

## CAPÍTULO PRIMERO

### DEL DATO DE PRUEBA

### EN EL PROCESO ACUSATORIO MEXICANO

#### I. ¿POR QUÉ DATO?

Cuando analizamos qué entiende por prueba la Constitución Política, la legislación secundaria, la jurisprudencia y la misma doctrina, nos percatamos que se utiliza, casi de modo indistinto, dato, datos de prueba, medios, medios de prueba, medios de convicción, elementos, objetos, pruebas, entre otras muchas acepciones.

Basta acudir a la Constitución Política para descubrir prueba o sinónimo de prueba con indistintos conceptos. No se ignore que la Constitución permite la “inquisición judicial o administrativa” cuando en la “manifestación de las ideas” una persona “ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público” (*cf.* art. 6o.), pero, a la vez exige, igualmente como dato, “mandamiento escrito de autoridad” (*cf.* art. 16). Por ende, confluyen en la “letra” de la norma constitucional los conceptos de “inquisición” y “acusatorio”, lo que no debe importar a un procesalista que conoce “inquirir” como investigar y que tanto el sistema inquisitivo como el acusatorio exigen una investigación previa antes de iniciar proceso.

Si nos quedamos en el artículo 16, clasificado en y desde la Constitución federal como “actos de molestia”, encontramos como manifestaciones de prueba los “datos personales” que exigen su protección y, por ende, su “tratamiento”. Igualmente encontramos la posibilidad de una “orden de aprehensión”

que puede fundamentarse en “denuncia o querrela” para lo cual, igualmente, debe obrar datos “que establezcan que se ha cometido ese hecho”. Para ello, la persona contra la cual se ordena la aprehensión debe ser “indiciado”, esto es, que existan indicios como datos de prueba.

En razón de los “indicios” cualquier persona puede detener al “indiciado” en el momento en que esté cometiendo un delito, para lo cual se produce, como dato, un “registro” de esa detención; indicio que puede igualmente servir para “casos urgentes” y en “delitos graves” lo que permite, igualmente, que el Ministerio Público ordene, con fundamento en esos “indicios” su detención.

En protección de los datos de prueba, la Constitución Política permite asegurar la “investigación” de éstos, mediante el “arraigo” para delitos en delincuencia organizada, para lo cual es igualmente un dato la “organización de tres o más personas”. En todo caso, el Ministerio Público puede ordenar la retención en razón de indicios.

Es dato de prueba el “cateo” que exige una “orden” de autoridad judicial. Esa orden se sustenta en la “solicitud” del Ministerio Público que debe justificar, para la obtención de datos de prueba, la necesidad de “inspecciones” del lugar, las personas en el lugar y “los objetos”. De todo ello es dato de prueba el “acta” que debe levantarse y los “dos testigos” propuestos por el ocupante.

Son datos de prueba las “comunicaciones” que, inviolables, permiten orden de intervención y aquellas que, sin orden de intervención “sean aportadas de forma voluntaria”. En todo caso, en razón del juez de control son datos de prueba “las técnicas de investigación” y el “registro” de las comunicaciones entre el juez y el Ministerio Público en la disposición de actos de molestia. Igual que las comunicaciones, la correspondencia que no circule en estafeta (*efr.* art. 16).

De especial importancia, es que todo detenido debe ser “indiciado” (*efr.* art. 19); esto significa que, por lo menos, debe existir, como datos de prueba, la denuncia o la querrela. A su vez esa detención debe acreditar “el delito que se impute al acusado; el

lugar, tiempo y circunstancias de ejecución” con “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito” y “la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (*cf.* art. 19).

Desde los principios del sistema acusatorio se entiende que aún en fase preliminar “una vez iniciado el proceso penal” (*cf.* art. 20, A, VII) “se podrá decretar su terminación anticipada”, mediante un procedimiento abreviado, por la calidad de los datos de prueba. En efecto, la propia Constitución federal exige “el reconocimiento” en la “participación en el delito” y “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación” (*cf.* art. 20, A, VII).

A su vez, rige la protección de los derechos fundamentales en los datos de prueba porque “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (*cf.* art. 20, A, IX).

La existencia y capacidad probatoria del dato de prueba se entiende porque, si bien el juez no puede delegar “el desahogo y valoración de las pruebas” (*cf.* art. 20, A, II), ese desahogo sólo tiene importancia “para los efectos de la sentencia” (*cf.* art. 20, A, III). Antes del juicio oral y, por ende, antes del desahogo de esos datos de prueba, tiene importancia el silencio, porque encuentra valoración procesal su declaración (*cf.* art. 20, B, II).

