

Jueces prudentes y sabios*

Salvador Martínez y Martínez**

RESUMEN

Este escrito es un extracto del proceso penal acusatorio. El contenido es una reflexión sobre el valor de la prueba. En el fondo es una investigación sobre las relaciones entre el hombre y la verdad. La verdad propia de la práctica judicial no consiste en conocer lo que es, sino en dirigir lo que debe hacerse. La exposición avanza del dato de prueba al medio de prueba y de éste a su distinción con la prueba misma. También se diferencia entre los hechos que se prueban y la evidencia.

Palabras clave: *prudencia, sabiduría, prueba*

ABSTRACT

This writing is an extract the criminal process accusatory. The content is a reflection on the value of the test. In the background is an investigation into the relationship between man and truth. The truth proper judicial practice is not known what is, but to direct what should be done. The exhibition moves from the test data to the test medium and thence to its distinction from the test itself. It also differs from the facts that are tested and evidence.

Key words: *prudence, wisdom, test*

SUMARIO: Introducción; I. La praxis de la dominación de la contingencia. II. La prueba en el proceso penal acusatorio: a) dato de prueba; b) medio de prueba. Conclusión: Apalabrando la realidad. Bibliografía.

Introducción

Todo comenzó con la lectura de un artículo escrito y publicado por Pedro Salazar Ugarte el 19 de julio del año 2012¹. En dicho artículo, ese autor presenta el perfil idóneo de los futuros juzgadores, según la Fundación para el debido proceso. Los

*Artículo recibido el 21 de octubre de 2013 y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2014.

**Licenciado y Maestro en derecho por la Universidad Veracruzana, Doctor en derecho por la Universidad de Xalapa, Docente de tiempo completo en la Universidad Veracruzana y Exsecretario Técnico del Consejo Consultivo para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en Veracruz.

¹ Salazar Ugarte, Pedro. "Atributos de un juez constitucional", El Universal (19 de julio 2012): www.eluniversal.com.mx

atributos de un juez son: independencia imparcialidad, honorabilidad, una historia de conducta intachable, conocimiento legal notable, excelente capacidad de expresión oral y escrita, capacidad analítica, compromiso con el poder judicial, los derechos humanos, los valores democráticos y la transparencia y capacidad para entender las consecuencias de sus decisiones. En opinión de Pedro Salazar, hay una cualidad que merece mención aparte: “inteligencia creadora altamente desarrollada”. Este autor agrega el siguiente comentario: <<Creo que, sin desdeñar los anteriores, en el México de hoy éste es el atributo crucial. >>.

En esta crisis y en esta definición hay un pensamiento que está como atrapado entre el entendimiento y las palabras, el cual no puede expresarse adecuadamente, sin hacer referencia al tiempo y el espacio. Ese pensamiento se refiere a uno de los efectos profundos y graves producidos por los condicionamientos históricos y estructurales de la administración de justicia (tipo de organización, procedimiento y cultura inquisitivos): la lentitud del proceso penal. De cara a ella —la cual es de por sí problemática—, se buscó un contraste dando de manera inmediata con un juicio no sumario sino sumarísimo: *El juicio de Salomón*:

En ese tiempo llegaron hasta el rey dos prostitutas y una de ellas presentó así su queja: <<Yo y esta mujer vivíamos en una misma casa y he tenido un hijo estando ella conmigo. A los tres días de mi parto, también esta mujer tuvo un hijo. No había ningún extraño en casa, salvo nosotras dos. El hijo de esta mujer murió ahogado durante la noche, porque ella se había acostado sobre él. Entonces se levantó ella durante la noche y tomó a mi hijo de mi lado, mientras yo dormía, y lo acostó con ella, y a su hijo muerto lo puso conmigo. Cuando me levanté para dar de mamar a mi hijo, lo hallé muerto; pero fijándome en él por la mañana, vi que éste no era el mío.>>

La otra mujer dijo: <<Mi hijo es el vivo y el tuyo es el muerto.>> Pero la primera replicó: <<Mientes, el mío es el vivo.>> De manera que discutían en presencia del rey.

