



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia.

TRABAJO TERMINAL DE GRADO

Modalidad: Trabajo terminal de grado por artículo especializado

Que para obtener el grado de:

Maestra en derecho

con área terminal en Derechos Humanos

Presenta:

Lic. En Crim. Yadira Calixto Contreras

Tutor Académico:

Dr. En D. Edgar Ramón Aguilera García

Tutores adjuntos:

Dra. En D. Alejandra Martínez Flores

Mtro. Luis Fernando Ayala Valdés

Toluca, México Abril 2017.

Índice.

Protocolo de investigación.....	5
Objeto de Estudio.....	5
Planteamiento del problema.	5
Hipótesis.....	6
Objetivo General.....	6
Objetivos Específicos.....	6
Marco teórico.....	6
Estado del Conocimiento del objeto de estudio.	8
Metodología General.	9
Oficio de publicación.....	10
Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia.....	11
Resumen.....	11
Introducción: Una visión “veritativo-promotora” o “conducente a la verdad” del proceso jurisdiccional.....	12
La visión “veritativo-promotora” del proceso jurisdiccional y la “tradición racionalista de la prueba”	15
Principales detractores de la tradición racionalista de la prueba: La tesis de la verdad formal o estrictamente jurídica y la concepción fragmentaria de la prueba.....	17
Más problemas con la tesis de la verdad formal y una propuesta de solución al enredo (especialmente apropiada para la materia penal)	19
Culpabilidad material y declaración de inocencia formal (o probatoria): De cómo el objetivo de proteger a las personas materialmente inocentes incide en el diseño de un proceso penal tendente a que sus errores sean mayoritariamente absoluciones falsas	21
Procesos penales “garantistas”, <i>¿sólo en el papel?</i>	30
Recomendaciones y sugerencias.....	38
Referencias Bibliográficas.....	44

Protocolo de investigación.

Objeto de Estudio.

Derecho de Presunción de inocencia en la etapa de investigación.

Planteamiento del problema.

Durante muchos años en México se han presentado diversas formas de llevar a cabo la investigación de conductas delictivas, dichos procedimientos en muchas ocasiones no se apegan al respeto a los Derechos Humanos, en específico al Derecho de Presunción de Inocencia.

La serie de problemas que se presentan en la investigación de un delito son de diferente naturaleza, entre ellas la falta de recursos económicos para llevar a cabo la investigación criminal, falta de tiempo para investigar eficazmente la comisión de un delito, poco tiempo para vincular a proceso, entre otros.

Debido a las situaciones antes mencionadas se presenta una forma de investigar poco adecuada, en la cual pareciera ser que tratan de apegarse a un número estadístico para hacer creer a la ciudadanía que trabajan, ya que muestran resultados, que en su mayoría son de gente que se presume culpable, aunque las pruebas indiquen lo contrario. Aunado a ello, se presentan problemas entre los cuales influye la perspectiva de los jueces, misma que influye en la toma de decisiones, la cual es poco fácil de cambiar, ya que son propias del sujeto.

Por estas razones, surge la necesidad de proponer una serie de apoyos forenses los cuales disminuirán los efectos antes mencionados y a su vez protegerán el Derecho de Presunción de Inocencia.

Hipótesis.

La implementación del perfil criminal de sujetos desconocidos podrá colaborar en promover la búsqueda de la verdad y apuntalar el respeto al Derecho de Presunción de Inocencia durante la investigación criminal.

Objetivo General

Diseñar una técnica para mejorar la investigación de un delito y apuntalar el respeto al Derecho de presunción de inocencia.

Objetivos Específicos

- Analizar la visión veritarivo-promotora o conducente a la verdad del proceso jurisdiccional.
- Investigar la tradición racionalista de la prueba, así como sus principales detractores.
- Diferenciar la forma de proteger a las personas materialmente inocentes.
- Examinar la participación interdisciplinaria del Derecho y de la Criminología en la investigación de un delito.
- Debatir el Derecho de Presunción de Inocencia.

Marco teórico.

Teoría mínimo garantista.

El derecho penal debe perseguir la finalidad tanto de prevenir y/o disminuir la violencia delictiva, como prevenir y/o disminuir la imposición, por parte del Estado, de penas arbitrarias y desproporcionadas.

El Derecho Penal debe actuar como la “ley del más débil” ya que su propósito consiste en proteger a los ciudadanos de ser víctimas de delitos, así mismo, los acusados que son procesados y sentenciados los protege de ser víctimas de abuso por parte de las autoridades.

Ferrajoli maneja dos costos:

1.- Costo de la justicia. Restricción de la libertad, prohibición de conducta respaldada por amenazas de sanción en caso de trasgresión, sometimiento coactivo a juicio de todo sospechoso de desvío penal y represión o punición.

2.- Costo de la injusticia. Cifra de ineficiencia: delincuentes ignorados por el sistema (impunes), cifra negra.

Inocentes “reconocidos como tales” por sentencias absolutorias después del proceso. Inocentes absueltos por proceso y quizá haber estado preventivamente encarcelados. Inocentes encarcelados y después absueltos en el proceso de revisión (Apelación). Inocentes víctimas de errores judiciales no reparados (receptores de condenas falsas en su contra).

Si la cifra de injusticia es alta, las víctimas llevan a cabo justicia por su propia mano, con arbitrariedades lo que genera más injusticia. Pareciera ser que el Estado se estaría utilizando maquinaria para hacer culpables y evitar la justicia por su propia mano.

Sólo se justifica si continuamente se mantienen en valores bajos, situación que contribuye de forma crucial la estricta observancia por parte del Estado, de las garantías procesales las cuales constituyen límites o vínculos impuestos al poder público para asegurar el ejercicio de derechos fundamentales, en especial lo que operan en el contexto de un proceso penal a favor del acusado.

El costo más alto se paga por el nuevo derecho penal instaurado. Para mantener valores bajos, el Estado debe implementar y observar rigurosamente las garantías procesales a favor del acusado para materializar la minimización de penas arbitrarias que mediante el proceso puedan imponerse a las personas.

Estado del Conocimiento del objeto de estudio.

El Derecho de Presunción de Inocencia en la actualidad se ve mermado por una serie de prácticas poco adecuadas por parte de las personas que llevan a cabo una investigación criminal.

En la República Mexicana se ve constantemente violaciones a Derechos Humanos, entre las más comunes se encuentra la violación al derecho antes mencionado, mediante prácticas como lo son detenciones ilegales, homicidios que surgen como consecuencia de la participación de personal del Ejército Mexicano, los cuales no tienen el suficiente conocimiento para poder tratar adecuadamente a las personas que se presumen ser culpables de haber cometido un delito.

A pesar de que México participa en diversos Tratados Internacionales, aún se llevan a cabo prácticas que violentan Derechos Humanos, incluso en el reporte que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al año 2015 se hace referencia a diversas violaciones a los Derechos Humanos entre las que destacan desapariciones, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, entre otros.

Entre algunas de las razones por la cuales se puede llegar a presentar la violación al Derecho de Presunción de Inocencia se encuentran la idiosincrasia de las personas que administran el Derecho, estados o actitudes mentales, emociones, entre otros; por ello surge la necesidad de apoyarse de alguna ciencia que pueda disminuir los efectos de estos factores en la toma de decisiones que tengan como consecuencia castigo a los presuntos delincuentes que podrían ser inocentes.

Debido a la situación antes mencionada, surge la necesidad de proteger el Derecho a la Presunción de Inocencia, para proteger y respetar este derecho pero a través de la participación de ciencias que puedan proporcionar aportes diferentes pero que tengan mayor apego al método científico, para así evitar que las personas menoscaben el

Derecho de presunción de inocencia, aunado a que haya pruebas con validez científica.

Metodología General.

Método analítico-sintético. Es un método que consiste en la separación de las partes de un todo para estudiarlas en forma individual (Análisis), y la reunión racional de elementos dispersos para estudiarlos en su totalidad. (Síntesis) (Anónimo, p. 3)

Método inductivo-deductivo. Sirve para llevar a cabo un estudio de lo general a lo particular y de lo particular a lo general, en el trabajo de investigación.

**SOCIEDAD MEXICANA DE CRIMINOLOGÍA
CAPÍTULO NUEVO LEÓN, A.C.**

Puebla, México a 11 de noviembre de 2016.

Asunto: Aceptación de artículo.

**M. EN D. P. FÉLIX DOTOR GALLARDO
COORDINADOR DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MÉXICO
Presente.-**

Por medio del presente, reciba un saludo, el motivo es notificar que su artículo: “Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia”, de los autores: Dr. Edgar Ramón Aguilera García y Lic. Yadira Calixto Contreras, ha sido aprobado y publicado en el volumen VII agosto-diciembre 2016, año 4, y que puede consultar en la página: <http://somecrimnl.es.tl/VII-agosto-diciembre-2016.htm>.

Sin más, se reitera la invitación a continuar enviado sus artículos.



**Sr. Wael Hikal
Director de la revista**

Eduardo Livás Villarreal 210, Nuevo periférico sector 1, 66423, San Nicolás, Nuevo León, México.
Correo: somecrimnlac@gmail.com Página: www.somecrimnl.es.tl.

Fecha de recepción: 06/04//2015

Fecha de aceptación: 11/06/2016

Aportaciones al mejoramiento de la investigación del delito para promover la averiguación de la verdad y apuntalar el respeto al derecho de presunción de inocencia

Some suggestions to increase the quality of criminal investigations in order to promote the discovery of the truth, and to fully respect the right to be presumed innocent

Edgar Ramón Aguilera García¹

edgaraguilera50@hotmail.com

Yadira Calixto Contreras²

yadirac_contreras@yahoo.com

Resumen

Los objetivos que el trabajo persigue son los siguientes: 1) exponer y defender una visión “veritativo-promotora” (o “conducente a la verdad”) del proceso jurisdiccional en general, y del proceso penal en particular; 2) explicar los vínculos que esta visión mantiene con el modelo teórico “mínimo y garantista” de Luigi Ferrajoli; 3) determinar, en términos generales, si en la experiencia estadounidense y mexicana el proceso penal funciona o no como un mecanismo garantista que respeta la presunción de inocencia y que tiende a averiguar la verdad, y; 4) hacer algunas recomendaciones de política pública para mejorar el desempeño de la investigación penal.