Se entiende que en caso de detención existen, como datos de prueba, “motivos de la misma” (*cf.* art. 20, B, III) que se deben dar a conocer, aunque en delincuencia organizada se pueden reservar el nombre y datos del acusador (*cf.* art. 20, B, III). Son datos de prueba los testigos (*cf.* art. 20, B, IV); pudiéndose reservar cuando se trate del peligro de “víctimas, testigos y menores de edad”. Mas, en razón de la existencia de datos, “le serán facilitados todos... los que solicite para su defensa y consten en el proceso” (*cf.* art. 20, B, VI).

Es en razón de la existencia de datos que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación” (*cf.* art. 20, B, VI), siendo igualmente datos su declaración o su entrevista y los registros que pueden ser consultados con la oportu-

nidad debida para preparar la defensa” mismos que “no podrán mantenerse en reserva”. Por eso, la víctima puede ofrecer y el Ministerio Público desahogar los “datos o elementos de prueba” (*cf.* art. 20, C, II).

Esta realidad de un “dato de prueba” que puede confundirse con indicio, evidencia, diligencia, investigación, registros, entrevistas, declaraciones, denuncias, querellas, medios, elementos de prueba y elementos de convicción, etcétera, llevó a la comisión redactora del Código Modelo a definir en el artículo 250 qué es dato, medio de prueba y prueba, para asumir y aunar un concepto. Esa definición ha sido asumida, igualmente, por algunas entidades federativas y el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

## II. DATO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO MODELO

El Código Modelo, llamado igualmente Código Conatrib fue auspiciado por esa Comisión de Tribunales de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos cuando aprobó, inicialmente, un proyecto el 1o. de septiembre de 2008 y luego, con los estudios de los jueces y magistrados en las entidades federativas, el borrador núm. 33 el 16 de octubre de 2008 en Morelia, Michoacán.

En el artículo 250 se lee con el acápite “prueba, datos, medios de prueba” que “dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

Refiere un determinado medio de prueba. Esto exige, como veremos posteriormente, entender la diferencia entre dato y medio de prueba y, por ende, contar con por lo menos documentos, peritos y/o pericias, testigos y/o testimonios, inspecciones, denuncias y/o querellas, informes, etcétera, lo que exige prede-

terminar, únicamente, qué es la idoneidad, la pertinencia y la suficiencia de ese dato para convencer y/o arribar, por lo menos, al juicio de probabilidad necesario que exige la Constitución Política (*cf.* art. 19).

¿Debe ese dato estar desahogado?, ¿puede la policía desahogar un dato de prueba?, ¿es ese dato una prueba o sólo lo es cuando sea desahogado ante el juez?, ¿puede sostenerse, como lo han hecho todas las codificaciones mexicanas, que esos datos de prueba no tienen valor probatorio para sustentar una sentencia? En definitiva: ¿tienen los datos de prueba valor probatorio?

### 1. *Que se advierta idóneo*

La primera exigencia es que el medio de prueba, además de permitido, realizado conforme a la ley y, por ende, lícito, sea idóneo.

El adjetivo idóneo viene del latín *idoneus*. Su etimología dentro del latín es oscura, o al menos los especialistas no se han puesto de acuerdo, ya que unos afirman que derivaría del adverbio *ideo*, que expresa la razón exacta de algo, y otros dan diversas etimologías. Quizá la más exacta sea la que lo vincula a la raíz indoeuropea *wid* —de *videre*— que da en griego formas similares al adjetivo latino, como *εἶδος* (aspecto, experiencia), o *ἰδέα* (imagen, forma visual, percepción abstracta).<sup>1</sup>

Como razón exacta de algo, el dato de prueba es, en relación con el juicio, el de probabilidad que refiere probabilidad del hecho y probabilidad del partícipe, esto es que la persona, el instrumento empleado y los efectos del hecho son idóneos y, por tanto, el dato de prueba es el necesario para demostrarlo. Esto exige, desde la criminalística, detectar ¿cuál es la prueba idónea

<sup>1</sup> <http://etimologias.dechile.net/?ido.neo>.

para cada hecho ilícito concreto?, ¿cuál es el medio que patentiza un homicidio?, ¿cuál el que descubre una violación?, ¿cuál el que demuestra un grupo organizado?, ¿cuál el que evidencia un robo?, ¿cuál el que acredita un fraude?, ¿cuál el que revela una extorsión?, ¿cuál el que patentiza un delito y lo distingue de un simple accidente?