Dijo el rey: <<La primera dice: el mío es el que vive y el tuyo es el muerto. Y la otra dice: no, el tuyo es el que ha muerto.>> Y añadió <<Tráiganme una espada.>> Cuando se la pusieron delante, dijo: <<Partan en dos al niño vivo y denle la mitad a cada una.>>

La verdadera madre del niño, conmovida por la suerte que iba a correr su hijo, dijo al rey: <<Por favor mi señor, que le den a ella el niño vivo y que no lo partan.>> Pero la otra dijo: <<No será ni para ti ni para mí, que lo partan.>> Sentenció el rey: <<Para la primera el niño, y no lo maten, pues ella es su madre.>>

Todo Israel supo de la sentencia que Salomón había pronunciado y lo respetaron, pues vieron que había en él una sabiduría divina para hacer justicia. [Libro 1 Reyes (3, 16-28)].

El contraste es sencillamente maravilloso, pues en unas cuantas líneas es posible mostrar en qué consiste *el proceso penal acusatorio y oral*; así como los principios que rigen dicho proceso: a) *Proceso penal acusatorio y oral*: “En ese tiempo llegaron hasta el rey dos prostitutas y una de ellas presentó así su queja...”; b) *Publicidad*: “Todo Israel supo de la sentencia que Salomón había pronunciado y lo respetaron, pues vieron que había en él una sabiduría divina para hacer justicia.”; c) *Contradicción*: “La primera dice: el mío es el que vive y el tuyo es el muerto. Y la otra dice: no, el tuyo es el que ha muerto.”; d) *Concentración*: “La otra mujer dijo: <<Mi hijo es el vivo y el tuyo es el muerto.>> Pero la primera replicó: <<Mientes, el mío es el vivo.>> De manera que discutían en presencia del rey.”; e) *Continuidad*: “Sentenció el rey: <<Para la primera el niño, y no lo maten, pues ella

es su madre.>>"; f) *Inmediación*: "La verdadera madre del niño, conmovida por la suerte que iba a correr su hijo, dijo al rey: <<Por favor mi señor, que le den a ella el niño vivo y que no lo partan.>> Pero la otra dijo: <<No será ni para ti ni para mí, que lo partan.>>".

Por otra parte, llegó a la memoria el curso de *Procedimientos* del licenciado Víctor Manuel Hernández Flores dentro del cual expresaba: "*La quintaesencia del proceso penal es la prueba*"². Al decirlo había en sus ojos un brillo singular que hacía dudar al alumno. Uno no sabía si se estaba burlando del proceso penal o si estaba hablando en serio: ¿En realidad se refería a lo más puro, más fino y acendrado del proceso penal? Lo que quedó como recuerdo de aquello es que el profesor veracruzano pretendía transmitir que con el tema de *la prueba* el proceso penal podía reducirse a extracto.

La evocación no puede ser más oportuna, pues se tiene el propósito de resumir el denominado "proceso penal acusatorio", expresando en términos precisos únicamente lo más sustancial. En nuestro país en realidad se trata de un proceso penal mixto, aunque con el propósito de que prevalezca el respeto a los elementales Derechos Humanos. De aquí se desprenden tres objetivos particulares para este escrito: a) Identificar el término *dato de prueba*; b) Explicar el término *medio de prueba*; y, c) Diferenciar el *medio de prueba* respecto de la *prueba* misma.