¹ Profesor investigador del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Universidad Autónoma del Estado de México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, nivel I.

² Licenciada en Criminología; estudiante de maestría en la Universidad Autónoma del Estado de México.

Abstract

Our objectives in this article are the following: 1) to provide and defend a “truth-promoting” view of the legal process, and in particular, of the criminal justice system; 2) to explain the links between this view and Luigi Ferrajoli’s minimal and warrant-centered theoretical model of the criminal process; 3) to determine the extent to which, in practice, the American and the Mexican criminal processes actually respect the presumption of innocence and promote the discovery of the truth about the respective crime, and; 4) to offer some public policy suggestions in order to increase the quality of criminal investigations in general.

Palabras Clave

Investigación del delito, presunción de inocencia, doctrina del “garantismo” penal, tradición racionalista de la prueba jurídica, averiguación de la verdad

Key Words

Criminal investigation, presumption of innocence, the “Garantismo” doctrine, rationalist approach to legal proof, the discovery of the truth

I. Introducción: Una visión “veritativo-promotora” o “conducente a la verdad” del proceso jurisdiccional

Es un lugar común afirmar que el hombre es un ser que, para sobrevivir, tiende a formar grupos o comunidades de toda clase, es decir, ámbitos o espacios de interacción social más o menos permanente en los que se implementan diversos esquemas de coordinación y de cooperación mutua -con múltiples grados y fórmulas de estratificación y de distribución de labores y roles-, para conseguir la satisfacción de distintas necesidades colectivas.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas, pues cuando en el panorama introducimos la extrema complejidad de la convivencia humana, ello sin remedio conduce a que, a ese carácter inherentemente gregario de nuestra especie al que aludimos, inmediatamente tenga que adicionarse la presencia permanente, tanto del

conflicto entre sus miembros, como de la necesidad de que dicho conflicto y sus consecuencias sean gestionados, con el propósito, si no de erradicarlos del todo -ya que ello es virtualmente imposible-, sí de contenerlos o aminorarlos.

Pues bien, desde una perspectiva sumamente abstracta, y en congruencia con las ideas anteriores, podemos concebir a las normas jurídicas como un pronunciamiento prescriptivo (relativamente estable e idealmente resultante del método democrático de toma de decisiones), que comunica a sus destinatarios la forma en que la autoridad legítima y legalmente constituida desea que el conflicto, en sus diversas modalidades o manifestaciones, sea resuelto o, al menos, procesado, procurando que esto ocurra en el marco más pacífico posible.

El medio por excelencia del que el derecho echa mano para aplicar sus disposiciones -o sea, esas decisiones tomadas con anterioridad acerca de cómo lidiar con los diversos tipos de conflicto social que pueden surgir en la cotidianidad, como los originados en el incumplimiento de contratos de toda clase o en las conductas comisivas u omisivas que lesionan gravemente (o ponen en peligro de lesión), ciertos bienes jurídicamente tutelados por la ley penal, como la integridad física de las personas, su vida, su patrimonio, etc.-, no es otro que lo que conocemos genéricamente con el nombre de "*proceso jurisdiccional*".

Por obvia que parezca la aseveración previa, es conveniente hacerla aquí debido a que no se suele reparar en sus implicaciones. A continuación, nos referiremos a dos de ellas:

La primera es que cosas como la conciliación, la mediación y/o el arbitraje, no deberían entenderse como medios de solución de conflictos *alternativos al proceso* (que es lo que comúnmente se sostiene), sino como medios *alternativos al derecho*. En otras palabras, el proceso existe para aplicar una decisión *preliminar* sobre cómo lidiar con cierta clase de circunstancias generadoras de controversia, misma que se halla expresada en alguna norma jurídica (como la que establece cierta consecuencia, sanción o pena para alguno de los involucrados); y mecanismos como los mencionados, existen para que, si se dan ciertas condiciones, los litigantes tengan la posibilidad de optar por alejarse -siempre dentro de ciertos límites-, de la solución

predeterminada que el derecho establece para su caso. Por ello hemos tildado de *preliminar* a la decisión contenida en la norma jurídica relevante.

La segunda implicación de haber afirmado que el proceso jurisdiccional es esencialmente un medio para aplicar las normas jurídicas pertinentes, que es la que consideramos de mayor importancia para nuestros propósitos en este trabajo, tiene que ver con la *tendencia* a averiguar la verdad, es decir, a descubrir lo que en realidad sucedió, que todo proceso -con independencia de la cultura jurídica de la que emane-, debería exhibir si ha de situarse lo más cerca que se pueda del escenario *ideal* en el que el derecho se aplica *correctamente*.

Y es que la aplicación *correcta* del derecho se obtiene cuando, entre otras cosas, las consecuencias que las normas jurídicas vinculan a ciertos supuestos generales (es decir, a ciertas clases de situaciones, conductas, personas, etc.), son impuestas precisamente *a todos y sólo* a los hechos que, por sus características, pueden considerarse instancias concretas -o casos específicos-, de dichos supuestos. Esto quiere decir que es *a todas y sólo* a las conductas (acciones u omisiones), realmente llevadas a cabo por sus destinatarios, a lo que el derecho y las consecuencias que contempla en sus normas, deben aplicarse, y no a lo que ciertos funcionarios -luego del seguimiento de cierto protocolo y siendo influenciados, entre otros factores, por su idiosincrasia, prejuicios y emociones-, terminan creyendo, no creyendo, aceptando o no aceptando sobre aquellas, por la simple razón de que las proposiciones con respecto a las que se gestan tales estados o actitudes mentales, pueden ser falsas, y, por tanto, no corresponder con la realidad.

En efecto, no parece haber escapatoria a que la aplicación del derecho esté *mediada* por la actividad mental del juzgador (así como por los productos resultantes de dicha actividad en términos de creencias, o de otros estados como el de la aceptación de ciertas proposiciones fácticas). En última instancia, es él quien tiene la responsabilidad de tomar una decisión, y ello pese a no haber estado ahí para presenciar directamente los hechos jurídicamente relevantes de los que quiere cerciorarse. Lo que le queda es echar mano del material probatorio que normalmente toca a las partes suministrar, a los efectos de reconstruir -en su fuero interno, y *permanentemente bajo el riesgo de equivocarse*-, lo que piensa que ocurrió. Por eso caracterizamos a la averiguación de

la verdad como una *tendencia* o una *propensión*, y por eso también hablamos de la aplicación del derecho a los hechos que realmente acontecieron, como un *ideal*; a lo que hay que agregar que su materialización significativa depende de la seriedad con la que se debiera asumir el compromiso constante de hacer que las reglas y prácticas procesales y probatorias que se instauren, concuerden con las exigencias básicas de la racionalidad general (aquella que rige las actividades de los *sistemas genuinos de investigación empírica*, tales como los conformados por las ciencias naturales y/o sociales, también llamadas ciencias duras y/o suaves o blandas).

II. La visión “veritativo-promotora” del proceso jurisdiccional y la “tradición racionalista de la prueba”

La visión “*veritativo-promotora*” (o “*conducente a la verdad*”) del proceso jurisdiccional que venimos exponiendo, hunde sus raíces en la denominada “tradición racionalista de la prueba jurídica”. Como es sabido, Jeremy Bentham es considerado uno de los principales precursores de esta tradición en el mundo anglosajón (Ferrer, 2013, p. 21).³ No obstante, dicha aproximación al estudio del fenómeno probatorio en el derecho no es exclusiva del *Common Law*, de tal suerte que, también en el ámbito romano-germánico, encontramos rastros de su influencia, primordialmente en los trabajos de autores como Michele Taruffo (Taruffo, 2011; 2010; 2008), Daniel González Lagier

³ En efecto, Bentham presenta la imagen clásica de la tradición racionalista de la prueba en el derecho, la cual ha sido resumida por Twining como la postura que sostiene que un sistema jurídico no debe contener “ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el *quantum* de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico” (Ferrer, 2013, p. 23). Y es que para Bentham (y para la tradición racionalista en general), la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la *averiguación de la verdad*. Lo anterior debido a que el autor asume que el proceso debe garantizar la *correcta aplicación* del derecho sustantivo. Por su parte, garantizar la correcta aplicación del derecho presupone que el proceso se asegure que *todos* y *sólo* los infractores de las normas jurídicas sean sancionados, lo cual a su vez requiere que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido, es decir, que los enunciados declarados probados sean *verdaderos* y que los enunciados falsos no sean declarados probados. Partiendo de las premisas previas, según Bentham, la mejor forma de alcanzar el objetivo de averiguar la verdad es mediante una metodología “*natural*” para obtener conocimiento, propia del sentido común y de la epistemología general y *no a través del derecho probatorio* que, en la época del autor, estaba básicamente conformado por un conjunto de reglas de exclusión de evidencia que limitaban las posibilidades de conocimiento de los hechos (de ahí la configuración de una postura *abolicionista* respecto del derecho procesal probatorio, típica de la tradición racionalista) (Ferrer, 2013, p. 22).

(González, 2013a; 2013b; 2009), Marina Gascón (Gascón, 2004), Jordi Ferrer (Ferrer, 2013; 2011; 2010; 2007; 2005), entre otros.

Pues bien, de manera muy breve, podemos decir que la tradición racionalista de la prueba en el derecho se caracteriza por sostener: 1) que el objetivo institucional de la actividad probatoria que se desarrolla en un proceso judicial -con independencia de los objetivos, metas o intereses que las partes y/o el juez puedan tener en función del papel que desempeñan y/o de otras motivaciones-, es la *averiguación de la verdad*, es decir, la formulación -con base en los resultados de dicha actividad-, de descripciones tendencialmente verdaderas en el sentido de que, con la mayor frecuencia posible, se *correspondan* con los hechos ocurridos (Ferrer, 2007, pp. 19-20); 2) que, dada la falibilidad de nuestro acceso epistémico a hechos acontecidos en el pasado -que persiste incluso cuando se cuenta con todos los medios de prueba relevantes y fiables y cuando se extraen cautelosamente las inferencias más apropiadas a partir de la información que aquellos contienen-, la averiguación de la verdad inmediatamente se transforma en -o se complementa con-, el objetivo de reducir al mínimo inevitable, los errores consistentes en declarar probadas proposiciones falsas y en declarar no probadas proposiciones verdaderas (Bayón, 2010, p. 10 y Laudan, 2013, p. 22), y; 3) que las reglas procesales deben incorporar o no impedir que el proceso, y particularmente quien interpreta el rol de juzgador de los hechos, -que puede ser el propio juez, un órgano judicial colegiado o el jurado-, se guíe por los principios básicos de la *epistemología general* para la adquisición y la valoración de las pruebas, en virtud de que ello permite maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos del caso, coincida con lo que realmente aconteció. (Ferrer, 2007, pp. 19-20).

