corresponde al Ministerio Público, ha venido siendo el gran marginado del enjuiciamiento criminal, el gran olvidado; es la persona afectada, lesionada, perjudi-

to de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* de 27 de diciembre de 1983); estos últimos cuatro artículos, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984.

cada por la comisión del delito, pero es también la persona que no forma parte del proceso penal, que no está legitimada en materia federal para impugnar resoluciones y lo único que podía hacer antes de la reforma era suministrarle al juez, siempre por conducto del Ministerio Público, elementos probatorios para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con el objeto de demostrar el monto y la procedencia de la reparación del daño. Con la reforma no se altera, obviamente, el sistema constitucional para el ejercicio de la acción penal; sin embargo, se modifica el Código Federal de Procedimientos Penales en varios preceptos con el objeto de darle mayor intervención al ofendido, a fin de legitimarlo para que pueda proporcionar directamente al juez, sin intervención del Ministerio Público, elementos probatorios y para que pueda solicitar medidas cautelares tales como el embargo precautorio y la restitución y el aseguramiento de sus derechos.

En cuanto a las *garantías del inculpa*do, en la exposición de motivos se explica que la Constitución establece el mínimo de derechos que se le otorgan al imputado, por lo que la legislación reglamentaria debe respetar ese mínimo y puede, si esto es conveniente a la sociedad, ampliar aún más ese catálogo de derechos fundamentales. Tanto en materia penal como en materia civil existe un cierto desfase entre la garantía constitucional de una justicia pronta y expedita y las leyes reglamentarias, las leyes procesales que, en ocasiones, no establecen los mecanismos más adecuados para hacer efectiva esa garantía de justicia. En la reforma se intenta, por un lado, lograr una mayor adecuación entre la legislación reglamentaria y las bases constitucionales y, por el otro, ampliar ese catálogo mínimo de derechos del inculpado.

Como ha escrito García Ramírez, el derecho penal sigue siendo, en sus aspectos sustantivo, procesal y ejecutivo, “el escenario crítico de los derechos humanos. Acaso por ser el derecho de los delitos y de las penas el refugio elemental, inderogable, de la dignidad del hombre, en él cobra peculiar intensidad y alcanza más doloroso dramatismo la acción autoritaria del Estado y adquiere alzado vigor, en contrapartida, la resistencia a la opresión por la sociedad y el individuo”.² Para tratar de conciliar la necesidad de sancionar a los responsables de hechos delictivos con el respeto a los derechos fundamentales de la persona, se plantea en forma dialéctica la alternativa entre la estructura acusatoria y la estructura inquisitoria del enjuiciamiento criminal. Este

² García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Sep-Setentas, 1976, p. 13.

es un problema que se plantea y que se replantea históricamente y que, en la etapa actual de la doctrina procesal, se orienta, sin duda, a tratar de lograr una estructura acusatoria en la medida en que se respeten cabalmente los derechos y la dignidad del imputado. Las más recientes reformas procesales penales tienden hacia ello; ese es el objetivo y se reconoce, con toda certidumbre, que el respeto a los derechos humanos es una exigencia de justicia; que no es un obstáculo para la persecución de los delitos, sino un complemento; que es algo esencial para que la indagación penal sea efectiva y no desemboque en formas autoritarias de persecución que no garantizan que efectivamente la persona sentenciada haya sido realmente quien cometió el delito.³

Y por último, se señala como objetivo de la reforma, la necesidad de *consolidar, a la luz de la Constitución, las funciones propias de los sujetos que intervienen en la relación jurídica procesal penal*. Aquí también volvemos al tema anterior. Es una característica esencial del sistema acusatorio la distribución clara de las funciones de acusar, juzgar y defender en tres órganos distintos e independientes. Fue en la Inquisición donde se confundieron las tres funciones en un solo órgano o en órganos dependientes y donde se propició la arbitrariedad.

El sistema acusatorio, por el contrario, trata de definir con precisión estas funciones y este objetivo también responde a esa misma orientación de consolidar el sistema acusatorio previsto en la Constitución.