El juicio de probabilidad que ofrece el dato de prueba debe permitir, en razón de su idoneidad, la certeza, es decir, conforme se avanza en la investigación, el “dato” debe acreditar la verdad de un hecho en todos sus elementos y, por ende, la verdad en relación con el autor de ese hecho. Una certeza que no puede ser exigida por el Ministerio Público en la investigación, ni por el juez de control en las audiencias preliminares, sino, cuando ese dato de prueba se desahogue, como se exige, en la intermediación de las partes, a través de la contradicción. Aunque sea solo dato, el dato de prueba debe hacer referencia directa entre acción y resultado; hecho y realidad; actor y víctima; causa y efecto de modo que sea idóneo.

Debe tomarse en cuenta, desde la misma definición, “que idóneo es un adjetivo de valor absoluto, cuyo uso preciso en la lengua algunos diccionarios no suelen especificar o al menor clarificar con exactitud, ya que suelen identificarlo con “apto o apropiado para algo”, no siendo un sinónimo de apto, ni de adecuado, aunque la persona idónea o la solución idónea, impliquen que ambas son aptas y adecuadas, por supuesto idóneo no admite grados: por ejemplo, es absolutamente incorrecto decir que “alguien es más idóneo que otro” (es correcto decir, en cambio, que es más apto que otro). La persona o la cosa idónea, son las que responden exactamente a la idea previa de algo requerido. En cierto modo, “idóneo para algo” sólo hay uno, no puede ser “más idóneo” ni “muy idóneo” ni “idoneísimo” (expresiones imposibles). A veces la gente lo emplea mal, confundiéndolo con apto o adecuado, que tampoco son sinónimos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> <http://etimologias.dechile.net/?ido.neo>.

## 2. De lo *pertinente e impertinente*

No es pertinente el dato de prueba cuando no es adecuado. Cuando una persona es detenida por un delito, de nada sirve que su abuelita declare que es su mejor nieto. Pero, igualmente, es difícil tener por cierto un homicidio sin cadáver.

Pertinente “procede del verbo *pertinere*, un prefijado de *tenere*. Lo pertinente es lo que procede, lo que cuadra o es ajustado a una situación. Por eso lo impertinente o la persona impertinente es que se manifiesta como completamente inadecuada al contexto o situación, y hasta inadmisibles en una situación concreta, es improcedente en suma”.<sup>3</sup>

Es pertinente, desde el concepto de prueba, que ellas guarden relación con el objeto del proceso. Esta idea y, por tanto, este concepto será una realidad en todas las codificaciones civiles y penales en relación con los medios probatorios. Las partes se opondrán a la impertinencia de las pruebas y el juez admitirá o no los medios de prueba si estos son pertinentes o impertinentes. Por ende, conviene a lo pertinente el concepto de adecuado.

Utilizando el mismo diccionario tenemos que “el adjetivo *apto* viene del latín *aptus*, un viejo participio de un verbo poco usado, el verbo *apio*, *apere*, que significa ligar, atar, vincular o establecer una relación. *Apto* quiere decir “atado, ligado o vinculado” a una determinada función o quehacer, aquel a quien se relaciona con algo porque se observa en él una capacidad probada para ello. Es también el participio de *apiscor*, un verbo de la misma raíz que significa alcanzar algo y vincularse a ello.

En todo caso para reformar el sentido:

... el antónimo de *apto* es *inepto* aquel a quien se considera absolutamente desvinculado de algo, o que no puede establecer relación alguna o nexo alguno con un conocimiento, destreza o quehacer, por su falta de capacidad para ello. Tanto *apto* como *inepto* admiten

<sup>3</sup> <http://etimologias.dechile.net/?impertinente>.

grados; uno puede ser más apto que otro para algo, es decir tener más estrecha relación o vínculo con una actividad o saber, por más experiencia, conocimiento o destreza, o mejores condiciones del tipo que sea para el cumplimiento de una función cualquiera.<sup>4</sup>

Las codificaciones utilizarán los conceptos de pertinencia y/o impertinencia; conducente y/o inconducente. En todos los casos, como diría Martín Eduardo Ocampo García:<sup>5</sup> “Decidir sobre la admisibilidad de una prueba, efectuando un juicio de pertinencia, exigirá comparar la relación existente entre el hecho que pretende acreditar la prueba propuesta y el objeto de prueba en el concreto proceso para el que se solicita, de manera tal que si dicha relación no se da, el juez deberá inadmitir la misma por su impertinencia”.

### 3. *En conjunto con otros suficiente*

El Código Modelo ha utilizado, además, el conjunto de lo idóneo y pertinente en razón de suficiente, lo que, como se verá no hace el proyecto federal.