III. Principales detractores de la tradición racionalista de la prueba: La tesis de la verdad formal o estrictamente jurídica y la concepción fragmentaria de la prueba

La tradición racionalista de la prueba enfrenta no poca resistencia, misma que proviene, tanto de juristas teóricos, como de juristas prácticos, sean estos abogados postulantes o incluso, jueces de todas las instancias. A nivel doctrinal o dogmático, la

resistencia referida suele tomar la forma de la llamada “tesis de la verdad formal o estrictamente jurídica” (para distinguirla de la “verdad material o histórica”), y de la denominada “concepción fragmentaria (o escindida) de la prueba en el derecho” (para distinguirla de lo que se entiende por “prueba” en otros contextos no-jurídicos) (Ferrer, 2005, pp. 55-78; 2007, pp. 23-28).

En lo que respecta a la tesis de la verdad formal, se trata de una postura que, a los efectos de intentar legitimar al proceso jurisdiccional hacia el exterior, establece un vínculo meramente retórico y superficial entre lo que ocurre al interior de dicho proceso y la verdad. Sin embargo, la noción de verdad que este nexo invoca es de un tipo muy *limitado* si se le compara, por ejemplo, con la verdad que solemos suponer que buscan -y que frecuentemente obtienen-, los científicos (sobre todo, los que cultivan las llamadas “ciencias duras”). Nos explicamos:

Se piensa que, en contraste con los casos paradigmáticos de actividad científica en los que sí corresponde decir que los participantes van tras la “*verdad material*”, esto no es posible en el marco de un proceso judicial, pues en este ámbito se opera bajo férreas restricciones que dificultan en extremo su obtención. Una de las más evidentes consiste en la necesidad de que, en un tiempo relativamente corto, con recursos escasos y tomándose generalmente en cuenta sólo la información que aportan las partes, ineludiblemente se tome una decisión práctica que impactará la esfera de derechos y obligaciones jurídicas de aquellas. Además, el diseño de los procedimientos o protocolos de actuación que en el ámbito jurídico rigen la actividad probatoria en términos de la adquisición y valoración de la evidencia respectiva, no puede dejar de ser sensible a consideraciones extra-epistémicas (como el respeto a los derechos del imputado en materia penal), que son, al menos, igual de fundamentales (o incluso más, según algunos) que la determinación verdadera de los hechos. Siendo esto así –y aquí la tesis de la verdad formal une fuerzas con la concepción fragmentaria (o escindida) de la prueba-, debemos renunciar a la noción de prueba propia de contextos ajenos al derecho, en los que se le concibe preponderantemente (e incluso, exclusivamente), como un medio para la averiguación de la verdad, y optar entonces por una que sea capaz de incorporar (y dar cuenta de) las peculiaridades mencionadas. Así mismo, se debe renunciar a la correspondencia

con la realidad (externa e independiente del proceso), como el criterio de corrección o de justificación de las decisiones de los jueces. En su lugar, es más conveniente emplear el parámetro que consiste en el estricto seguimiento del procedimiento previamente establecido.

Entre las ventajas más importantes de asumir esta visión se cuenta el que nos permite escapar del dilema de tener que escoger entre rechazar toda relación entre la prueba (o la actividad probatoria) y la verdad, o aceptar que entre ambas –prueba y verdad-, existe una conexión *conceptual* (o excesivamente fuerte), de acuerdo con la cual, que los enunciados respectivos sean verdaderos, se vuelve una *condición necesaria* de su correcta declaración como enunciados probados.⁴ Sin embargo, según Ferrer (2005, pp. 55-78), se trata de una salida falsa al dilema planteado, ya que, si bien elude el problema de que la eventual falsedad de los enunciados *correctamente* declarados probados (“correctamente” en el sentido de haberse seguido puntualmente el procedimiento instaurado) invalide su calidad (o estatus) de “enunciados probados”, el énfasis en que el juez se apegue rigurosamente al procedimiento como el único o más importante criterio de corrección de las sentencias, aunado a la actitud indiferente hacia la posible configuración contra-epistémica de dicho procedimiento, conducen a la tesis de la verdad formal y a la concepción fragmentaria de la prueba, a perder contacto con el mundo empírico-social, es decir, con los hechos realmente ocurridos (por más que quieran llamar “verdad” a los resultados del proceso).⁵

IV. Más problemas con la tesis de la verdad formal y una propuesta de solución al enredo (especialmente apropiada para la materia penal)

Otro problema grave con el que se enfrenta la tesis de la verdad formal o jurídica es que, al diferenciar entre una supuesta verdad “formal” y otra “material”, en realidad

⁴ En otras palabras, la tesis de la verdad formal se ubicaría en el centro de dos posiciones extremas, la que establece una relación *demasiado fuerte* y la que entabla una *demasiado débil* (o incluso, inexistente) entre prueba y verdad.

⁵ Podemos decir entonces que la tesis de la verdad formal *sólo aparenta* establecer una conexión sólida –aunque no tan fuerte como la de la conexión conceptual-, entre prueba y verdad, ya que en realidad se trata de una forma más sutil o sofisticada de optar por el primer cuerno del dilema en cuestión; es decir, de rechazar toda liga entre ambas.

confunde a la prueba de un hecho, con la verdad del enunciado que lo describe. ¿Por qué es importante no confundir estas cuestiones?

De forma breve, pero contundente, porque verdad, sólo hay una, y ella se obtiene sólo cuando un enunciado descriptivo de ciertos hechos corresponde con la realidad. Por su parte, que un suceso, un hecho o ciertas circunstancias hayan quedado probados, no significa *necesariamente* que hayan ocurrido, y viceversa, de que ciertos hechos, sucesos o circunstancias no hayan sido probados, no se sigue siempre que no hayan acontecido.

Si esto es así, por más que queramos persistir en llamar verdad (adicionándole el calificativo de nuestra preferencia, como “formal” o “estrictamente jurídica”), a lo que, con base en la valoración de las pruebas respectivas, haya quedado oficialmente asentado en una sentencia judicial, y por más que, desde un punto de vista meramente pragmático, lo único que le importe a los abogados y a sus clientes sea lo que se puede o no probar en el contexto de un juicio, así como las consecuencias que se siguen de ello, si el veredicto del juzgador no coincide con la realidad, éste simplemente *no es verídico* y, por tanto, es erróneo, aunque se haya cumplido escrupulosamente con las reglas del proceso (es decir, pese a que se trate de un veredicto jurídicamente válido). Y es que, si decimos de un veredicto así, que es verdadero formal o jurídicamente hablando, aunque no lo sea desde la perspectiva material o histórica, lo que estamos sosteniendo es que ese veredicto es verdadero y simultáneamente falso, lo cual es contradictorio, o que es verdadero, pero no tanto o sólo a medias, lo cual, también es un contrasentido.

Pues bien, para preservar la intuición correcta de que las conclusiones fácticas a las que se llega en un proceso pueden diferir de lo que de hecho pasó, pero evitando las complicaciones y confusiones a las que conduce el hablar de verdades de diversas clases o grados, seguiremos aquí la sugerencia de Laudan aplicable a la materia penal, consistente en distinguir, más bien, entre la culpabilidad y la inocencia materiales de una persona, y su culpabilidad e inocencia formales o probatorias (Laudan, 2013, pp. 37, 147-151).

En este sentido, y a manera de ejemplo, que Juan sea culpable o inocente materialmente hablando, tiene todo que ver con que dicho sujeto, en efecto, haya

privado dolosamente de la vida o no, a Pedro. Si lo hizo, es materialmente culpable (en este caso, de homicidio doloso simple); de lo contrario, es materialmente inocente (con respecto a ese hecho). Nótese que, si se sigue o no un proceso en contra de Juan -lo cual depende, entre otros factores, de qué tan arraigada se encuentre la cultura de la denuncia en una sociedad determinada o de qué tan grande sea la denominada *cifra negra* en un momento dado-, e incluso si es hallado culpable al final del mismo, es irrelevante para la cuestión de su culpabilidad o inocencia materiales.

Por su parte, que Juan sea formalmente culpable o inocente, tiene que ver no necesariamente con si cometió o no ciertas conductas, sino, y aquí sí necesariamente, con que se le haya imputado el delito respectivo, con que se hayan logrado recabar o no, las pruebas pertinentes en el marco de un proceso, y con que se haya considerado o no, que aquellas confirman la hipótesis de su culpabilidad al nivel establecido por el estándar de prueba vigente (el cual, suele ser muy exigente, al menos en teoría). Si las pruebas recolectadas satisfacen dicho umbral de suficiencia, Juan será formal (o probatoriamente) culpable; de lo contrario, será formal (o probatoriamente) inocente.

Ahora bien, en efecto, la culpabilidad y/o la inocencia material de Juan o de cualquier persona, puede coincidir con su culpabilidad y/o inocencia formal declarada -a través de la sentencia respectiva-, al término de un proceso. Esta situación constituye el ideal al que debemos aspirar. Pero también puede haber falta de coincidencia. En estos casos, puede ser que Juan sea materialmente inocente y que, no obstante, sea hallado formalmente culpable por medio de una sentencia condenatoria falsa, misma que declara probados los hechos descritos por proposiciones que resultan falsas, y, por tanto, responsabiliza a Juan de haber incurrido en esos hechos, preparándolo así para experimentar las consecuencias punitivas que correspondan, que, en justicia, no debería sufrir. Así mismo, puede suceder que Juan sea materialmente culpable y que, sin embargo, sea hallado formalmente inocente a través de una sentencia absolutoria falsa, misma que declara no probados los hechos descritos por proposiciones que son verdaderas y, por tanto, libra a Juan de tener que sufrir el castigo que, también en justicia, debería experimentar.