Por lo que se refiere concretamente al tema de la prueba, la reforma de 1983 adicionó un párrafo al a. 179, para establecer el deber del juez de analizar críticamente la confesión. Esta adición tiene un carácter sobre todo aclaratorio, ya que anteriormente la confesión en materia penal federal tampoco tenía carácter de prueba plena.

Esta adición indica únicamente que la autoridad judicial calificará el valor de la confesión razonando su determinación; deberá expresar en todo caso las razones en las que base su valoración de la confesión judicial. En la exposición de motivos se dice lo siguiente:

La confesión no es un acto de allanamiento en materia penal, donde no están en juego bienes disponibles por parte del inculpado. Es indispensable que el juez valore críticamente la confesión, como lo es restar a ésta su supuesta e indebida preeminencia sobre otras prue-

bas y evitar en la realidad, de este modo, que se insista en asignarle

³ Cfr. Amodio, Ennio, "Nuovi valori 'costituzionali' nella giustizia penale del continente europeo", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 27, núm. 3, julio-septiembre de 1984, pp. 918-951.

el más alto valor y en mantener la práctica de procurar a toda costa, a veces con agravios de los derechos fundamentales de la persona, la obtención de pruebas confesionales.

Esta preeminencia de la confesión fue uno de los rasgos más característicos del procedimiento inquisitivo medieval. En éste la excesiva regulación y graduación de las pruebas condujo a que los inquisidores recurrieran con gran frecuencia a la confesión del inculcado y la erigieran en la reina de las pruebas. Al colocar en este nivel a la confesión, el sistema inquisitorio autorizó y difundió el uso legal de la tortura.⁴ Afortunadamente, las transformaciones del proceso penal a partir de la Revolución francesa y la consecuente abolición del sistema inquisitorio al lado de otras instituciones del *Ancien Régime*, condujeron a que en los países democráticos se redujera la estimación de la confesión y se suprimiera definitivamente la tortura. Sin embargo, la tortura no ha sido desterrada de la práctica en muchos países, en donde sigue siendo un gran problema. El informe de 1984 de Amnistía Internacional señala que hay 117 países en los cuales se practica sistemáticamente esta institución de la tortura, la cual es condenable porque es un método absolutamente arbitrario y, además, es un método que no permite obtener una verdad razonable, una certidumbre real, ya bajo la tortura confiesan muchos inocentes y con ella se cometen muchas injusticias.

Al lado de esta modificación en el Código Federal de Procedimientos Penales, debemos señalar una muy importante reforma al a. 9o. del Código Penal. En dicho precepto existía una verdadera reminiscencia inquisitoria: la presunción del dolo, de acuerdo con la cual, una vez demostrado el hecho delictivo, se presumía que había sido cometido intencionalmente. Era realmente un anacronismo que por fortuna la reforma al a. 9º suprimió definitivamente.

Ahora, no hay presunción del dolo; lo que hay, y esto sí existe a nivel constitucional y a nivel de convenios internacionales, es la *presunción de inculpabilidad*. México ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en estos documentos internacionales se establece expresamente que toda persona acusada de un delito tiene de-

⁴ Cfr. Ovalle Favela, José, "El sistema de la prueba legal", en *Boletín de Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, número especial de homenaje a Adolfo Maldonado, 1984, pp. 10 y 11.

recho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.⁵

Es pues, un principio que no es únicamente una declaración ideológica o un sueño romántico de la escuela clásica o de los pensadores de la Ilustración, del pensamiento del siglo XVIII, o de los utopistas revolucionarios franceses: es un principio que tiene validez prácticamente universal, aunque todavía no haya encontrado una concreción, en todos los países, a nivel de medidas específicas. Esta presunción de inculpabilidad es un principio que rige todos los sistemas de enjuiciamiento criminal en los Estados democráticos y liberales; es un principio que impone al Ministerio Público la carga de probar los hechos que se imputan al inculpado y que tiene consecuencias en torno a las medidas cautelares, tales como la prisión preventiva, y sobre la resolución final que emita el juez, en la cual deberá resolver si se desvirtuó o no la presunción de inculpabilidad, con las pruebas que debió haber aportado el Ministerio Público ante la autoridad judicial.