En relación con los términos anteriores, E. J. Couture —citado por Ocampo García — afirma que:

Prueba pertinente, es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración... En cambio de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho.

<sup>4</sup> <http://etimologias.dechile.net/?apto>.

<sup>5</sup> <http://www.monografias.com/trabajos24/prueba-impertinente/prueba-impertinente.shtml?monosearch#defin>.



Todo ello significa, de importancia, que idónea y pertinente, no necesariamente es suficiente. El arma de fuego —pistola— en la escena del crimen no nos permite —no es idónea ni pertinente, por insuficiente— determinar quién fue la persona que accionó esa arma y quitó la vida a una persona. Esto debe decirse, especialmente, de la “confesión” y/o de la “entrevista” de uno que involucra a muchos otros, problema especial del testigo protegido o del imputado que se acoge a un criterio de oportunidad ayudando en la investigación. ¿Cuál es el criterio de participación en el hecho delictivo que puede ofrecer ese “testigo” para involucrar a un tercero?

La suficiencia, por tanto, no se mide en razón de cantidad sino de calidad. Por ende, no es contar datos sino valorar sus contenidos probatorios y esto se mide, únicamente, por la calidad de juicio hacia el cual predisponen, es decir, duda positiva y/o negativa; probabilidad negativa y/o positiva, certeza en iguales circunstancias. Es decir, no hay una regla y, entonces rige, al unísono con la prueba, el mandato constitucional de “valoración... libre y lógica” (*cf.* art. 20, A, II).

### III. DATO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (PROYECTO)

El artículo 289 del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales asumió el concepto del Código Modelo pero definió dato de prueba como: “La referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”.

Del concepto del Código Modelo al del Código Federal se dan dos variaciones que, siendo al parecer no sustanciales, no dejan

de ser importantes. La primera es la referencia al desahogo ante el juez de juicio, que denota una equivocada interpretación del contenido del artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política cuando dispone que “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”.

Es claro que la prueba desahogada ante la policía, el Ministerio Público y el juez de control es prueba desahogada. La norma constitucional en ningún momento ha mantenido el criterio de que sólo el tribunal de sentencia y/o de juicio puede desahogar medios de prueba. Lo que ha hecho es exigirle al tribunal de sentencia que la prueba que utilice para la sentencia debe ser prueba valorada por ellos porque ha sido desahogada por ellos, no por otro. Es decir, la norma está exigiendo intermediación.

¿Pero qué es la prueba desahogada, por ejemplo, ante el juez de control? La prueba desahogada por el juez de control no es dato de prueba sino, por el contrario, prueba, porque ha sido desahogada por el órgano jurisdiccional para fundar y motivar la decisión del juez de control. Así se entiende cuando la misma norma constitucional de referencia dispone que “la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”. Se entiende, de esa norma, que la propia Constitución federal admite el desahogo en cualesquiera otra autoridad.

Para ampliar y aunar el criterio, y para corregir o por lo menos prevenir los errores del proyecto federal de procedimientos penales, la propia Constitución Política permite, en el artículo 20, apartado C, fracción II, que el Ministerio Público desahogue prueba cuando dispone, como derechos de la víctima u ofendido “que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes... Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.

En la exposición de motivos del proyecto federal se explica que “los datos de prueba serán considerados para valorar la existencia del hecho delictuoso y la probabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión, se resuelva el conflicto penal por alguna de las formas de terminación anticipada del procedimiento previsto en este Código o cuando deba resolverse cualquier cuestión distinta a la sentencia definitiva en juicio oral”. Se entiende, entonces, que el redactor de la exposición de motivos tampoco comprende el sentido de la norma y el contenido del concepto de dato de prueba, ignorancia que se dará a conocer en muchas de las normas del proyecto federal.

La segunda variación con el Código Modelo es que no se exige que el dato de prueba idóneo y pertinente, sea “en conjunto con otros suficiente” sino que se exige en su individualidad la suficiencia. No se ignora en relación con esa frase, los casos en los cuales sólo se cuenta con un testigo. Nuestra legislación y la propia jurisprudencia, en particular del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, han sostenido, en relación con el único testigo que:

Por regla general, en el procedimiento penal una sentencia condenatoria no puede sustentarse en el dicho de un solo testigo. Sin embargo, para que el testimonio de la única persona que presenció los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con su dicho, bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad.