Se quisiera extender al campo del proceso penal acusatorio mexicano <<la praxis de la dominación de la contingencia>> a partir del proceso antropológico de <<cosmización>> o reducción del caos. La cual, explica Duch, solamente es posible mediante una positiva y polifacética relación con aquellas transmisiones que permiten que el ser humano vaya apalabrando la realidad. "Apalabrar", dicho de dos o más personas, es concertar de palabra algo.³

I. La praxis de la dominación de la contingencia

El método que sigue esta exposición consiste en intentar mostrar la verdad de las cosas. Es decir, volver al boceto previo diseñado por el Constituyente Permanente en la Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, 2008. Este vuelco al modelo constitucional tiene particular importancia cuando es inminente un Código Único de Procedimientos Penales en este país⁴

La Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicana el 18 de junio de 2008 y constituye uno de los cambios más significativos en la materia desde 1917. La Reforma establece un Sistema de Justicia Penal nuevo en México que sustituye a otro que suele ser denominado "tradicional" o "inquisitivo", pero que en todo caso es un sistema colapsado.

² HERNÁNDEZ FLORES, Víctor Manuel. Notas del curso *Procedimientos* en la Maestría en Ciencias Penales. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V., Xalapa, Veracruz, México 1977. Inéditas.

³ DUCH, Lluís. *Estaciones del laberinto. Ensayos de antropología*, Editorial Herder, España 2004, p. 161.

⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Rubén Sánchez Gil. *Codificación Procesal Única en la República Mexicana a la luz del Sistema Acusatorio*, SETEC-SEGOB del Gobierno Federal, México 2012, 134 págs.

La implantación del Sistema de Justicia Penal nuevo debe estar en funcionamiento en la totalidad de las entidades del país a más tardar el 18 de junio del año 2016. Para ello es necesario realizar un esfuerzo de transformación de gran envergadura en las instituciones operadoras del Sistema. Sin embargo, conviene advertir que, del conjunto de problemas que se han de tener en cuenta en torno al *espacio* y al *tiempo* en el proceso penal, se eligió solamente uno: *el problema del valor de la prueba*.

Con la inspiración de una sugerencia de Michel Foucault⁵, el propósito profundo o último es hacer un estudio de *las relaciones entre el hombre y la verdad*, pues este autor sostiene que merecer ser estudiadas y también que la práctica judicial –que él reduce a la práctica penal– implica siempre una forma peculiar de la verdad. Lo cual es cierto, ya que la verdad propia de la práctica judicial no consiste en conocer lo que es, sino en *dirigir lo que debe hacerse*.⁶

Manuel Rivera Silva explica que “El valor de la prueba es la cantidad de verdad que posee (o que se le concede) un medio probatorio.”⁷ No deja de causar asombro que este autor defina el valor de la prueba en términos cuantitativos, pues no se podría traducir en números. La definición debe hacerse en términos cualitativos: el valor de la prueba es el valor de verdad *verdadero* que conlleva la proposición que se desprende de un medio probatorio y puede traducirse en símbolos. Sin embargo, independientemente de lo anterior, el punto de trascendencia radica en lo que este autor afirma a continuación: “En tanto que el valor de la prueba se refiere directamente a la verdad, es menester aclarar que se entiende por verdad.”⁸

La verdad –dice Rivera Silva– se ha definido como la comunión entre el intelecto y la realidad, pero como la realidad es un término equívoco, urge aclarar las dos principales formas que puede connotar, y que a su vez originan dos clases de verdades: la primera realidad podremos calificarla de histórica y se refiere a la realidad real. Esta realidad se caracteriza por su continuidad y su heterogeneidad. Debemos entender por continuidad el hecho de que la realidad no tiene suspensión, ni en el tiempo ni en el espacio; en el tiempo en cuanto que la realidad se desenvuelve en éste, a semejanza del río que eternamente fluye de la metáfora de la filosofía griega; y en el espacio, en cuanto la realidad no presenta escisiones, pues cualquier objeto implica, además de sus notas propias, las cualidades relativas que aluden a todo el universo. Por heterogeneidad debe entenderse la calidad consistente en que no hay dos objetos idénticos.

Otras veces, el hombre se fija en las analogías que presentan las cosas o los fenómenos y con ellos crea fórmulas (leyes científicas, sociológicas, etc.), con las que cree determinar la realidad. Estas fórmulas no embargan la esencia de las cosas, que reside en su carácter peculiar; se fincan sobre ciertas formas (las

⁵ FOUCAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, España 1998, p.17.