En estos casos de veredictos erróneos -en los que, pese a su inocencia material, el sujeto es formalmente declarado culpable y en los que, pese a su culpabilidad material,

el sujeto es formalmente declarado inocente (o “no-culpable”, como ocurre en el mundo anglo-sajón)-, no incurrimos en contradicciones, y ello en virtud de que las categorías “culpable” e “inocente”, sí admiten clases (como las referidas, es decir, material y formal), cosa que no sucede con el concepto de “verdad”, cuando es bien entendido. Y es precisamente a la reducción al mínimo inevitable de estos veredictos erróneos, a lo que el diseño del proceso penal y su constante reforma, deberían estar encaminados, para lo cual, como dijimos antes, se debe asumir el compromiso permanente de hacer que las normas y prácticas procesales y probatorias que instauremos, sean compatibles con las exigencias básicas de la racionalidad empírica general, también conocida como epistemología.

V. Culpabilidad material y declaración de inocencia formal (o probatoria): De cómo el objetivo de proteger a las personas materialmente inocentes incide en el diseño de un proceso penal tendente a que sus errores sean mayoritariamente absoluciones falsas

Aún si el diseño y/o la reforma del proceso penal estuviera orientada a incrementar su potencial de averiguar la verdad, es decir, de reducir al mínimo la emisión de condenas falsas y de absoluciones falsas, no se puede evitar del todo el que el sistema produzca ocasionalmente estos veredictos, mismos que resultan erróneos desde una perspectiva epistemológica.

Con base en lo anterior, y al menos en el papel o en el discurso oficial, la mayoría de los procesos penales occidentales suelen estar diseñados de forma tal que, cuando se equivoquen (posibilidad que, como hemos insinuado, permanece latente pese a nuestros mejores esfuerzos), sea más probable que lo hagan emitiendo una de las clases de veredicto erróneo a la que nos referimos antes: Se trata del veredicto erróneo que consiste en declarar como formalmente inocente al acusado, pese a su (muy probable) culpabilidad material, a lo cual se le conoce como una absolución falsa (Laudan, 2013, p. 59).

Esto no significa que no se producirán condenas falsas -que es la otra clase de veredicto erróneo a la que aludimos-, sino que, a la larga, tomando en cuenta un conjunto más o menos extenso de resoluciones, su número será inferior al de

absoluciones falsas. Deseamos que ello sea así, en virtud de que, a las últimas, las consideramos como una suerte de “mal menor” o menos dañino que el ocasionado por las condenas falsas.

Ahora bien, para lograr que, en un periodo determinado, se obtengan distribuciones del error en las que las absoluciones falsas superen en abundancia a las condenas falsas, se echa mano, entre otras cosas, de la imposición a la fiscalía de la carga de la prueba, del establecimiento de un estándar severo de suficiencia probatoria (como el de “más allá de toda duda razonable”, la “convicción íntima del juzgador” o equivalentes), de la doctrina de la presunción de inocencia, etc. El efecto global de estas medidas consiste en introducir en la estructura del proceso, un amplio *beneficio de la duda* a favor del acusado, con miras a proteger a la persona materialmente inocente de la emisión de una condena falsa en su contra (Laudan, 2013, pp. 59-61). Para profundizar un poco, lo que en concreto hace la presunción de inocencia es establecer a la proposición de que el acusado es materialmente inocente, como la *hipótesis nula*, es decir, como la proposición a la que el juzgador debe aferrarse, como la tesis que debe aceptar (aunque no crea en ella), o de la cual no debe desprenderse, salvo en presencia de una teoría del caso ofrecida por la fiscalía, sustentada en pruebas *contundentes* de la culpabilidad del sujeto en cuestión.⁶

A la pregunta de qué tan contundentes deben ser esas pruebas, normalmente responde la regla procesal que fija el criterio de suficiencia probatoria a ser empleado, al que se conoce comúnmente como “*estándar de prueba*”. Como se ha mencionado, dicho estándar suele expresarse mediante frases como “*más allá de toda duda razonable*”, “*la convicción íntima del juzgador*” o equivalentes.⁷

Desde una perspectiva académica, a dichas frases se les interpreta como si impusieran como requisito para condenar a alguien, el que a la hipótesis de su culpabilidad le sea atribuible, con base en la valoración conjunta de las pruebas que

⁶ Para profundizar en la discusión de la naturaleza y características de la presunción de inocencia, recomendamos consultar las siguientes fuentes: (Laudan, 2013, pp. 137-163), (Ferrer, 2010) y (Nieva, 2016).

⁷ Para profundizar en la discusión del concepto de estándar de prueba, sugerimos consultar principalmente, las siguientes fuentes: (Laudan, 2013, pp. 59-136), (Aguilera, 2008) y (Vázquez, 2013).

obran en el expediente y que se desahogaron en juicio, una probabilidad de estar en lo correcto (o de ser verdadera), de alrededor del 90% (o de 0.9).

Como puede observarse, dichos estándares se alejan mucho del que normalmente usamos en contextos ajenos al derecho y que, aún dentro del propio derecho, rige otras áreas (tales como la mayoría de las controversias del orden civil). Ese estándar del que aquellos se alejan, razón por la cual se vuelven más difíciles de satisfacer, no es otro que el que se conoce como el estándar de “*la preponderancia de la evidencia*” o de “*la probabilidad prevaleciente*”, el cual es frecuentemente interpretado como la exigencia de que la hipótesis bajo examen supere el 50% de probabilidades de ser verdadera, para poder ser considerada probada.

El estándar de la preponderancia de la evidencia se suele implementar cuando consideramos que no hay una diferencia significativa en cuanto a los costos atribuibles a los errores en que la decisión respectiva podría incurrir. Pues bien, dado que en las sociedades occidentales normalmente se sostiene que las condenas falsas y las absoluciones falsas no son igualmente lesivas, dañinas o costosas, sino que se considera que las primeras lo son más que las segundas, por ello es que en el ámbito del proceso penal están vigentes estándares probatorios más demandantes que el de la preponderancia de la evidencia. Ello, como hemos dicho, con la finalidad de que, si y cuando se cometan errores, estos sean preferentemente absoluciones falsas, pues pese a que no se niega el daño que ocasionan a una comunidad, al menos ese daño es inferior al que se produce mediante la emisión de condenas falsas (Laudan, 2013, pp. 105-107).

De lo dicho, se siguen, al menos, dos cosas: La primera es que, para no quedar incompleta, la doctrina de la presunción de inocencia necesariamente debe ir acompañada de cierto estándar de prueba específico, pues ello tiene la función de explicitar el grado de contundencia probatoria con el que debe ir acompañada la teoría del caso de la fiscalía. Dicho grado de contundencia probatoria constituye información crucial en vista de que, sólo cuando es satisfecho, puede considerarse válidamente derrotada a la presunción de inocencia. Y la segunda es que, si ese estándar no es satisfecho, es decir, si las pruebas no alcanzan el nivel de contundencia establecido, el asunto ameritará la emisión de una absolución, pues la presunción de inocencia no

ha sido debidamente derrotada. Lo anterior, sin importar que la probabilidad que se haya atribuido a la hipótesis de culpabilidad, con base en la valoración de las pruebas respectivas, haya podido ser, por poner un ejemplo, del 70%, del 75%, del 80%, del 85% o del 89.999%.

Ahora bien, todos aceptaríamos que las probabilidades mencionadas al final del párrafo anterior (que van del 70% al 89.999%), son altas, o incluso, muy altas; y, sin embargo, al menos oficialmente, estamos dispuestos a absorber el costo de permitir que los sujetos cuyos casos exhiben esos grados de culpabilidad, se libren de las penas que correspondería aplicarles. ¿Por qué estamos dispuestos a tolerar esta cuota de impunidad estructural?

La respuesta es porque si disminuyéramos (por ejemplo, a un 70% de probabilidades de ser verdadera), el nivel de contundencia probatoria implícito en estándares como “más allá de toda duda razonable”, que la teoría del caso ofrecida por la fiscalía debe satisfacer, estaríamos, en efecto, en posibilidades de condenar válidamente en los casos que venimos tratando. El problema es que, a la vez -y debido a que en este escenario sería más fácil para el fiscal obtener una condena, precisamente porque el estándar de prueba es menos severo-, estaríamos creando un mayor riesgo para las personas materialmente inocentes, de ser condenadas; es decir, estaríamos aumentando el riesgo de ser injustamente castigadas para aquellas personas que, pese a que no cometieron el delito que se les imputa y por una combinación de circunstancias de diversa índole, formalmente *parecen* ser culpables. Y ello tal vez porque simplemente se encontraban en el lugar equivocado a la hora equivocada, y/o porque fueron erróneamente identificadas como los perpetradores del hecho por algún testigo que las confunde o que deliberadamente miente, y/o porque quizá son objeto de una estrategia de incriminación calumniosa echada a andar por el verdadero delincuente, un tercero, o, desafortunadamente, por las propias autoridades investigadoras, quienes pueden haber alterado la escena del crimen “sembrando” pruebas en su contra, y/o, incluso, haber obtenido una confesión por medios coactivos, etc.

Pues bien, crear un mayor riesgo para los materialmente inocentes de ser condenados es algo que, como se ha insistido, consideramos mucho más grave, y, por tanto, mucho

más merecedor de intentar evitarse, pese a que ello traiga consigo efectos colaterales. ¿Cuáles? Justamente los representados por las absoluciones probablemente falsas - en tanto que se pueden emitir en casos en que los acusados tienen grados de culpabilidad tan altos como los referidos antes (que pudieran oscilar entre el 70% y el 89.999%)-, pero jurídicamente válidas, que, por estar vigentes estándares como “más allá de toda duda razonable” o equivalentes, es plausible que se produzcan con frecuencia.