El juzgador, sigue diciendo el Colegiado:

A efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además,

a que lo testificado por éste se encuentre adminiculado con el resto de las pruebas indirectas que determinen fehacientemente la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado. De donde se sigue que si de autos se advierte que por la hora y forma de comisión del hecho delictivo, éste se realizó en presencia de un solo testigo; que no se advierte que trate de perjudicar al quejoso; y, además, que su manifestación se encuentre adminiculada con el resto de las pruebas existentes en el sumario, por tanto, es evidente que el testimonio de éste adquiere valor preponderante y, por ende, es suficiente para fincar responsabilidad penal al quejoso en la comisión del delito que se le reprocha.<sup>6</sup>

Desde la norma federal es posible sostener, con la “capacidad de suficiencia” de la única prueba del modelo federal, que se está renunciando a la historia, a la práctica y a la experiencia y, se está admitiendo un solo testigo —un único medio de prueba como suficiente—, cuya declaración se supedita a la libre valoración del juez y, consecuentemente, no se exige que ese único medio sea valorado en conjunto con otros medios. Pero no es fácil exigir a un único medio de prueba suficiencia y, por ende, es posible que esa “ausencia de exigencia” resulte en una “exigencia mayor” del

<sup>6</sup> Cfr. (J), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXIII, junio de 2006, p. 1078. TESTIGO ÚNICO. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR PARA FUNDAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA. Nota. El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito distingue entre testigo único y testigo singular señalando: “TESTIGO ÚNICO Y TESTIGO SINGULAR. DIFERENCIAS. En el procedimiento penal se reconoce como medio de prueba la testimonial. Ahora bien, cuando se desahoga la declaración respectiva, podemos encontrar la figura del testigo único y la del singular, las cuales difieren entre sí en cuanto al número de personas que presenciaron el hecho sobre el cual declaran. En esa tesitura, el testigo singular surge a la vida jurídica cuando existe pluralidad de personas que percibieron la realización de un hecho, pero éste se pretende probar dentro del procedimiento sólo con la declaración de uno de ellos. Mientras que la figura del testigo único se presenta cuando el hecho que se pretende probar se soporta en el dicho de la única persona que lo presenció”. (J), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.C.C., t. XXIII, junio de 2006, p. 1090.

dato de prueba, peor aún, que para cumplir con su “suficiencia” exija su desahogo previo.

Desde la exposición de motivos del Proyecto Federal se ha analizado:

Que el Constituyente pretendió racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión o la vinculación a proceso, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo; ello en virtud de que en el nuevo proceso resulta inviable mantener un nivel probatorio alto para solicitar orden de captura o de vinculación a proceso, en razón de que no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, pues de ser así, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la actual averiguación previa, ni la de fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente del juicio.

Con base en ese párrafo se argumenta que:

El Constituyente varió en cuanto al estándar probatorio, requiriendo solamente datos de prueba, para determinar la existencia del hecho delictivo o el grado de intervención del activo en el mismo, sin embargo, quiso conservar los supuestos relativos a los elementos integrantes de la descripción típica, a efecto de evitar vulneración a las garantías de los gobernados, de manera que aquellos datos probatorios deberán ser suficientes para establecer la existencia de los elementos objetivos o externos, así como los normativos y subjetivos, según lo requiera la descripción típica.

El proyecto federal centra su análisis en el “estándar probatorio” y se aleja del “juicio”, de modo que más parece un control

de cantidad que de calidad. Con ese equívoco principio va a sostener —de modo igualmente equivocado— que:

Una de las características del sistema acusatorio es diferenciar el estándar probatorio en función de las etapas en la secuela procedimental, de esta forma, no será el mismo estándar de prueba necesaria para etapas donde se discuten cuestiones preliminares a la del juicio oral, por ejemplo no es el mismo estándar que requiere la imposición de una medida cautelar o para la vinculación a proceso que para una sentencia definitiva.

Es importante aclarar, para evitar errores, que la razón por la cual se utiliza el concepto de “dato” y no de “prueba” y, por ende, se diferencia el “tipo de desahogo”, es impedir que los hechos se “prueben” con la acción e investigación del Ministerio Público y/o de la policía de investigación y, por ende, la “averiguación previa” (etapa de investigación) se convierta en prueba irrefutable (fe ministerial en el desahogo de prueba) que no fue sometida a los principios de inmediación y contradicción, en la publicidad y oralidad de la audiencia. Desde la prueba el proceso acusatorio “convoca” una serie de principios que ocupa concatenadamente para evitar error en el juicio del que juzga y para impedir que juzgue quien no ha sido convocado a juzgar.