⁶ VON WRIGHT, George Henrik. “Ser y deber ser”, en *La normatividad del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, España 1997, pp. 87-110.

⁷ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*, Editorial Porrúa S. A., México 1967, p. 188.

⁸ Idem

analogías anotadas por el hombre), constituyendo una verdad formada cuya captación motiva la verdad formal que encierra en una fórmula (la verdad formal): el que confiesa es culpable.

Con lo anterior ya tenemos un concepto, aunque sea general, de la verdad histórica y de la formal, que nos permite continuar el estudio del valor de la prueba. Desde luego, continua hablando Rivera Silva, podemos decir que unas pruebas llevan al órgano jurisdiccional el conocimiento cabal del dato a probar (juicio apodíctico: incondicionalmente cierto, necesariamente válido), en tanto que otras, sólo entregan en conocimiento relativo, con calidad asertórica del dato a probar (se dice del juicio que afirma o niega como verdadero, sin que lo sea necesariamente, a diferencia del apodíctico). Atento a lo anterior, se pueden dividir las pruebas en pruebas plenas y semiplenas.

Cuando la ley fija, de manera determinada, el valor de la prueba, nos hallamos con una verdad formalista, que motiva el llamado sistema de la prueba tasada. Este sistema quiere justificarse, en el deseo de borrar las arbitrariedades nacidas de las simpatías o antipatías del juez o de la torpe valoración hija de la inexperiencia o ignorancia. Sin embargo, afirma Rivera Silva, hay que advertir que si el sistema tasado protege de las arbitrariedades o malas valoraciones jurisdiccionales, obstruye la vigencia de las finalidades correccionales, la cuales no pueden presentarse más que con la abolición absoluta de toda fórmula: sólo se pueden señalar caminos correctivos, cuando se conoce plenariamente la biografía del sujeto por corregir, es decir, su realidad histórica. La búsqueda de la verdad histórica motiva el sistema de la libre apreciación de la prueba, en la cual el juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación. No es la ley quien fija el valor de la prueba, es el juzgador. Es necesario advertir que en el sistema de libre apreciación, no es el capricho del órgano jurisdiccional el que actúa, es la libre estimación: el juez debe señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma que lo hizo, debe indicar por qué determinadas pruebas tienen valor plenario y por qué otras no lo poseen. En medio de las dos posturas apuntadas (prueba tasada y libre apreciación), se halla el sistema mixto, en el cual se predetermina el valor de unas pruebas y en otras se deja al órgano jurisdiccional libertad de valorar. Este sistema mixto intenta la reconciliación de lo irreconciliable: la verdad formal y la verdad histórica.

II. La prueba en el proceso penal acusatorio

Con Humberto Briseño Sierra es necesario establecer que el ingreso al proceso no es precisamente el conflicto. Si se busca la causa (lógico-jurídica) del proceso, se encontrará a la pretensión (conflictiva). Después, este autor observa el proceso penal y agrega que en éste se da la pretensión conflictiva con la acusación, aunque entre el acusador y el procesado, no haya conflicto anterior, no haya existido contienda ni problema alguno. Pero —agrega enseguida— esa pretensión es: la afirmación de un derecho y la exigencia de su tutela. “Así es, porque inclusive en lo penal, tal como ya lo viera Goldschmidt al elaborar su idea del derecho justicial material, el acusador, y él pensaba en el Estado, afirma tener el derecho de punir y

exigir su reconocimiento judicial.”⁹. De cara a ese supuesto *ius punendi* se levanta majestuosa la bandera del artículo 14 de la Constitución Política, en su segundo párrafo. Así, el asunto que hoy nos ocupa es la tensión dialéctica *del derecho de la fuerza y la fuerza del derecho*, ya observada hace tiempo por Edgar Bodenheimer¹⁰.

a) Dato de prueba

La idea de investigar este tema surgió al escuchar una enérgica protesta sobre uno de los nombres que actualmente se le otorga a la etapa inicial del procedimiento penal: “etapa desformalizada”. El argumento esgrimido en contra de esa denominación consistió en afirmar que la actuación procesal siempre es formal y, por lo tanto, no puede existir una investigación informal.