Quizá ahora quede más clara la importancia de haber destacado previamente que la prueba de un hecho no necesariamente implica que ese hecho haya ocurrido, y, sobre todo, que de no haber sido probado cierto hecho -para lo cual, la cuestión de qué tan severo o demandante sea el estándar de suficiencia probatoria vigente, es fundamental-, no se sigue siempre que dicho hecho no se haya verificado en la realidad. En este orden de ideas, si el estándar en cuestión es sumamente severo (como el actual, que exige 90% de probabilidades de ser verdadera a la hipótesis de culpabilidad), la conclusión más apropiada que se puede extraer de que el proceso respectivo haya culminado con una absolución, no es la inocencia material del acusado, sino sólo -aunque claro, crucial para efectos prácticos-, que el Estado falló a la hora de presentar un caso contundente (al nivel deseado) en contra del individuo en cuestión, razón por la cual se le exonera (y no porque se haya demostrado que no cometió el delito de que se trate).

Esto no quiere decir que el exonerado no pueda ser, en efecto, además de inocente formalmente hablando, también genuinamente inocente de los cargos (que es otra forma de decir que no todas las absoluciones que emiten los procesos de corte “garantista” estarán equivocadas), sino simplemente que a esa conclusión no se puede llegar sin más elementos que el que se haya determinado que no se reunieron las pruebas suficientes para considerar acreditada la culpabilidad del sujeto, en el marco de un proceso que, en principio, está diseñado para inclinar la balanza a favor de los intereses de los acusados, lo cual se manifiesta -no exclusivamente, pero sí de un modo muy relevante-, en requerir una absolución de parte del juzgador, apenas se haya percatado de la más tenue sombra o residuo de duda razonable (o de deficiencias), en las pruebas y en la teoría del caso del fiscal.

A estas alturas, cabe mencionar que el amplio beneficio de la duda a favor del acusado que con miras a disminuir el riesgo de que se condene a los genuinamente inocentes, se incorpora en la estructura y dinámica de la mayoría de los procesos penales occidentales, como efecto de la operación de dispositivos normativos como el de la imposición a la fiscalía de la carga de la prueba, el de la presunción de inocencia, el de un estándar de prueba, en principio, muy severo, etc., es plenamente congruente con los modelos teóricos que son considerados por muchos, como los más avanzados y civilizados de nuestro tiempo.

Uno de esos modelos, y quizá el más importante o de mayor influencia en la tradición continental (o romano-germánica), es el de Luigi Ferrajoli, quien, desde su concepción “*mínima y garantista*”, sostiene que el derecho penal (entendido como un todo integral que incluye al proceso respectivo), debe, si ha de ser legítimo, perseguir la finalidad, tanto de prevenir y/o reducir la violencia delictiva, como la de prevenir y/o reducir la imposición, por parte del Estado, de penas arbitrarias y desproporcionadas. En otras palabras, en la visión de Ferrajoli, el derecho penal debe actuar como “*la ley del más débil*”, en virtud de que su propósito debe consistir en proteger a los ciudadanos de ser víctimas del delito, pero igualmente, a los acusados, procesados y sentenciados, de ser víctimas de abusos por parte de las autoridades (Ferrajoli, 2009, pp. 331-336).

Con respecto al segundo de los fines del derecho penal (el de prevenir o reducir las penas arbitrarias y desproporcionadas, también formulado como el fin de la tutela del derecho de los procesados y condenados a la *inmunidad* respecto de actos arbitrarios de parte del poder público al instaurarse un proceso penal en su contra), Ferrajoli observa que ha sido generalmente olvidado, o, al menos, que no ha ocupado un lugar central en la reflexión. Sin embargo, Ferrajoli sostiene que ese objetivo es el *más significativo* y el que *merece ser enfatizado*, debido a las siguientes razones (Ferrajoli, 2009, p. 334):

- A) Porque es dudosa la idoneidad del derecho penal para materializar el objetivo de prevenir el delito (ello en virtud de que, por lo complejo del fenómeno de la criminalidad –que incluye componentes sociales, psicológicos, culturales, etc.–, su neutralización o desincentivación no queda garantizada por la presencia de reglas que prohíban la realización de ciertas

conductas, acompañadas de la amenaza de la imposición de una pena en caso de transgresión, ni por la constatación de que dichas penas se aplican en la mayoría de los casos, y ni siquiera por haber vivido en carne propia la experiencia de purgar una condena de prisión, que es lo que ocurre con los ofensores “reincidentes”);

B) Porque en contraste con la situación anterior, es más segura la idoneidad del derecho penal para proteger al sospechoso, acusado y/o condenado de abusos por parte de la autoridad, los cuales se manifiestan típicamente en forma de penas arbitrarias y/o desproporcionadas;

C) Porque sólo el fin de prevenir o reducir las penas arbitrarias y desproporcionadas -es decir, el fin de la tutela del inocente, aunado al de la minimización o moderación de la reacción punitiva del Estado contra el delito-, constituye una condición *necesaria y suficiente* para fundamentar el derecho penal mínimo y garantista que se propone, mismo que constituye un signo indubitable de las sociedades evolucionadas, y que, por tanto, se distancia de otros sistemas de control social inferiores o carentes de la legitimidad apropiada -como el policial, el disciplinario o el terrorista-, los cuales, pese a que seguramente son capaces de satisfacer de un modo más expedito y probablemente más eficiente, los fines de la defensa social y de la preservación del orden, relegan a un segundo plano al acusado y/o al condenado, al omitir instaurar diques en contra de los abusos que la autoridad puede cometer en contra de ellos (cosa que, como la historia lo ha mostrado, parece ser una inclinación natural de quienes detentan el poder).

Esta visión de que el objetivo de prevenir, reducir o minimizar las penas arbitrarias y desproporcionadas debe enfatizarse, está íntimamente relacionada –y se refuerza– con el análisis que Ferrajoli efectúa con respecto al problema de la justificación de los costos que representa la implementación de un sistema de derecho penal. A este análisis aludiremos a continuación (Ferrajoli, 2009, pp. 209-211):

Para nuestro autor, los costos referidos se dividen en dos categorías, la de los “*costos de la justicia*” y la de los “*costos de la injusticia*”. La primera de ellas comprende las restricciones a la libertad de acción de los individuos que resulta de la instauración de

prohibiciones de conducta respaldadas por amenazas de sanción en caso de transgresión; comprende también el sometimiento coactivo a juicio de todo sospechoso de desvío penal, y: por último, la represión o punición de todos aquellos juzgados culpables. Por su parte, la segunda comprende, tanto a la llamada “*cifra de la ineficiencia*” (la proporción de delincuentes ignorados por el sistema y, por tanto, impunes, a la que *grosso modo*, Ferrajoli identifica con la “*cifra negra*”⁸), como a la llamada “*cifra de la injusticia*”. Esta última, a su vez, comprende la de los inocentes “reconocidos como tales” por sentencias absolutorias, después de haber sufrido el proceso y quizá de haber estado preventivamente encarcelados; la de los inocentes sentenciados que posteriormente son absueltos por procesos de revisión (como la apelación); y la de los inocentes, víctimas de *errores judiciales* no reparados (es decir, receptores de *condenas falsas* en su contra).

Ahora bien, para Ferrajoli, los costos de la justicia y los de la cifra de la ineficiencia (o cifra negra), están justificados por cuanto la ausencia de cualquier clase de derecho y garantía penal provocaría costos mayores. Pero en la visión del autor, las cosas no son tan sencillas para el caso de la cifra de la injusticia, ya que invocar que las cosas serían peores si no se contara con el derecho penal y sus mecanismos, no alcanza para justificar su existencia, y menos, cuando dicha cifra es especialmente alta. En ese caso, es decir, si la cifra en cuestión es muy alta, el escenario resultante no es muy distinto al de dejar que la propia víctima y su comunidad lidien con las conductas antisociales de la forma que consideren más apropiada (con todas las arbitrariedades y abusos a los que esto puede conducir). De hecho, el panorama es incluso más desolador, puesto que ahora, toda la fuerza del Estado se estaría utilizando para implementar una maquinaria mucho más eficiente de fabricación de culpables, que la que los individuos, por su propia cuenta, de manera dispersa o poco organizada y sin el respaldo de las instituciones jurídicas relevantes, podrían instaurar. Siendo esto así, para Ferrajoli, la existencia de la cifra de la injusticia sólo se justifica si continuamente se mantiene en valores bajos, situación a la que contribuye, de forma crucial, la estricta observancia por parte del Estado, de las que el autor llama “garantías penales y

⁸ Es decir, con la cifra de delitos probablemente cometidos, pero no denunciados, la cual normalmente se obtiene de encuestas de victimización.

procesales”, las cuales constituyen límites o vínculos impuestos al poder público para asegurar el ejercicio de derechos fundamentales, particularmente, el de los que operan en el contexto de un proceso penal a favor del acusado.

En suma, la denominada “cifra de la injusticia” representa el costo más alto que, como sociedad, hemos de pagar por contar con los dispositivos que el derecho penal instaura. Para mantenerla constantemente en valores bajos -lo cual es necesario si su existencia ha de quedar justificada-, el Estado debe implementar y observar rigurosamente, un conjunto de garantías (sobre todo, procesales) a favor del acusado, lo cual, a su vez es necesario para materializar el segundo y más importante de los fines u objetivos que debe perseguir el derecho penal, es decir, el de minimizar las penas arbitrarias que mediante el proceso pueden imponerse a las personas.

VI. Procesos penales “garantistas”, *¿sólo en el papel?*

En las secciones anteriores hemos expuesto y defendido una visión “veritativo-promotora” del proceso jurisdiccional en general, y del proceso penal en particular, según la cual, averiguar lo que realmente sucedió, debería ser su objetivo prioritario, más obviamente, no el exclusivo. Y ello, para que existan mayores probabilidades de que las normas jurídicas relevantes y sus consecuencias respectivas, se apliquen correctamente.

Establecimos también que dicha visión hunde sus raíces en la denominada “tradicción racionalista de la prueba jurídica” y que, en lo relativo a la materia penal, es, en gran medida, congruente con el modelo “mínimo y garantista” de Ferrajoli, en virtud de que considera justificado contar con procesos que, cuando se equivoquen (cosa que no se puede evitar pese a nuestros mejores esfuerzos), sea más probable que el veredicto erróneo resultante corresponda a una absolución falsa.