Queda sin sentido entonces que se diga en la exposición de motivos, para explicar el por qué del “dato de prueba”, que “la acción penal debe respaldarse en los datos de prueba recabados y aportados o incorporados a la causa en sus diferentes etapas; de este modo, la demostración de los hechos, la autoría y participación, la culpabilidad y demás aspectos a dilucidar de acuerdo al estándar probatorio requerido, según corresponda a cada etapa, se encuentra ligada a dicho material probatorio, que será la base para dirimir la controversia penal” porque no se trata de una “evolución” de la prueba en las distintas etapas, sino, de un distinto manejo legal —en nuestro caso constitucional— del medio de prueba. De hecho, el dato de prueba será, en definitiva, el

que se desahogue en la audiencia de juicio oral. Por el contrario, causa duda que un dato de prueba ofrecido en la audiencia de control se prescinda o sea luego distinto en la etapa de juicio.

El error que se ha analizado en la literalidad de la norma se entiende de la misma exposición de motivos. Quien redacta argumenta —confundiendo lo que quiere aclarar— que:

Es necesario diferenciar el estándar probatorio en función de la etapa o fase procesal en que estemos situados, el concepto “dato de prueba”, por ejemplo, está referido al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, pero que se advierte idóneo, pertinente y suficiente para establecer, con base en él y de acuerdo con las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Con ese criterio —de su propia lectura confusa— se concluye, contrario a la teoría de la prueba y contrario a la teoría del proceso que:

Primero: los datos de prueba “solamente se pueden valorar como tales, para establecer la existencia del hecho delictivo y la probabilidad de su comisión o participación por el imputado en una audiencia distinta a la de juicio oral”.

Segundo: los datos de prueba pueden utilizarse “para medidas cautelares, formas de terminación anticipada, como el procedimiento abreviado y el simplificado, así como todas aquellas que implican audiencias preliminares”.

Tercero: los datos de prueba “deberán ser reproducidos por medios lícitos”.

Cuarto: los datos de prueba “en estas etapas aún no adquieren la calidad de pruebas, lo cual sólo sucederá hasta su desahogo en la audiencia de juicio”.

Quien lee este libro no ignora la génesis del concepto de dato de prueba. Desde esa pequeña referencia histórica al por qué

del artículo 250 del Código Modelo se comprende la razón por la cual quien redacta la exposición de motivos federal y quien trasladó el concepto al proyecto federal, no supo —y no quiso— preguntar los antecedentes de una norma. Quizá sea importante acudir —y, por tanto, no ignorar— a la exposición de motivos del Código Modelo, que se escribe en octubre de 2008, cinco años antes del proyecto federal.

El concepto de dato de prueba no se explica desde la exposición de motivos del proyecto federal ni desde la génesis del proceso penal mexicano, sino desde el Código Modelo. No hay que ir más atrás. Basta mostrar interés por lo que ocurrió en mayo de 2004 con las iniciativas del presidente Vicente Fox, las proyecciones de USAID con el Código Tipo a través de Proderecho, y con lo que ha hecho Conatrib en México a partir del 18 de junio de 2008. La federación —y con ella la Secretaría Técnica— debe recordar que el Sistema Procesal Penal Acusatorio nace, crece y se desarrolla en las entidades federativas a partir de las reformas parciales de los estados de Nuevo León y Estado de México y las reformas sistemáticas de los estados de Chihuahua, Oaxaca, Zacatecas, Morelos y Baja California.

Por eso, a la luz del artículo 250 del Código Modelo, pero, igualmente, a la del artículo 289 del Proyecto de Código Federal, cuando referimos un “dato de prueba” referimos igualmente un “medio de prueba” porque en definitiva referimos una prueba. La diferencia no está en la calidad de prueba y/o en la calidad de medio, sino en la distinta autoridad que desahoga, en la distinta naturaleza de la decisión que incorpora ese medio de prueba y toma sobre él decisiones en relación con las personas, en la cualidad jurisdiccional de la prueba. Por tanto, el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba.

Es decir, si tenemos un testigo, conocemos lo que sabe el testigo porque su testimonio ha sido desahogado por los oficiales de policía. Es posible que se haya recibido una declaración formal, por escrito, ante el Ministerio Público. Más aún, es casi seguro que se conservara en un CD, con videgrabación. En ambos casos, ese



testimonio es medio de prueba y tiene valor probatorio. Pero, para ser utilizado en la sentencia debe ser desahogado (nuevamente) ante el juez que dicte esa sentencia, y ese desahogo tiene como característica la audiencia oral, pública, contradictoria, concentrada, continua, en presencia —inmediación— del mismo juez.