Por tanto, además de la adición del a. 172 del Código Federal de Procedimientos Penales, se han dado, fuera de éste, otras dos modificaciones: la supresión de la presunción del dolo y el reconocimiento de la presunción de inculpabilidad, que transforma radicalmente al enjuiciamiento criminal y que, tomando en cuenta su trascendencia, seguramente llevará algún tiempo para que pueda permear la cultura de los funcionarios encargados de la administración de justicia penal.

III. LA REFORMA DE 1984

En el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1984 se publicó un decreto que modificó y adicionó al Código Federal

⁵ El decreto de promulgación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 20 de mayo de 1981; y el correspondiente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el *Diario Oficial* de 7 del mismo mes y año. Para un análisis de ambos documentos, puede verse Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, México, UNAM, 1981. Entre la amplia bibliografía sobre el Pacto Internacional, podemos destacar los trabajos de Chiavario, Mario, "Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, año XXI, 1978, pp. 465-500, y, más ampliamente, *Processo e garanzie della persona*, Milán, Giuffrè, 1982. Para una exposición del desarrollo histórico de los derechos humanos, *cf.* García Ramírez, *op. cit. supra* nota 2, pp. 27-84 y Pellegrini Grinover, Ada, *Libertades públicas en el proceso penal*, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 26-66.

de Procedimientos Penales, que responden a los mismos objetivos de la reforma anterior.⁶

La reforma de 1984 se ocupa con mayor extensión del tema de la prueba. En relación con esta materia, la reforma reglamenta en forma más detallada la diligencia de la declaración preparatoria del inculpa-do, subraya la sujeción de la actividad probatoria al principio de lega-lidad, delimita el objeto de la prueba y establece nuevas disposiciones sobre algunos medios de prueba en particular. Nos ocuparemos en este orden de las modificaciones mencionadas.

De acuerdo con el a. 20, fr. III, de la Constitución, es un derecho fundamental del procesado el que se le haga “saber en audiencia pú-blica, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consigna-ción a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su *declaración preparatoria*”.

Por su parte, la fr. IX del mismo precepto constitucional dispone que al inculpa-do

se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defenso-res, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. . .

Estas dos referencias constitucionales a la declaración preparatoria subrayan la importancia que tiene este acto fundamental dentro del enjuiciamiento penal. La declaración preparatoria es el acto celebrado en audiencia pública, en el que el juez da a conocer al inculpa-do el nombre de su acusador (denunciante o querellante y testigo de cargo) y la naturaleza (hecho punible específico) y la causa de la acusación (pruebas de cargo), con el objeto de que pueda contestar la imputación; y en el que dicho funcionario le debe hacer saber el derecho que tiene

⁶ Puede verse nuestro comentario a estas reformas, al igual que el señalado en *supra* nota 1, en la segunda edición del *Código Federal de Procedimientos Penales y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República comentados*, Serie Legis-lación Mexicana, núm. 1, México, Procuraduría General de la República/Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, pp. 39-63. Nuestra exposición se basa sustan-cialmente en dicho comentario.

para nombrar defensor privado o aun nombrarle uno de oficio, en el caso de que el inculpado no ejerza tal derecho. En el mismo acto, el imputado puede declarar o negarse a declarar sobre los hechos que se le atribuyen, en ejercicio del derecho que otorga la fr. II del a. 20 constitucional.⁷

Las modificaciones hechas a los aa. 154 a 156 del Código Federal de Procedimientos Penales tienen el propósito, como se indica en la exposición de motivos, de “reglamentar con riguroso apego a la Constitución la diligencia de declaración preparatoria, observando cuidadosamente la naturaleza de ésta y las consecuencias procesales que de ella derivan”.

De este modo, se adicionó el a. 154 para establecer en forma precisa que el momento en el cual el juez debe hacer del conocimiento del inculpado el derecho que tiene de nombrar defensor, de acuerdo con la fr. IX del a. 20 constitucional, conforme al principio de la declaración preparatoria, inmediatamente después de que se indiquen los datos generales de identificación del inculpado y antes de que el juez le dé a conocer la naturaleza y causas de la acusación. El párrafo adicionado expresa: “Acto seguido (una vez iniciada la declaración con ‘los generales’) se le hará saber (al inculpado) el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio”. Es claro que el juez deberá hacer saber este derecho al inculpado con la extensión prevista en la mencionada fr. IX del a. 20 constitucional.