Como dijimos, la justificación de ello radica en la apreciación correcta de que las condenas falsas son más costosas o graves que las absoluciones falsas, lo que, trasladado al terreno de las políticas públicas orientadas al diseño (y/o reforma) del proceso penal, significa que debemos intentar mantener a las primeras (a las condenas falsas), en números mínimos -con lo cual se muestra nuestro compromiso social de ofrecer al acusado materialmente inocente, la protección que se merece-, aunque ello

acarreé el incremento de las segundas (o sea, de las absoluciones falsas); claro, siempre que dicho aumento no sea excesivo, ya que, pese a que las absoluciones falsas son, en efecto, menos costosas que las condenas falsas, esto no significa que no representen daño alguno para la sociedad (piénsese tan sólo en la revictimización de la que pueden ser objeto los ciudadanos cuando su agresor no recibe el castigo que se merece, o, desde una perspectiva más amplia, en cómo se allana el camino para la reincidencia delictiva, a causa de la impunidad).

Pues bien, nuestro objetivo en esta sección es contrastar el discurso oficial que nos habla de un proceso penal supuestamente plagado de diques contra el abuso del poder punitivo del Estado, con lo que realmente sucede en la práctica. Para ello, prestaremos atención al panorama que, en sus investigaciones, Dan Simon nos brinda con respecto al proceso penal de los Estados Unidos (Simon, 2012).

Antes de proseguir, cabe preguntarnos por qué podría ser relevante que abordemos algunas de las peculiaridades de la impartición de justicia penal en aquel país. La respuesta es, por una parte, porque consideramos que los procesos penales que a lo largo del tiempo se han desarrollado en el seno de la tradición jurídica del *Common Law*, al haber evitado, o, al menos, atenuado, la influencia perniciosa de los procesos inquisitorios de la Europa Continental, son los que históricamente se han visto en mejores condiciones de ajustarse a los ideales garantistas expresados en modelos teóricos como el de Ferrajoli. En este sentido, sostenemos que vale la pena echar un vistazo, aunque sea somero, al funcionamiento del más representativo de los procesos de dicha tradición -el de Estados Unidos-, con miras a determinar qué tan garantista es realmente.

Otra razón tiene que ver con que es justamente el modelo estadounidense el que, con mayor ahínco -aunque con diferentes matices y pese a que no sea tan políticamente correcto para algunos el que lo reconozcamos abiertamente-, hemos pretendido imitar en la oleada de reformas penales que, aproximadamente desde la segunda mitad del siglo pasado, ha venido experimentando la región latinoamericana. De hecho, el papel de los Estados Unidos no se ha limitado a observar dicho proceso de reforma, sino que ha consistido también en diversas formas de adoctrinamiento, en el ofrecimiento

de capacitación, e incluso, juntamente con otras entidades de carácter supranacional (o transnacional) -como el Banco Interamericano de Desarrollo-, en apoyo financiero. Pasando entonces a la discusión de las investigaciones de Dan Simon, una de las contribuciones más sobresalientes que desde nuestro punto de vista ha hecho al campo, consiste en partir de la premisa de que nuestra comprensión del proceso penal puede (y debe) enriquecerse, además de mediante el estudio de las normas jurídico-procesales vigentes y de determinar si son compatibles o no con las exigencias de la racionalidad empírica general (punto que el programa del autor comparte con la tradición racionalista de la prueba), fundamentalmente con un enfoque que ponga el acento en las fortalezas y debilidades psicológicas de las personas de carne y hueso (policías, investigadores, testigos, peritos, fiscales, jueces, las víctimas, los acusados, etc.), que desempeñan algún papel en el drama procesal-penal, y que, al hacerlo, ponen en marcha el engranaje de la justicia, al tiempo que determinan la eficiencia con la que éste cumple con sus objetivos (Simon, 2012, pp. 2-3, 206).

De acuerdo con Simon, dicho enfoque nos debe conducir a lo que en el terreno filosófico se conoce como la “naturalización” de nuestras reflexiones, lo cual, no es otra cosa que considerar seriamente el “estado del arte” de las investigaciones empíricas relevantes provenientes de disciplinas como las ciencias cognitivas, y particularmente, de la psicología experimental (Simon, 2012, pp. 2-4).

La idea básica entonces es emplear los resultados de los estudios más fiables, recientes y/o paradigmáticos, a los efectos de identificar las condiciones bajo las cuales ciertos procesos mentales cruciales para un proceso penal -como los que tienen que ver con la percepción de eventos de diversa índole, con su registro en la memoria de los individuos, con la forma en que los recordamos y damos cuenta de ellos verbalmente, con los factores que solemos considerar para asignar valores probatorios a alguna fuente de información, etc.-, tienden a llevarse a cabo de manera exitosa, o bien, a fracasar.

El uso de este enfoque ha llevado a Simon a centrarse en la fase de la investigación criminal y a concebirla como la verdadera piedra angular de un proceso penal, o sea, como el conjunto de actividades de las que fundamentalmente depende su subsecuente accionar adecuado; adecuado en el sentido de descubrir si existió o no

algún delito, de establecer -si fue el caso que existió-, quién hizo qué a quién, y de decidir los asuntos con base en esas determinaciones (Simon, 2012, pp. 5-7, 206).

Una de las principales observaciones que el autor en comento hace al respecto, es que las operaciones mentales que están en la base de la propuesta por parte de los investigadores de diversas hipótesis o líneas de investigación (algunas inculpatorias y otras exculpatorias), así como de la determinación de cuál es la mejor confirmada y cuáles las que resultan refutadas o descartadas, son muy complejas, y, sobre todo, propensas al error, debido a la incidencia, tanto de factores “cognitivos” (Simon, 2012, pp. 21-24), como de factores “motivacionales” (Simon, 2012, pp. 25-33).

De entre los factores cognitivos, cabe mencionar, primero que nada, el hecho de que el llamado “razonamiento abductivo” -el responsable justamente de la tarea de conjeturar las hipótesis explicativas de los indicios iniciales-, es un proceso mental que, por su propia naturaleza, es problemático, pues parece ser circular (Simon, 2012, pp. 21-22). Ello debido a que, conjeturadas una o varias hipótesis, lo que sigue es hallar elementos que las confirmen o descarten. Sin embargo, para identificar y recabar lo que puede constituir evidencia relevante, se necesita primeramente de un marco de referencia para interpretar algo como indicio, rastro o vestigio de otra cosa; en suma, se requiere de contar con alguna hipótesis de partida. En otras palabras, al sujeto en cuestión -en este caso, al investigador-, inicialmente se le presentan ciertos hechos o circunstancias cuya causa desconoce. La conjetura de hipótesis entra aquí en escena, precisamente como un intento falible de disipar esa ignorancia o falta de conocimiento, mediante la articulación de una explicación preliminar de por qué están ahí los elementos o datos observados. El problema es que, si el sujeto quisiera en este punto dar razones para la plausibilidad de su hipótesis, una de las más importantes normalmente tendría que ser la propia presencia del conjunto de elementos o datos originalmente observados; de ahí la circularidad a la que nos referimos.

Sin embargo, en adición a esta circularidad, el factor cognitivo que mayormente contribuye a inducir al error en las investigaciones criminales, es el constituido por el hecho de que el razonamiento abductivo referido, es sumamente vulnerable a los sesgos en el procesamiento de la información, conocidos técnicamente como la “visión de túnel” y el “vicio de confirmación” (Simon, 2012, pp. 22-25).

De manera muy breve, podemos decir que, por la influencia de la visión de túnel, las personas suelen tratar a la primera hipótesis que viene a su mente, como la única posible, y, por tanto, como la que, sin lugar a dudas, es correcta; mientras que, bajo los efectos del vicio de confirmación, las personas tienden a asegurarse de que, durante el proceso de “investigación” por venir (y aquí entrecorramos la palabra, porque en realidad no se trata de una investigación genuina), se expondrán preponderantemente a la información que tenga mayores probabilidades de confirmar la conclusión a la que -con anterioridad, y sin ser totalmente conscientes de ello-, han decidido aferrarse, demeritando o incluso desechando los elementos que pudieran amenazar con refutarla, y/o sobrevalorando los medios de prueba que corroboren dicha conclusión.

Ahora bien, los sesgos aludidos frecuentemente están presentes en un sinnúmero de nuestras tareas cotidianas, sin que nos percatemos de ello. No obstante, en el contexto de la investigación criminal, la influencia que aquellos ejercen, especialmente en perjuicio de los acusados, se ve exacerbada por la presencia de ciertos factores en el entorno o cultura institucional a los que, como dijimos, Simon llama factores “motivacionales” (Simon, 2012, pp. 25-33).

De entre los más importantes, podemos citar los siguientes: 1), la práctica común en las fiscalías consistente en considerar como el indicador más claro y contundente de su buen desempeño, el número de casos que se logran consignar ante los tribunales respectivos, durante un periodo determinado; sólo si un asunto es consignado o negociado por medio de la figura del “*plea bargain*” (lo cual, pese a los beneficios de los que se puede disfrutar, como la reducción de la condena respectiva, su empleo implica que el sujeto admite su culpabilidad), se considera desahogada la responsabilidad del investigador (Simon, 2012, pp. 25-27); 2), la ideología imperante y en la que generalmente son adoctrinados los investigadores, misma que los hace verse a sí mismos como la primera y más importante línea de defensa contra la delincuencia, en nombre de la sociedad (Simon, 2012, pp. 28-29); 3) el involucramiento o identificación emocional con las víctimas del delito que es natural esperar que ocurra en los investigadores, lo cual los lleva a experimentar, entre otros, sentimientos de ira, odio, venganza o repulsión en contra de los acusados, incluso desde que sólo son

considerados como sospechosos, sobre todo en el caso de delitos especialmente atroces o perversos (Simon, 2012, pp. 27-28); 4) el fenómeno ampliamente documentado de la “membresía o pertenencia al grupo” que también es de esperarse que tenga lugar en las fiscalías, y que consiste en la natural unión, cohesión, respaldo, lealtad y solidaridad que normalmente existe entre quienes las integran (Simon, 2012, pp. 28-29), y; 5) la tendencia a hacer las cosas de manera automatizada o rutinaria, lo cual conduce a los miembros de las fiscalías a no manifestar una disposición a explorar cursos de acción diferentes (Simon, 2012, pp. 29-31).