Por asumir un concepto sin “respetar” la fuente; por falta de humildad intelectual; por cierta prepotencia legislativa; porque SETEC ha procurado marcar líneas, sin dominar los conceptos y las instituciones procesales del sistema acusatorio, el Proyecto de Código Federal confunde —y por eso destruye e imposibilita— el concepto de “dato de prueba” cuando exige, para su desahogo, el momento procesal ante “el juez de juicio oral”, es decir, la etapa de juicio y la audiencia de juicio oral. ¿Por qué? Entre otras muchas razones, porque el juez de control puede, igualmente en audiencia, desahogar los datos de prueba.

#### IV. DATO DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA ESTATAL

El concepto “dato de prueba” del Código Modelo se suscita de una discusión conceptual. Varios académicos, algunos magistrados y jueces —todos ellos funcionarios de entidades federativas— analizaron con seriedad, en 2008, los tres conceptos del artículo 250 del Código Conatrib.

Al encontrar la génesis del concepto es lógico que el mismo no se halle en las codificaciones anteriores a la reforma constitucional, esto es, en los códigos de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Baja California, aunque esas entidades hayan participado, igualmente, en la reforma del Código Modelo y, por ende, conocieron la discusión. Es claro, sin embargo, que si fue aprobado en Conatrib, debió influir en las pequeñas o grandes modificaciones que se suscitaron en sus legislaciones vigentes.

El primer Código en asumir la definición de dato de prueba fue el de Durango el 5 de diciembre de 2008 y el segundo el del

Estado de México el 9 de febrero de 2009. A partir de esas dos legislaciones, todas las demás excepto Hidalgo aceptan el concepto “modelo” de dato de prueba.

En efecto, en el artículo 255 del Código de Durango se admite, como dato de prueba “la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”. Al año siguiente, el artículo 185 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México: “Entenderá por dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho delictuoso y la probable participación del imputado”.

El estado de Guanajuato pondrá a su codificación la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato y, publicada el 3 de septiembre de 2010, definirá el dato de prueba, en el artículo 298, como “la referencia a toda fuente de información aún no desahogada ante el juez”. Hace luego una tasación porque dispone que “el dato de prueba, por sí mismo o aunado a otros datos de prueba, permite establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el inculpado lo cometió o participó en su comisión”. ¿Es “toda fuente de información” sinónimo de “medios de prueba” y, por tanto, significan lo mismo?, ¿nos saca Guanajuato del contenido conceptual?

Me atrevo a sostener, con fundamento en lo que venimos diciendo sobre el tema, que la definición del estado de Guanajuato es ambigua, poco clara, y termina dando a la misma un criterio de prueba tasada. Nótese que le da valor probatorio a cualquier fuente de información. Es peligroso que cualquier fuente de información sea dato de prueba, porque, *prima facie*, lo es un video, una llamada telefónica, la simple denuncia, etcétera. Es peligroso además que esa fuente sólo exija, como se dispone en la norma,

completar el desahogo. En definitiva no puede ser procesalmente válido que toda fuente de información sea dato de prueba.

El estado de Yucatán acoge el concepto del Código Modelo, aunque igualmente con alguna variante esencial, como ocurre con Guanajuato. En efecto, el artículo 199 define el dato de prueba como “la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante los jueces”. No exige, como igualmente lo omite Guanajuato, la idoneidad, pertinencia y suficiencia como su génesis. Por ende, permite el mismo peligro de sustentar en cualquier información la detención policial, la retención ministerial o alguna decisión jurisdiccional, como puede serlo el escándalo, la inseguridad social, la gravedad de los hechos, etcétera.

Nótese que los de Guanajuato y Yucatán son códigos cuyos redactores conocen el Código Modelo y el esfuerzo de redacción y estudio que este supuso. Vale aclarar que la comisión redactora del Código Modelo, bajo la dirección del doctor Carlos Natarén Nandayapa, no ignoraba la existencia de codificaciones vigentes en Chihuahua y Oaxaca; en *vacatio legis* en Morelos, Zacatecas y Baja California, y que en el congreso local se encontraban los códigos de Durango y Estado de México. Por ende, en su redacción tomó en cuenta esas legislaciones y, lógicamente, los consejos de los jueces y magistrados de esas entidades federativas.

Además, quienes redactaban el proyecto modelo a solicitud de la Conatrib tenían claro que las normas debían ser coherentes, en razón del principio de supremacía constitucional, con la reforma del 18 de junio de 2008. Esto ocurría sin ignorar, igualmente, los viajes hacia algunos países de Latinoamérica y Estados Unidos de América, los cursos de capacitación del CEJA, entre otros, y la invitación de universidades e institutos de Estados Unidos y Canadá interesados en “capacitarnos”. Más aún, que, a pesar de la reforma constitucional se seguía citando autores chilenos, peruanos, colombianos, centroamericanos, ecuatorianos, etcétera, para explicar en y para México las nuevas instituciones.

Muchas de las grandes discusiones fueron entre personas que aprendieron la técnica —en algún curso por ahí— e ignoraban la teoría del proceso. Peor aún, que seguían una técnica de litigio en audiencia contraria al sistema de justicia penal acusatorio. La gran respuesta hasta hoy ha sido confrontar las distintas ideas, con la Constitución Política, aun cuando muchos siguen enseñando técnicas de litigio sin dominar los contenidos procesales de la Constitución Política. Esto hace que el Código Modelo no sea asumido en su totalidad por las entidades federativas y, por ende, que no todas hayan acogido el concepto de dato de prueba.

En efecto, entre los códigos vigentes, el del estado de Chiapas publicado el 9 de febrero de 2011, para entrar en vigencia en mayo del mismo año se redactó analizando figuras del Código Modelo y del proyecto federal y conservó el concepto de dato de prueba del Código Modelo en el artículo 285. Así se lee en ese numeral que “dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”.

Siguieron igualmente el concepto del Código Modelo, en su literalidad, el artículo 182 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, publicado el 13 de enero de 2012; el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales del estado de Sonora, publicado el 30 de enero de 2012; el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo; el artículo 279 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, publicado el 17 de febrero de 2012, aunque este último, siendo el primero de los códigos espejo, sigue la redacción ya criticada del proyecto federal.

Cabe decir que el Código del estado de Sonora, al admitir el concepto lo hace agregando que “es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba registrado en la investigación y aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otro u otros, suficientes para establecer

razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado”. El segundo agregado, desde mi criterio, carece de importancia. El primero puede ser peligroso en su interpretación y, por ende, suscitar debate en audiencia, si, por ejemplo, el dato de prueba en que el Ministerio Público se apoya en la audiencia no ha sido registrado, por ejemplo, porque apenas al empezar —y/o durante— la audiencia, le ha sido proporcionado, lo que puede informar y ofrecer copia a las partes sin que, repito, haya sido registrado.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla, publicado el 21 de febrero de 2011 dispone, en el artículo 234, que se “entenderá por elemento o dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el Juez que se advierta idóneo, pertinente y, en su conjunto, suficiente para establecer razonadamente la existencia de un hecho considerado como delito y la probable participación del imputado”. Cuando volvamos de nuevo sobre el artículo 250 del Código Modelo nos daremos cuenta que ese proyecto asemeja medio de prueba con elemento de prueba. En cambio, el Código para Puebla confunde dato de prueba con elemento de prueba.

Finalmente, el estado de Nuevo León, en su Código de Procedimientos Penales del 9 de mayo de 2011 por el que sistematiza todo el proceso oral penal en el sistema de justicia penal acusatorio para Nuevo León, admite el concepto de dato de prueba en el artículo 356 definiendo que: “Dato de prueba es la referencia al contenido de cualquier medio de prueba que produzca convicción, que no ha sido desahogado ante un juez o Tribunal de juicio oral”. Ese cambio igualmente suscita una discusión, porque el dato de prueba no desahogado es casi imposible que “produzca convicción” como lo admite el mismo artículo en estudio. Volvemos al tema cuando estudiemos la valoración de la prueba.

Conviene aclarar que, coherente con los códigos primigenios, no seguirá el concepto del Código Modelo, y otras instituciones de esa propuesta de codificación el Código de Procedimientos

Penales del Estado de Hidalgo, publicado el 14 de marzo de 2011 porque, apeándose a los lineamientos de Proderecho siguió la estructura de Chihuahua. De los proyectos en el Congreso local, seguirán el concepto del Código Modelo los códigos de Campeche, Guerrero y Tabasco. Seguirán al Proyecto Federal los códigos de Baja California Sur, Querétaro y Sinaloa, que, como podrán observar, son copia del Código de Coahuila.

Los jueces Valadez Díaz, Guzmán González y Díaz Hernández, alejándose de la norma, definen dato de prueba como:

Toda aquella referencia a una información aportada al proceso por cualquier medio legal aceptado, que aun sin desahogarse ante el Juez de Control, se advierte en particular aceptable y en su totalidad probable en unión de diversos datos de prueba para establecer de forma inductiva la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado en el mismo.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Valadez Díaz, Manuel *et al.*, *Diccionario Práctico del Juicio Oral*, México, Ubi-jus, 2011, p. 115.