En efecto, el nombre es desafortunado, pero, si quien estudia el tema se queda anclado en la cuestión puramente nominal, pierde de vista que en el procedimiento penal de talante acusatorio se investiga *sin formalizar* la prueba, para luego practicarla exclusivamente en juicio por medio de la inmediación (y confrontación); mientras que el sistema tradicional, también llamado “inquisitivo”, *formaliza* la prueba como forma de investigar sin necesidad de otra fase para luego practicar la prueba.

En el procedimiento penal, dentro de la etapa del proceso, también la investigación formalizada tiene talante acusatorio por no permitir la recepción formal de la prueba durante la investigación, salvo la prueba anticipada y otras excepciones. Sin embargo, aquí las baterías apuntarían hacia el nombre “investigación formalizada” que indica claramente una *instrucción*, bajo el argumento de que el formalismo, particularmente el practicar la prueba, como forma de investigar es la más ineficiente e ineficaz técnica de revelar a los hechos punibles: ineficaz en tiempo requerido e ineficaz en la manera de descubrir la verdad.

El punto de trascendencia o la formulación del problema comienza a esbozarse cuando se plantea que, si la investigación retiene mucho de la instrucción o si el operador; con paradigma inquisitivo, la aplica así; o si la prueba anticipada y otras excepciones a la práctica se dejan dominar a la fase investigativa; entonces la investigación participará en todo lo negativo del sistema inquisitivo. En este escrito se sostendrá que existe confusión entre *formalidad* y *formalismo*.

La disposición aparece en la Constitución Política de México dentro de una frase sin adornos y sin rodeos de palabras para dar a entender algo que hubiera podido expresarse más brevemente: “El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente.” (Artículo 20, apartado “A”, fracción IV). De donde se sigue que el investigador del hecho que posiblemente sea delictuoso no debe ser el mismo que sentencia el caso.

Investigación y resolución son dos problemas que deben confiarse a órganos diferentes. La consecuencia de aquel precepto va de la mano con este otro: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las

⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Compendio de Derecho Procesal, Editorial Humanitas, México 1989, p. 333.

¹⁰ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1974.

cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.” (Artículo 21, párrafo primero de la propia Ley Suprema). Pero, el mandato primero da a entender que existe otro juez que ha conocido el caso previamente y, en efecto así es, se trata del juez de control¹¹.

El lector diligente tendrá en la punta de la lengua la palabra “galimatías”. Esta voz, coloquialmente, alude al lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase o por la confusión de las ideas: investigan “las policías” bajo el mando del Ministerio Público y éste —si vale la expresión— debe rendir cuentas y pedir autorización para realizar diversos actos de su investigación al juez de control, pero éste no juzga sino que es otro juez quien hace el juicio del caso investigado (Esto de que el juez de control no juzga exige matices, pues todo parece indicar que el juicio se viene formando con el desenvolvimiento de la investigación). La imagen de aquel juego de niños denominado “teléfono descompuesto” se hace presente, pero a ella se debe oponer el aserto de que en principio la verdad es intersubjetiva porque la verdad es verdad-para-todos y su destino final es la audiencia universal. *La verdad es verdad.*

Se pretendió decir que se está ante un laberinto constitucional. Sin embargo, se cuenta con la estrategia necesaria para salir de la confusión: *distinguir para unir*. Esto es, la solución consiste en dividir la instancia en dos estadios: uno de investigación; otro de valoración. Éste último es el estadio del juicio oral (de elevación a pruebas de modo contradictorio del material recogido por el investigador, de crítica, de sentencia en fin). Pero, la estrategia hace posible comprender que ambos estadios integran una sola instancia.