Fuertemente influenciados por la presencia conjunta de estos factores cognitivos y motivacionales, los investigadores interactúan con los respectivos testigos, sospechosos y eventualmente acusados, de un modo también parcial, lo cual se traduce en que ese proceder de por sí ya bastante tendencioso en perjuicio de los últimos, se acentúe a la manera de un efecto en cascada. Y es que, con base en la disposición a querer meramente confirmar la hipótesis de la culpabilidad de alguna persona, los investigadores suelen practicar las diligencias correspondientes de forma sesgada.

En este sentido, las llamadas líneas de identificación suelen estar conformadas por sujetos muy diferentes entre sí, y el funcionario a cargo de la investigación frecuentemente está presente, lo cual atenta contra las mejores prácticas internacionales. Así mismo, y también en el terreno de la identificación del probable responsable, al testigo en cuestión se le somete a tener que ver simultáneamente múltiples fotografías a fin de que indique si reconoce o no a quien dice haber visto cometer un acto delictivo. Esto también va en contra de las mejores prácticas (Simon, 2012, pp. 50-89).

Aunado a lo anterior, a las personas en condiciones de ofrecer alguna información con respecto a la forma en que se desarrollaron los hechos respectivos, se les suele entrevistar de un modo que induce a que tengan “recuerdos falsos”, sobre todo cuando experimentan dudas o cuando el recuerdo original es vago, lo cual es aprovechado por los investigadores como el momento oportuno para filtrar de manera sutil y a veces no tan sutilmente, detalles acerca del delito que no debieran hacer del conocimiento del

entrevistado, y que terminan por hacer que sus declaraciones coincidan con las expectativas oficiales (Simon, 2012, pp. 90-119).

Por otro lado, cuando de la interrogación del sospechoso o acusado se trata, las técnicas empleadas suelen partir del supuesto de que, si el sujeto sostiene su inocencia, entonces generalmente está mintiendo, lo cual provoca que el interrogatorio persiga principalmente el objetivo de extraer una confesión a como dé lugar, si bien no mediante procedimientos físicamente coercitivos (como la tortura), sí a través de estrategias que se encuentran en la frontera entre lo que constituiría coacción psicológica y lo que no (Simon, 2012, pp. 120-143).

Por todas estas razones, Simon concluye que la investigación criminal en los Estados Unidos está, en su mayoría, plagada de fallas sistémicas o estructurales que la conducen a producir, en términos generales, evidencia “contaminada” o poco fiable, sobre todo en lo que hace a la diversa gama de declaraciones provenientes de testigos, sospechosos y/o acusados (Simon, 2012, pp. 5-7).

A esta aseveración, que debiera causar escándalo, se le suma la observación del autor de que la fase del juicio propiamente dicho, no está diseñada apropiadamente para poder corregir los errores que vienen arrastrándose desde la etapa de la investigación (Simon, 2012, pp. 7-8, 144-205). Y ello entre otras cosas, debido a que las personas comunes y corrientes -como son las que supuestamente integran los jurados en aquel país-, no suelen estar bien equipadas para centrar su atención en los factores o aspectos verdaderamente relevantes para determinar el grado de fiabilidad que corresponde atribuir a los medios de prueba desahogados durante la audiencia de juicio oral. Al contrario, lo que frecuentemente captura su atención es la cobertura mediática que muchos casos reciben previo a la celebración del juicio correspondiente, lo cual va en detrimento de la imparcialidad al deliberar; detrimento que se refuerza con los prejuicios raciales o de otro tipo que se pueden tener en contra del acusado. Aunado a lo anterior, los miembros de los jurados tampoco suelen contar con las aclaraciones conducentes si es que tuvieran dudas acerca de los términos técnicos que el juez emplea cuando los instruye con respecto a sus funciones, justo antes de mandarlos a deliberar; dudas tan fundamentales como las pueden tener que ver con

el significado concreto de frases como “más allá de toda duda razonable”, o de doctrinas como la de la “presunción de inocencia”.

Pues bien, si algo muy aproximado a la descripción previa es lo que realmente ocurre con el proceso penal de nuestro vecino del norte, defensor e impulsor a nivel internacional de la democracia, del Estado de Derecho y del respeto a los derechos humanos y al debido proceso, ¿cuál es la situación que podemos esperar que impere en México en donde las procuradurías -tanto la federal, como las locales-, cargan con el histórico lastre representado por la falta de capacitación adecuada en materia de investigación de los delitos, en donde a lo anterior hay que agregar la corrupción, el uso político de las instituciones, el uso generalizado de la tortura para extraer confesiones, la distorsión a la que conduce el involucramiento del ejército y de la marina en funciones que no les corresponden y para las que no se encuentran adiestrados, así como la implementación de una reforma nacional que, por importar elementos del modelo estadounidense, se espera de ella que acabe con las deficiencias señaladas, como por arte de magia?

La respuesta es que, pese a que en la superficie se sostiene que contamos con un proceso que ofrece la mayor protección posible a los materialmente inocentes, que se tiene el más alto respeto por la presunción de inocencia, y que somos “garantistas”, la realidad es que hemos perdido el rumbo, pues en la práctica, el ciudadano mexicano corre un alto riesgo de ser considerado sospechoso de algo, de lo que sea; sobre todo ahí donde se implementan operativos y retenes miliares so pretexto de luchar contra la delincuencia organizada. No por nada en nuestro país se ha acrecentado el problema de las desapariciones forzadas (como en el caso Ayotzinapa), y de las ejecuciones extrajudiciales (como en el caso Tlatlaya).

Suponiendo que alguien se libra de lo anterior, las cosas no son mucho mejores, pues lo más probable es que se instaure un proceso que, pese a ajustarse formalmente a los principios de la reforma, es decir, pese a que pueda ser “acusatorio”, “adversarial” y “oral”, no deja de desempeñarse preponderantemente como una maquinaria para la fabricación de culpables (cimentada en prácticas de tortura); sobre todo si el acusado es una persona de escasos recursos y/o si pertenece a alguna minoría o grupo vulnerable. No es gratuito que en el argot jurídico de nuestro medio persistan frases

como la que reza que “un auto de formal prisión es como un vaso de agua, no se le niega a nadie” (lo mismo que una sentencia condenatoria). Actualmente, la diferencia es sólo terminológica, pues para estar a tono con la reforma de 2008, lo único que ha cambiado es que, en lugar de que en este dicho perverso se use la expresión “auto de formal prisión”, ahora se emplea el término “auto de vinculación a proceso”.

Si no actuamos urgentemente, el panorama pinta muy poco alentador, lo cual, más allá de ser una mera curiosidad, digna, a lo mucho, de una charla informal acompañada de un cafecito, debiera estimularnos para lograr que la problemática de la reforma penal ocupe un lugar prioritario en la agenda de la discusión pública.

VII. Recomendaciones y sugerencias

Algunas de las más importantes recomendaciones y sugerencias que Simon propone para mejorar la situación aludida en la sección anterior, particularmente referidas a la fase de la investigación, son las siguientes:

- En lo relativo a las líneas de identificación, la inclusión de sospechosos en aquellas no debe basarse en corazonadas o en indicios endebles (como el que la persona haya sido vista a unas cuerdas del lugar de los hechos), sino en una sospecha mayormente fundada de su probable involucramiento en el delito; previo a su exposición a la línea respectiva, el testigo no debe entrar en contacto con ninguna información relativa a las características del probable responsable; la diligencia debe llevarse a cabo lo más pronto que se pueda para que la curva natural del olvido no afecte demasiado al testigo (quien ya de por sí enfrenta la enorme dificultad de tener que recordar las características fisiológicas de alguien que probablemente nunca había visto antes); las líneas no deben incluir a más de un sospechoso, quien debe ocupar el lugar de su elección entre cinco o más participantes cuya inocencia esté fuera de duda; los participantes deben parecerse lo más posible a la descripción del sospechoso que previamente debió proporcionar el testigo; antes de la diligencia, se debe advertir al testigo de que el perpetrador puede o no estar incluido en la línea y que es válido que responda que no identifica a nadie como la persona a quien dice haber visto cometiendo algún delito, o que simplemente no lo puede afirmar

categoricamente; el encargado de practicar la diligencia no debe saber quién de los participantes es a quien, con base en las investigaciones, se considera sospechoso, y el testigo debe ser informado de esta situación (ello a efecto de que no esté esperanzado en que el encargado le podrá proporcionar alguna pista gestual o de otro tipo); el encargado de la línea debe abstenerse de cualquier conducta sospechosa que pudiera interpretarse como si estuviera delatando al sospechoso; luego de anunciar que reconoce o no a alguien, el testigo debe expresar qué tan seguro está de ello, sin que reciba ningún tipo de retroalimentación positiva o negativa de parte del encargado de gestionar la línea; debe mantenerse registro del tiempo que le tomó al testigo para hacer su anuncio de reconocimiento o de no reconocimiento; el procedimiento debe ser grabado por completo, idealmente en video;

- En lo relativo a las entrevistas, éstas deben ser realizadas también lo más cercano posible al momento en que ocurrió el evento investigado; cuando son varios, los testigos deben ser entrevistados por separado, instruyéndoseles de que no deben hablar entre sí, y, de preferencia, manteniéndolos en lugares, áreas o cuartos diferentes; los entrevistadores deben promover que los testigos distingan entre lo que percibieron de primera mano y lo que conocieron por otras fuentes; para generar la mayor empatía posible con los testigos (a lo que también se conoce como “rapport”), los entrevistadores deben ser sensibles al estado y personalidad de aquellos y ajustar el ritmo de sus preguntas, así como el tono en que las formulan, de conformidad con lo anterior; los entrevistadores deben desistirse de todo intento de proporcionar información de la investigación al testigo; los entrevistadores no deben realizar preguntas insidiosas, ni de ningún modo sugerir las respuestas; cuando los testigos manifiesten no tener muy clara alguna parte del relato que se encuentran ofreciendo, los entrevistadores deben abstenerse de solicitarles que se esfuercen más, y mucho menos deben sugerirles que imaginen o que especulen; los entrevistadores no deben de mostrar ningún entusiasmo, ni desánimo o desilusión por las respuestas que esté dando el testigo; las entrevistas sucesivas al mismo testigo sólo deben realizarse si ello es estrictamente

necesario, y en ellas, no debe volverse a preguntar acerca de cosas o hechos sobre los cuales ya se emitió una respuesta previa, a menos que se esté usando una técnica diferente (como la denominada “entrevista cognitiva”); todas las entrevistas deben grabarse por completo en video;

- En lo relativo al interrogatorio de los sospechosos, los interrogadores deben abstenerse de esperar ver algo en el comportamiento de aquellos que pueda delatar que están incurriendo en engaño (ello debido a que la validez de estas técnicas no está debidamente demostrada, pese a su popularidad); para intentar detectar engaño o mentira de parte del sospechoso, los interrogadores deben basarse, más bien, en la información que aquel les está dando, ello con miras a identificar contradicciones, incoherencias u otro tipo de defectos lógicos en la narrativa correspondiente; los interrogadores deben abstenerse de emplear métodos o técnicas coercitivas, sobre todo, de aquellas orientadas a destruir la voluntad del sospechoso; los interrogatorios deben ser grabados en video, en su totalidad.