Cabe señalar que el mismo a. 154 fue modificado para sustituir las expresiones “motivo de su detención” por “naturaleza y causas de la acusación” y “los nombres de las personas que le imputen la comisión del delito”, por “los nombres de sus acusadores y testigos que depongan en su contra”.

Por otro lado, el citado a. 154 fue adicionado para prever que en el caso de que “el inculpado decidiera no rendir su declaración preparatoria o se rehusare a declarar, el juez deberá explicarle la naturaleza y el alcance legales de esta diligencia, dejando constancia de ello en el expediente”. Se trata aquí de prever la hipótesis en que el inculpado se niegue a declarar en ejercicio del derecho que le confiere la fr. II del a. 20 de la Constitución. Para dar a esta diligencia el sentido que deriva de las frs. III y IX del mencionado a. 20, cabría reflexionar sobre la pertinencia de establecer que, en todo caso, y no sólo cuando

⁷ Cfr. Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal (El artículo 20 constitucional)*, México, Porrúa, 1984, pp. 72-75.

el inculpado se niege a declarar, el juez debe explicar al inculpado la naturaleza y el alcance legal de la declaración preparatoria, e informarle del derecho que tiene para declarar o negarse a hacerlo.

La parte final del citado a. 154 dispone que “el juez careará al inculpado con los testigos que depongan en su contra, si estuviesen en el lugar del juicio y fuese posible tomarles declaración y practicar el careo, para que el inculpado pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa”. De este modo, se establece en forma expresa el deber del juez de practicar los careos llamados constitucionales, previstos en la fr. IV del a. 20 de la ley fundamental, desde la primera fase de la instrucción, cuando los testigos se encuentren en el lugar del juicio y fuese posible tomarles declaración dentro del breve periodo que comprende dicha fase. Estimamos que, en todo caso, el juez debe dictar todas las providencias que le competen para llevar a cabo dicho careo.

Por lo que se refiere a la declaración del inculpado, la adición al a. 155 dispone que aquélla se rendirá oralmente, sin que el declarante “sea aconsejado o asesorado por persona alguna en el momento de rendirla, salvo en lo que respecta a las informaciones y orientaciones que legalmente deba darle el juzgador”. De acuerdo con la exposición de motivos, el reforzamiento de la garantía de defensa que implica el hecho de que se haga saber al inculpado el derecho que tiene para nombrar defensor, no debe alterar “la necesaria espontaneidad y la autenticidad de la declaración preparatoria, en el caso de que el imputado acepte formularla”.

Para la interpretación adecuada del nuevo texto del a. 155, se debe tener presente que en 1983 se adicionó un tercer párrafo al a. 128, para establecer que desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar defensor. La finalidad de esta reforma fue la de reconocer al inculpado la garantía de contar con defensor desde el momento de su detención material para que aquél asuma la defensa desde entonces y aporte las correspondientes pruebas de descargo. De acuerdo con Zamora-Pierce, la función primordial del defensor cuando interviene en el caso de que su defendido haya sido detenido durante la averiguación previa, es “la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas”.⁸

⁸ *Idem*, p. 91.

Similar función corresponde al defensor en la diligencia de declaración preparatoria, en la que deberá estar presente, de acuerdo con lo dispuesto por la fr. IX del a. 20 constitucional. La presencia del defensor en la diligencia de declaración preparatoria sirve también para que dicha diligencia se lleve a cabo con apego a las disposiciones constitucionales y legales aplicables, pero no debe ser motivo para que el defensor sustituya al inculpado, o le guíe al momento de formular su declaración. La declaración preparatoria propiamente dicha debe ser formulada en forma espontánea y directa por el inculpado, como lo quiere la modificación del a. 155. Esta exigencia legal no debe obstaculizar la posibilidad de que el inculpado se comunique con el defensor por conducto del juez, toda vez que la fr. II del a. 20 de la Constitución prohíbe toda incomunicación, y el a. 160, fr. II, de la Ley de Amparo prescribe que se considerarán violadas las leyes de procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, cuando a éste se le impida comunicarse con su defensor en alguna diligencia. La misma hipótesis prevé la fr. II del a. 388 del Código Federal de Procedimientos Penales como causa de “reposición del procedimiento”.