La razón de la diferenciación entre los dos estadios planteados radica en que la verdad del hecho o hechos que constituyen delito requieren la demostración por medio de la prueba. En cambio, la adhesión a esa demostración implica la evidencia y ésta es, para sí misma, su propia prueba. *La evidencia no hay que probarla, basta con hacerla ver*. De donde se sigue también que toda demostración consiste en hacer brillar alguna evidencia a los ojos del entendimiento, ya que “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado” (Artículo 20 constitucional, Apartado “A” fracción VIII).

La evidencia es el esplendor de la verdad, tanto para el juez penal como para la audiencia universal. Es propio de la inteligencia dar su asentimiento a la verdad, en el momento en que la percibe. La evidencia ejerce así, sobre el entendimiento, una especie de fuerza, por la cual hace imposible a quienquiera que ve la verdad juzgar que no la ve. Todo juicio implica tanto la investigación como la valoración; sin embargo, prevalece en el juez de control el momento de la investigación y en el juez de juicio, el momento de la valoración.

Se ha dicho y con razón que la Constitución Federal no define la figura de dato de prueba. Sin embargo, se considera importante señalar que la contempla, ya que del texto constitucional es de donde surge la misma. La expresión “dato de

¹¹ CASTILLO GARRIDO, Salvador. *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*. UNAM, México 2012, 188 págs.

prueba” se ha convertido en un término técnico-jurídico y suele definirse de la siguiente manera:

El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se considere pertinente, idóneo y suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que la persona imputada lo cometió o participó en su comisión.¹²

Sin embargo, la necesidad de identificar el *dato de prueba* acarrea consigo la exigencia de revisar el término citado, es decir, someterlo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo, si esto fuera necesario.

El término se desprende de los siguientes párrafos del texto constitucional:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (Artículo 16 párrafo tercero)

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (Artículo 19 párrafo primero)

Los modos usuales de la palabra “dato” son dos: uno, como antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho y, otro, como documento, testimonio, fundamento.

Si algunos llaman “hechos históricos” a los *hechos singulares rodeados de las circunstancias que han revestido en el espacio y en el tiempo*; entonces que nadie se sorprenda de que haya quien considere a los delitos como hechos históricos, ya que los delitos también tiene como uno de sus caracteres el ser originales y únicos. Pero, en tanto que hechos históricos son aquellos que han ejercido una notable influencia en el curso de los acontecimientos, los hechos delictivos sólo en algunas ocasiones tienen repercusión notable en esa marcha. Esto es, la influencia en el curso de los acontecimientos no es una característica esencial de los delitos y, en cambio, sí lo es en los hechos históricos.

Sin embargo, la analogía entre los hechos históricos y los hechos delictivos hace posible explicar el conocimiento verdadero de estos últimos de modo similar a como se conocen los hechos históricos. Por esto, en el método de investigación de los delitos –a imagen y semejanza del método histórico– es posible distinguir tres pasos: (1) buscar u obtener los datos, (2) analizarlos e interpretarlos (criticarlos), y, en fin, (3) construir un relato de los hechos. Respecto al tercer paso cabe decir que, en el proceso judicial no se trata sólo de aplicar la legalidad; es preciso, dado el posible delito, reconstruir la realidad. La primera función del

¹² ROMERO GUERRA, Ana Pamela y otros. *Las pruebas en el sistema penal acusatorio*, SETEC-SEGOB del Gobierno Federal, México 2012, p. 13.

proceso es hacer historia la realidad pasada, ésta es la forma de presentar los datos del posible delito: la narración o el relato.

En el contexto de la investigación histórica, los datos serán las fuentes del conocimiento histórico; en cambio, en el contexto de la investigación de un posible delito, los datos no serán únicamente fuentes del conocimiento sino primordialmente *datos de prueba*, ya que el dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado *medio de prueba* aún no desahogado ante el juez de juicio oral. Desde este instante se destaca la importante y conocida diferencia entre saber y probar: hay cosas que se saben, pero que no se pueden probar. En el proceso penal acusatorio es necesario probar ante el juez y ante la audiencia universal lo que se sabe sobre un hecho posiblemente delictuoso.