De las medidas enlistadas, la que más resistencia puede y suele encontrar es la de videograbar de principio a fin, todas las diligencias que involucren la interacción de los investigadores con los testigos y con los sospechosos (y/o acusados). Ello debido a que justo es esta la estrategia que más claramente pondría en evidencia lo que sucede tras bambalinas.

Sin negar el valor de la sugerencia de videograbar las diligencias y de las restantes, la cuestión es que todavía persiste el problema mayúsculo de cómo lidiar de forma más directa y contundente con la influencia extremadamente nociva que, tanto la visión de túnel, como el vicio de confirmación, ejercen sobre los encargados de llevar a cabo las investigaciones respectivas. Y es que, pese a que se llegaran a implementar las recomendaciones aludidas, si no son atacados frontalmente, los vicios mencionados - como si se tratara de un virus resiliente-, hallarán la manera de volverse a manifestar adquiriendo tintes inesperados.

Pues bien, en lo que respecta a la visión de túnel, una estrategia plausible para la disminución de sus efectos podría ser la incorporación a los equipos de investigación, de personas especializadas en la *elaboración de perfiles criminales*, o bien, la

capacitación sería en esta materia, de los integrantes de dichos equipos. Y es que dada la formación científica y, en teoría, más imparcial en lo que a la valoración de pruebas se refiere que normalmente reciben estos individuos, es probable que exhiban una menor tendencia a sucumbir al embrujo de las primeras conjeturas o hipótesis en que se puede pensar, y que, dados los conocimientos peculiares y muy relevantes que poseen, los perfiladores sean mayormente creativos a la hora de intentar resolver casos de alto impacto en los que, de entrada, resulta muy complicado reducir a una extensión manejable, la lista de sospechosos.

De esos conocimientos que el perfilador posee, cobran suma importancia los que tienen que ver con las correlaciones que se establecen entre ciertos aspectos particulares de las distintas escenas del crimen con las que a diario se enfrentan los investigadores, y determinadas características psicológicas y conductuales propias de diversas clases o categorías de delincuentes, previamente elaboradas con base en metodologías empíricas robustas. Con base en la información previa, el perfilador está en condiciones de predecir con cierto grado de certeza, el tipo de criminal que probablemente está detrás de lo que comúnmente suelen ser varios delitos vinculados de algún modo, así como los pasos que tal vez esté próximo a dar.

Cabe mencionar que, pese a la popularidad de la que goza esta disciplina forense - popularidad a la que han contribuido los medios de comunicación y la industria del entretenimiento-, no debe considerársele como la panacea o como una técnica infalible, sino que hemos de apreciarla en su justa dimensión, considerando seriamente las críticas de las que las escuelas clínica y estadística han sido objeto.⁹ Lo ideal sería combinar las fortalezas de las escuelas mencionadas, registrar la tasa de éxito de la metodología resultante de dicha amalgama, así como someterla constantemente a actualizaciones y depuraciones.

¿Pero qué ocurre con el vicio de confirmación, el cual, dicho sea de paso, también los propios perfiladores pueden experimentar?

Siguiendo la línea de “naturalizar” la reflexión a la que nos invita Dan Simon, nuestra propuesta consiste primero, en considerar los últimos avances de las ciencias

⁹ Para una buena discusión de los pros y contras de la elaboración de perfiles criminales, recomendamos (Young, 2006).

cognitivas que apuntan en la dirección de que la cognición humana y sus procesos no constituyen un fenómeno confinado exclusivamente a la cabeza de los agentes epistémicos individualmente considerados, sino que tienden a expandirse o extenderse hacia el entorno circundante y a distribuirse entre los elementos materiales y sociales que lo conforman, en términos de una densa y constante interacción de los sujetos, tanto con representaciones simbólicas contenidas en soportes físicos y/o tecnológicos, como con sus semejantes.¹⁰

Habiendo comprendido las implicaciones de esta condición de la naturaleza humana, el segundo paso sería explotarla en nuestro provecho. ¿Cómo? Por una parte, diseñando, adaptando y propiciando el uso de aplicaciones informáticas que permitan al usuario elaborar una representación visual de la estructura argumentativa de su razonamiento, con lo cual se le estaría proveyendo de una herramienta poderosa de análisis lógico que, en principio, puede incrementar sus niveles de desempeño en tareas tan esenciales para la investigación del delito, como la de conjeturar diversas hipótesis o líneas de investigación y la de darles seguimiento para determinar cuáles se hayan mejor confirmadas y cuáles se pueden refutar o descartar.¹¹

Otra medida sería la implementación del requisito de que, por cada caso que estén intentando resolver, los investigadores tengan un diálogo público, abierto y continuo en el que, si contaran con las herramientas esbozadas en el párrafo previo, podrían tener un punto de partida homogéneo (la representación visual de la estructura del caso en cuestión), al que todos pueden dirigir su atención y que puede ser modificado colectivamente en función de cómo va evolucionando el asunto respectivo.

Profundizando un poco, la idea es que se considere a esta práctica de discusión grupal, como algo que tiene lugar al interior de un agente epistémico colectivo, es decir, dentro de una suerte de “sujeto plural” que distribuye entre sus distintos integrantes, las etapas del razonamiento abductivo y de la elección de la mejor explicación de la presencia de los indicios con los que se cuenta. A algunos de ellos les correspondería proponer la batería más completa de hipótesis o de líneas de investigación que resulta sensato considerar, así como identificar los datos o demás indicios que se esperaba

¹⁰ A esto se le conoce como la “Tesis de la Mente Extendida”. Para una excelente introducción a este tema, sugerimos (Clark, 2011).

¹¹ Para un ejemplo paradigmático de este tipo de aplicaciones informáticas, consúltese (Prakken, 2007).

poder recolectar si cada una de las hipótesis fuese verdadera; mientras que, a otros, les tocaría desempeñar el papel de “abogados del diablo” consistente en detectar los puntos flacos en las hipótesis propuestas y en sugerir otras nuevas o modificadas que mejor se ajusten a la evidencia disponible.

Para concluir esta sección y el trabajo en su conjunto, no nos resta más que reconocer que algunas de las recomendaciones previas actualmente se encuentran, más bien, poco desarrolladas. Y es que, en efecto, mucho queda por hacer, discutir, pulir sugerir, pero antes de poder entrar de lleno en estas cuestiones, deberíamos pugnar porque la problemática vinculada al proceso penal deseable, a ese que nos merecemos y del que hemos venido hablando (es decir, uno que promueva el descubrimiento de la verdad y que respete la presunción de inocencia de los ciudadanos), adquiera por fin, un carácter prioritario en la agenda pública.

Referencias Bibliográficas

- Aguilera, Edgar, (2008). El concepto de estándar de prueba, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, Vol. 4, Núm. 6, pp. 91-114.
- Bayón, Carlos, (2010). Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Colombia, Universidad de Cartagena, Vol. 2, Núm. 4, pp. 6-30.
- Clark, Andy, (2011). *Supersizing the Mind. Embodiment, Action, and Cognitive Extension*, Inglaterra, Oxford University Press.
- Farrajoli, Luigi, (2009). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (Trad. de Perfecto Andrés Ibañez, et al.), 9ª Ed., Madrid, Trotta.
- Ferrer, Jordi, (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana, en Vázquez, Carmen (Coord.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, España, Marcial Pons, pp. 21-40.
- _____, (2011), Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, Núm. 34, pp. 87-107.
- _____, (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 4, Núm. 1, pp. 1-26.
- _____, (2007). *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons.
- _____, (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., España, Marcial Pons.
- Gascón Abellán, Marina, (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., España, Marcial Pons.
- González Lagier, Daniel, (2013a). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México, Fontamara.
- _____, (2013b). *Las paradojas de la acción*, 2ª ed., España, Marcial Pons.
- _____, (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*, España, Marcial Pons.
- Laudan, Larry, (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, (Trad. De Carmen Vázquez y Edgar Aguilera), España, Marcial Pons.
- Nieva, Jordi, (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Vol. 1, pp. 1-23.

Prakken, Henry, *et. al.*, (2007). Sense-Making Software for Crime Investigations. How to Combine Stories and Arguments, *Law, Probability, and Risk*, Vol. 6, Núm. 1-4, pp. 145-168.

Simon, Dan, (2012). *In Doubt. The Psychology of the Criminal Justice System*, Estados Unidos, Harvard University Press.

Taruffo, Michele, (2011). *La prueba de los hechos*, (Trad. de Jordi Ferrer), 4ª ed., España, Trotta.

_____, (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, (Trad. de Daniela Accatino), España, Marcial Pons.

_____, (2008). *La prueba*, (Trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer), España, Marcial Pons.

Vázquez, Carmen, (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, España, Marcial Pons, pp. 21-40.

Young, Theresa, (2006). *Profiling Pros and Cons: An Evaluation of Contemporary Criminal Profiling Methodologies*, Reporte final, disponible en:

https://repository.library.northeastern.edu/downloads/neu:376921?datastream_id=content