La última parte del a. 155 indica que si fueran varios los inculpados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado, en una sola audiencia, y que el juez dictará las providencias necesarias para que los inculpados no se comuniquen entre sí, ni por medio de otra persona, antes de que rindan su declaración.

Por otro lado, el nuevo texto del a. 156 señala que las preguntas que se hagan al inculpado deberán referirse a hechos propios, se formularán en términos precisos y cada una abarcará un solo hecho, salvo cuando se trate de hechos complejos en que por la íntima relación que existe entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro; y que cuando el juez deseche preguntas que considere capciosas o inconducentes, se asentarán la pregunta y la resolución en el expediente, si así lo solicita quien hubiese formulado aquélla. Contra dicha resolución se concede el recurso de revocación.

Por otro lado, el nuevo texto del a. 206 ha introducido elementos que pueden tener gran trascendencia en la disciplina de la prueba procesal. Así, este precepto expresa: “Son admisibles los medios de prueba que no sean contrarios a derecho... La admisión y la práctica de las pruebas se ajustarán a los requisitos o procedimientos legales establecidos...”

Esta disposición subraya la exigencia de que la prueba procesal se lleve a cabo con estricta sujeción al principio de legalidad; pone de ma-

nifiesto que uno de los valores fundamentales que debe guiar la actividad demostrativa, es el respeto a la legalidad de la disciplina probatoria.

Es evidente que el juez no puede ni debe asumir frente a la verificación de los hechos punibles el papel de un investigador científico que tiene plena libertad de indagación y la mayor disponibilidad de recursos, técnicas y tiempos para lograr sus objetivos en la búsqueda de la verdad. Si bien ésta debe orientar también la actividad probatoria en el proceso penal, es claro que el papel del juez se encuentra condicionado por su posición en el proceso, mismo, que exige que la actividad probatoria se desarrolle por cauces precisos, respetando reglas y principios fundamentales, como el principio de contradicción (*auditor altera pars*), el de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, el de publicidad, etcétera. El objeto del proceso, fijado en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, delimita el tema mismo de la prueba y señala, por tanto, los límites de la actividad probatoria. Y, en fin, los medios de prueba y el procedimiento probatorio han de practicarse y desenvolverse conforme a los requisitos y condiciones previstos en la ley.

El problema fundamental que el nuevo texto del a. 206 plantea al intérprete y al operador del derecho, consiste en determinar cuáles son los medios de prueba contrarios al derecho, medios que no serán admisibles en el proceso penal federal.

Sobre este tema, puede resultar útil tener presente las consideraciones que ha formulado Pietro Nuvolone, en relación con los ordenamientos de varios países de Europa Occidental, de tradición romano-germánica. Nuvolone señala que es medio de prueba prohibido cualquier medio idóneo para proporcionar elementos relevantes para la verificación de un hecho deducido en el proceso, y que el ordenamiento jurídico prohíbe procurarse o utilizar. Esta prohibición puede incidir sobre la misma formación del medio de prueba o simplemente sobre su utilización.⁹

De esta manera, para Nuvolone prueba prohibida significa prueba que, en sentido absoluto o relativo, es contraria a una norma específica de la ley o a un principio de derecho positivo.¹⁰ La prueba es prohibida en sentido absoluto cuando el derecho prohíbe, en todo caso (cualquiera que sea el modo de asunción o práctica), la adquisición de una cierta prueba desde un punto de vista general o en forma li-

⁹ Cfr. Nuvolone, Pietro, "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, julio-septiembre de 1966, p. 443.

¹⁰ *Idem*, p. 448.

mitada a determinado objeto. Tal es el caso, en el derecho italiano, de las llamadas pericias psicológicas (concernientes a establecer la habitualidad o la profesionalidad en el delito, la tendencia a delinquir, el carácter y la personalidad del imputado y en general las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas).