En el contexto de la investigación histórica, los datos pueden ser vestigios y testimonios. Los vestigios son huellas del pasado, sin haber sido destinados por sí mismos a transmitir su recuerdo a la posteridad. Los testimonios tienen por objeto informar de lo sucedido a la posteridad. En el contexto de la investigación de un posible delito también habrá que tener muy en cuenta la diferencia que existe entre estas dos categorías de datos.

Sin embargo, en ambos contextos resalta la pertinencia, es decir, la calidad de pertinente del dato, lo apto del mismo para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito. No existen reglas para el descubrimiento de los datos. El genio del investigador es aquí el factor capital. Existe un don particular que, entre la masa enorme y confusa de datos, conduce al investigador a dar con el dato significativo y revelador, éste es el dato idóneo para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito. Esto es, el dato significativo y revelador tiene la calidad de idóneo. El adjetivo calificativo “suficiente” habrá que entenderlo como *bastante*. En otras palabras, el dato pertinente e idóneo es un dato *que basta* para mostrar que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito.

Si se ha comprendido que el dato de prueba debe considerarse pertinente, idóneo y suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito; entonces ahora puede comprenderse que no fue suprimido el concepto arcaico de *cuerpo del delito* de la Constitución Política sino la exigencia de su *comprobación* como garantía procesal. El cuerpo del delito es un hecho (voluntario) que la ley señala como delito, esto es, la conducta típicamente delictiva. Lo que se suprimió también fue la expresión “cuerpo del delito” que se presta a muchas confusiones.

b) Medio de prueba

El medio de prueba es un vehículo para llegar a la prueba. Los medios de prueba nos permiten llegar a la existencia de ésta, lo que ocurrirá cuando dicho medio se desahogue en juicio y sea controvertido por las partes.

Son medios de prueba la declaración de la persona imputada, el testimonio de una persona, los documentos, y cualquier medio técnico científico, siempre que sea conducente al litigio y no sea contrario a derecho.

Conclusión: apalabrando la realidad

La verdad histórica de un caso particular y concreto es capturada gradualmente. Se utilizan diversas imágenes para expresar dicha gradualidad: “se avanza por pasos”, “en forma escalonada”, “de manera estratificada”. La idea de *comunión* con la cual Rivera Silva expresa la noción de verdad resulta interesante. También resulta de sumo interés su afirmación de que participan en lo común el *intelecto* y la *realidad*. En homenaje a la brevedad, aquí sólo se dirá que los actos del intelecto son dos: el primero es la simple *aprehensión* (es el acto por el que el intelecto concibe una cosa); y, el segundo es el *juicio* (llamado composición o división según sea afirmativo y refiera un predicado a un sujeto, o negativo y separe un predicado de un sujeto).

En sentido amplio estos actos son actos de la razón, pero hay un tercero que es el *discurso*, por el que la razón pasa de una cosa a otra, a fin de llegar, por medio de lo que es conocido, al conocimiento de lo que es ignorado. El juicio como elemento perteneciente al discurso se llama “proposición”. La propiedad principal de un juicio (o proposición) es su verdad o falsedad. Únicamente por aquí se introduce en lógica el problema de la verdad. La verdad lógica designa la conformidad del intelecto con la realidad, pero la verdad lógica no existe sino en el juicio, y en modo alguno en la simple aprehensión.

No obstante Manuel Rivera Silva se queda corto cuando asegura que “El hombre sintiendo su impotencia para llevar al intelecto la plenitud histórica, se ha contentado con captar franjas de ella constituyendo éstas, en sentido vulgar, la verdad histórica.”¹³ Y si su aseveración no tiene la extensión que le corresponde es porque al ser humano le ha sido posible ir apalabrando la realidad. En derecho penal este concertar de palabra algo se le ha denominado “teoría del delito” y tiene un desarrollo asombroso.

El sistema tasado de prueba obstruye no la vigencia de las finalidades correccionales, sino la función política de la teoría del delito. En efecto, para que el juzgador verifique si se halla en presencia de un delito, debe responder varias preguntas. La teoría del delito pone en orden esas preguntas dentro de un sistema, en el que cada respuesta es un concepto teórico que inevitablemente cumple una función política como parte de la general función política de reducción y contención del poder de castigar, función que caracteriza a todo el sistema.

El primer interrogante es acerca del sustantivo del delito: el delito es –ante todo y en definitiva– una conducta humana. Por tanto, lo primero que debe responderse es si hay sustancia, sustantivo, o sea, una conducta, presuponiendo que existe un ser humano. Este sustantivo se convierte en delito cuando recibe tres adjetivos (o caracteres específicos): tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La indagación acerca del delito es escalonada: constatada la ausencia de conducta –falta de sustantivo– no tiene sentido preguntarse por los adjetivos; verificada la conducta pero constatada la atipicidad, tampoco se pregunta por los restantes adjetivos de ésta. Verificada la tipicidad, si la conducta típica está justificada, no hay injusto penal y no se pregunta por la culpabilidad. Sólo se

¹³ RIVERA SILVA, M. *Ob. Cit.*, p. 187.

pregunta acerca de las causas de inculpabilidad cuando se está en presencia de un injusto penal (conducta típica y antijurídica).

No es por casualidad que cada diligencia o actuación procesal debe comenzar por señalar lugar y fecha de realización. El proceder gradual, escalonado, estratificado o por pasos en la indagación del delito como verdad histórica, es converge en el derecho procesal penal dentro del problema de las instancias y, como en un acto de prestidigitación, este problema se une con los problemas espaciotemporales del proceso penal.

Periodizar, es decir, establecer periodos para el proceso penal, es una idea arraigada en los mexicanos. En materia procesal penal, la primera instancia se divide en dos estadios: uno de investigación del delito y otro de valoración de las pruebas. Se sustenta que se trata de una división de preeminencia, ya que en ambas se investiga y se valora, pero es verdad que en la primera prevalece la investigación y en la segunda la valoración. Es a través de la valoración – que se encuentra desde la elección de los datos de prueba – como se pasa de la verdad de *lo que es* a la construcción de la verdad *que debe ser*.

Bibliografía

- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1974.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Compendio de Derecho Procesal*, Editorial Humanitas, México 1989.
- CASTILLO GARRIDO, Salvador. *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*. UNAM, México 2012. 188 pág.
- DUCH, Lluís. *Estaciones del laberinto. Ensayos de antropología*, Editorial Herder, España 2004.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo y Rubén Sánchez Gil. *Codificación Procesal Única en la República Mexicana a la luz del Sistema Acusatorio*, SETEC-SEGOB del Gobierno Federal, México 2012. 134 pág.
- FOUCAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, España 1998.
- HERNÁNDEZ FLORES, Víctor Manuel. *Notas del curso Procedimientos en la Maestría en Ciencias Penales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V., Xalapa, Veracruz, México 1977. Inéditas.
- MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador. “La Licenciatura en derecho de la Universidad Veracruzana y la implantación de los juicios orales”: *Letras Jurídicas*, N° 27, Xalapa, Veracruz, México, fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013, <http://www.letrasjuridicas.com/Volumen27.html>

- RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*, Editorial Porrúa S. A., México 1967.
- ROMERO GUERRA, Ana Pamela y otros. *Las pruebas en el sistema penal acusatorio*, SETEC-SEGOB del Gobierno Federal, México 2012.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. "Atributos de un juez constitucional", *El Universal* (19 de julio 2012, misma fecha de consulta): www.eluniversal.com.mx
- VON WRIGHT, George Henrik. "Ser y deber ser", en *La normatividad del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, España 1997.