La prueba es prohibida en sentido relativo cuando el ordenamiento jurídico, aun admitiendo un cierto medio de prueba (por ejemplo, el interrogatorio del inculpado), condiciona su legitimidad a la observancia de determinadas formas. A su vez, la prohibición puede provenir de la ley procesal o de una ley diversa de aquélla (por ejemplo, constitucional o penal): puede ser expresa o deducirse de los principios generales.¹¹

De acuerdo con Nuvolone, una prohibición tiene naturaleza exclusivamente procesal, cuando es establecida en función de intereses atinentes únicamente a la lógica y a la finalidad del proceso. En cambio, una prohibición tiene naturaleza sustantiva, cuando, aun sirviendo mediatamente también a los intereses procesales, es establecida esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a cada individuo, con independencia del proceso. La violación de la prohibición constituye en ambos casos una ilegalidad; pero mientras en el primer caso será sólo un *acto ilegítimo*, en el segundo será también un *acto ilícito*. Naturalmente, hay prohibiciones que tienen una doble naturaleza, pero a juicio de Nuvolone, conceptualmente la distinción existe siempre.

En opinión del autor en cita, la violación de la prohibición meramente procesal debería ser generalmente sancionada con la nulidad del acto realizado violando la prohibición y con la nulidad de la decisión que se funda sobre los resultados de la verificación irregular.¹² Asimismo, el procesalista italiano sostiene que en caso de que deba reconocerse que una prueba ha sido ilícitamente obtenida, debe considerarse ilegal y como tal no podrá ser utilizada en el proceso.¹³

Como es sabido, la doctrina de la prueba ilegal —ilegítima o ilícita—, se ha venido desarrollando en el derecho norteamericano, cuya jurisprudencia ha venido a crear la figura de los *fruits of the poisonous tree* (frutos del árbol envenenado), que elimina radicalmente todas las consecuencias procesales de las pruebas ilícitas, así como en los dere-

¹¹ *Idem*, p. 449.

¹² *Idem*, p. 470.

¹³ *Idem*, p. 473.

chos de Italia y la República Federal de Alemania, sobre la base de la jurisprudencia creada y sostenida por sus tribunales constitucionales.¹⁴

Sin embargo, cabe advertir que la doctrina sobre la prueba ilícita no ha tenido un desarrollo uniforme y general, pues existen autores y tribunales de varios países —como Gran Bretaña, Francia, Escocia, Canadá, Australia, etcétera— que, aun reconociendo la irregularidad de una prueba obtenida o practicada con infracción de una norma sustantiva o procesal, no niegan la admisibilidad y eficacia de ésta y circunscriben las consecuencias de la infracción a la previsión de sanciones en contra de los agentes o funcionarios responsables.¹⁵

Por lo que se refiere a nuestro país, estimamos que la reforma al a. 206 proporciona elementos para la reflexión sobre el tema y para el análisis de cada uno de los medios de prueba a la luz de las consideraciones expresadas.

Asimismo, el nuevo texto del a. 206 recoge el principio de la relevancia de la prueba, al establecer que no se admitirán probanzas que no tengan relación con la materia (u objeto) del proceso, es decir, con los hechos punibles señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y establece la exigencia de idoneidad o aptitud de la prueba para esclarecer los hechos controvertidos en el proceso.¹⁶ Por tanto, para que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos por el juez, deberán referirse a los hechos imputados al procesado (tanto los elementos constitutivos del delito y sus modalidades, como los que lo excluyen); a las circunstancias concernientes a la individualización judicial de la pena; a las consecuencias y monto patrimoniales de los hechos imputados; o, en fin, a hechos a través de los cuales se pueda inferir, de manera directa, la existencia o inexistencia de los hechos, consecuencias o circunstancias anteriores.

Además de la relevancia o pertinencia de los medios de prueba, el juez también deberá considerar, al momento de admitir o excluir aquéllos, su aptitud o idoneidad para verificar los hechos a que se refiere. Ciertos hechos sólo pueden probarse con determinados medios de prueba: así, por ejemplo, el estado civil de las personas, por regla, sólo

¹⁴ Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, "Provas ilícitas", en *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Sao Paulo, núm. 16, junio, 1980, pp. 97-108; y de la misma autora, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 113-145.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ En torno al tema de la relevancia de la prueba, cfr. Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1968, pp. 76-85; y Taruffo, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, CEDAM, 1970, especialmente pp. 3-86.

puede acreditarse a través de las correspondientes copias certificadas de las actas del Registro Civil; los antecedentes penales sólo podrán serlo por medio de las constancias o documentos respectivos, etcétera. Es evidente que no resultarían aptos o idóneos para probar estos hechos el testimonio, la confesión, el dictamen pericial, etcétera.

Con el fin de que el juez al momento de resolver sobre la admisión o rechazo de las pruebas ofrecidas, pueda determinar la relevancia e idoneidad de éstas, el a. 206 *in fine* exige que la parte que ofrezca la prueba exprese “la finalidad que con la misma... persigue” y la relación “con los hechos que... pretende acreditar”.

Por lo que concierne a la *prueba confesional*, el segundo párrafo adicionado al a. 207 determina la aplicabilidad de las reglas contenidas en los aa. 155 y 156, que reglamentan el interrogatorio del inculpado en la diligencia de la declaración preparatoria, y a las cuales ya hicimos referencia anteriormente.

La adición al a. 242 precisa que las preguntas que las partes formulen a los testigos tengan “relación con los hechos” y faculta al juzgador para desechar “las preguntas impertinentes o inconducentes para los fines del proceso”; es decir, exige que las preguntas tengan relevancia en la misma forma como lo requiere, en general, para todos los medios de prueba. Contra el desechamiento de las preguntas, prevé el recurso de revocación.

El a. 208 delimita el objeto de la inspección, al señalar que es materia de ésta “todo aquello que pueda ser *directamente* apreciado por la autoridad que conozca del asunto”. Es común que la doctrina considere que la inspección tiene como rasgo fundamental el de ser una prueba directa, porque coloca al juzgador de manera inmediata frente a los hechos por probar. De ahí que el precepto en cita exija que la inspección sea “practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del juez, según se trate de averiguación previa o del proceso”.

El mismo a. 208 reglamenta la práctica o desahogo de esta prueba, para lo cual prevé el señalamiento de la fecha respectiva, y la citación oportuna a las personas que habrán de concurrir a la diligencia.

El a. 222 distingue el dictamen pericial, según se practique en la averiguación previa o en el proceso, y determina la aplicabilidad a esta última especie de dictamen de las reglas sobre la pericia de parte, cuya finalidad es según indica el mismo precepto, “dictaminar sobre cada punto que amerite intervención pericial”.

El a. 233 aclara que “*corresponde sólo* al funcionario que practique

las diligencias hacer a los peritos las preguntas que resulten pertinentes sobre la materia objeto de la pericia...” Es claro que este precepto debe ser interpretado a la luz del principio de contradicción, para permitir que las partes puedan hacer las preguntas que resulten pertinentes por conducto del juzgador.

IV. LAS PERSPECTIVAS

De la exposición de las reformas de 1983 y 1984, resulta que una de las tareas más importantes de la doctrina y la jurisprudencia será la de determinar la aplicabilidad de la teoría de prueba ilícita, para tratar de dar efectividad al principio de legalidad de la prueba y procurar el respeto pleno de las garantías del inculcado. Esta tarea debe conducir a superar las reminiscencias del procedimiento inquisitorio, que sobreviven en las actividades persecutorias que privilegian el papel de la confesión judicial, en detrimento de los demás medios de prueba y con olvido del desarrollo de la criminalística.

Pero seguramente la reforma fundamental de la prueba penal deberá orientarse a revalorar su papel dentro del proceso, ya que la prueba que debe tomarse en cuenta para resolver en definitiva sobre la existencia del delito y la responsabilidad del inculcado, es la que se practica en el proceso, ante la presencia y dirección del juzgador, y con la intervención que compete a las partes. Por el contrario, la prueba que se realiza durante la etapa de averiguación previa debe reducir su función a la que le corresponde estrictamente: servir de base para determinar si existe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para, en su caso, poder dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso.