

JORDI FERRER BELTRÁN
CARMEN VÁZQUEZ
(Eds.)

**DEL DERECHO
AL RAZONAMIENTO
PROBATORIO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN , por Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez	13
UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO , por Edgar Aguilera	17
1. FALIBILISMO, INSTITUCIONES PÚBLICAS Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA	17
2. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA Y SU ADVERTENCIA CONTRA LOS EXCESOS DEL «GARANTISMO PENAL EXTREMO» (O DEL «HIPERGARANTISMO»)	21
3. COMPLEMENTANDO LA AGENDA ORIGINAL DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA (O SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CONTEXTO)... ..	26
4. EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN: SENTANDO LAS BASES CONCEPTUALES DE UN MODELO PRESCRIPTIVO (QUE PONE DE RELIEVE LA IMPORTANCIA DE UN ADECUADO RAZONAMIENTO ABDUCTIVO).....	30
5. REFLEXIÓN FINAL (EL PAPEL DE LA ABDUCCIÓN EN LA FASE DE CONFIRMACIÓN DE LAS PREDICCIONES QUE LAS HIPÓTESIS CONSIDERADAS PERMITEN FORMULAR)	42
RIESGOS Y CONTROLES EPISTÉMICOS EN LA DELACIÓN PREMIADA: APORTACIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA EN BRASIL , por Antonio Vieira	45
1. INTRODUCCIÓN	45
2. DELACIÓN PREMIADA Y RIESGOS EPISTÉMICOS	48
2.1. Delación premiada, <i>plea bargaining</i> y tortura.....	48
2.2. Delación premiada y teoría de los juegos en el proceso penal brasileño: el dilema del prisionero y los riesgos epistémicos.....	54
2.2.1. Delación en Brasil: ¿qué explica el notable incremento de su utilización en el contexto de la operación Lava Jato?...	54

ÍNDICE

	Pág.
2.2.2. Oferta <i>versus</i> demanda - cuando el precio es demasiado alto: el «juego duro» de la delación y el riesgo de que el delator aporte informaciones falsas.....	58
2.3. El problema de los errores honestos - delación premiada bajo la óptica de la psicología del testimonio.....	60
2.4. La delación y los riesgos de sobrevaloración epistémica: un paralelo entre delación premiada y la prueba pericial.	62
3. SISTEMA DE CONTROL DE LOS RIESGOS EPISTÉMICOS EN LA DELACIÓN PREMIADA.....	64
3.1. <i>Discovery</i> y delación premiada.....	65
3.2. De la prueba sobre prueba y el control de la fiabilidad de las pruebas.....	69
3.3. El control de admisibilidad de las pruebas oriundas de la delación y el filtro de admisibilidad de las imputaciones penales	71
4. CONCLUSIONES.....	74
EL PRINCIPIO DE FACILITACIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO LABORAL, por Paul Paredes Palacios	77
1. INTRODUCCIÓN.....	77
2. LA DESIGUALDAD COMO JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FACILITACIÓN PROBATORIA.....	79
2.1. La igualdad en el principio dispositivo: entre dos concepciones...	79
2.2. La desigualdad en la relación jurídico-procesal y la igualdad por compensación.....	81
3. EL PRINCIPIO DE FACILITACIÓN PROBATORIA.....	87
3.1. El modelo de la teoría racionalista de la prueba como punto de partida.....	87
3.2. ¿Por qué proponer herramientas de facilitación probatoria?	89
3.3. Las herramientas de facilitación probatoria	90
3.3.1. El informalismo procesal o privilegio del fondo sobre la forma.....	92
3.3.2. La prueba de oficio.....	93
3.3.3. La adopción del estándar probatorio de la preponderancia de las pruebas (más probable que sí).....	94
3.3.4. La distribución de la carga de la prueba: producción y distribución	96
3.3.5. La llamada inversión de la carga de la prueba y la presunción de inocencia en los casos de impugnación de sanciones	97
3.3.6. Las inferencias probatorias por inconducta procesal.....	98
3.3.7. Las presunciones legales.....	99
3.3.8. Los hechos institucionales y el <i>in dubio pro operario</i>	102
4. BIBLIOGRAFÍA	103

	Pág.
LA PRUEBA DE LA DETERMINANCIA EN LA NULIDAD DE ELECCIÓN POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEPARACIÓN ENTRE LAS IGLESIAS Y EL ESTADO EN EL DERECHO ELECTORAL MEXICANO, por María de Jesús García Ramírez.....	105
1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. DELIMITACIÓN DEL TEMA Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	107
3. LA DETERMINANCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA DE NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL. UNA VISIÓN TEÓRICA Y JURISPRUDENCIAL.....	109
3.1. Tipos de determinancia.....	110
3.1.1. La carga de la prueba.....	111
3.2. Criterios contenidos en la jurisprudencia electoral mexicana, para establecer cuándo una irregularidad es determinante.....	111
3.2.1. Cuantitativo o aritmético.....	111
3.2.2. Cualitativo.....	112
3.2.3. Como relación de causalidad.....	114
4. LA PRUEBA DE LA DETERMINANCIA EN LA NULIDAD DE ELECCIÓN POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEPARACIÓN ENTRE LAS IGLESIAS Y EL ESTADO EN EL DERECHO ELECTORAL MEXICANO.....	114
4.1. El principio de separación iglesia-Estado y los procesos electorales en México.....	114
4.2. La doctrina judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la determinancia en los casos de nulidad de elección por violación al principio constitucional de separación entre las iglesias y el Estado.....	116
4.2.1. Asuntos resueltos conforme a la concepción normativa de la determinancia o por violación a principios.....	116
4.2.1.1. Caso <i>Tlaxcala</i>	117
4.2.1.2. Caso <i>Yurécuaro</i>	117
4.2.1.3. Caso <i>Chiautla</i>	118
4.2.1.4. Aspectos insatisfactorios detectados en la doctrina judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.....	119
4.2.2. Sentencias en las que se aplicó el concepto de determinancia como relación de causalidad.....	122
4.2.2.1. Caso <i>Tepotzotlán</i>	122
4.2.2.2. Caso <i>Zamora</i>	123
4.2.2.3. Caso <i>Zimapán</i>	124
4.2.2.4. Caso <i>Santiago Tulantepec</i>	126
4.2.2.5. Problemas probatorios del uso de la determinancia como relación de causalidad para resolver la nulidad de elección por violación al principio de separación entre las iglesias y el Estado.....	127
5. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	130
6. BIBLIOGRAFÍA.....	131

	Pág.
IMPACTO DISCRIMINATORIO Y RAZONAMIENTO PROBATORIO: SOBRE LA FUNCIÓN EPISTÉMICA DE LA ESTADÍSTICA EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA, por Alejo Joaquín Giles.....	133
1. PRESENTACIÓN.....	133
2. ¿DE QUÉ NOS PROTEGE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN?.....	134
2.1. La indeterminación del principio de igualdad y no discriminación.....	134
2.2. Dos tipos de discriminación: la directa y la indirecta.....	136
3. LA PRUEBA ESTADÍSTICA EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.....	141
3.1. Introducción.....	141
3.2. Los presupuestos de la discriminación indirecta y la relevancia del conocimiento estadístico.....	142
3.3. Herramientas de la estadística para la prueba de la discriminación indirecta: impacto adverso y relación entre variables.....	151
4. CONCLUSIONES.....	160
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VERDAD EN EL PROCESO Y LA FUERZA MOTIVADORA DEL DERECHO, por Santiago Sánchez Gavier.....	161
1. INTRODUCCIÓN.....	161
1.1. Primera intuición: la motivación del Derecho requiere buscar la verdad en el proceso.....	161
1.2. Segunda intuición: las justificaciones consecuencialistas de la pena son indiferentes hacia el castigo a inocentes.....	162
2. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO CONDICIÓN DE LA FUERZA MOTIVADORA DEL DERECHO.....	164
2.1. Verdad y fuerza motivadora del Derecho.....	164
2.1.1. La distinción entre caso genérico, caso individual y caso judicial.....	164
2.1.2. Diferencia entre prueba y verdad.....	166
2.1.3. Decisiones sin verdad, un caso: el castigo a inocentes.....	167
2.2. La justificación consecuencialista de la pena.....	168
2.3. Castigo a inocentes: ¿qué inocentes?.....	170
2.4. Tipos de inocentes y fuerza motivadora del Derecho.....	172
2.4.1. Supuestos en los que el castigo a inocentes frustra el fin de motivar conductas (prevenir delitos).....	172
2.4.2. Supuestos en los que el castigo a inocentes no necesariamente frustra el fin de motivar conductas (prevenir delitos).....	174
3. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD, ¿UN OBSTÁCULO PARA LA FUERZA MOTIVADORA DEL DERECHO?.....	174
3.1. Estándares de prueba y verdad.....	175

ÍNDICE

	Pág.
3.2. Estándares de prueba y fuerza motivadora del Derecho	178
4. ALGUNAS NOTAS FINALES	184
EL ESTÁNDAR MÁS ALLÁ DE DUDA RAZONABLE EN EL PROCESO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS, por Miguel Ángel Muñoz García	187
1. INTRODUCCIÓN	187
2. ORÍGENES DEL ESTÁNDAR <i>BEYOND A REASONABLE DOUBT</i> (BARD)	188
2.1. La presunción de inocencia y el conocimiento más allá de toda duda razonable	191
3. INTERPRETACIONES SOBRE EL SIGNIFICADO DEL ESTÁNDAR BARD EN LA DOCTRINA RACIONALISTA DE LA PRUEBA	192
4. EL ESTÁNDAR BARD EN EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO: POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN	205
5. CONCLUSIONES	209
6. BIBLIOGRAFÍA	211
ANÁLISIS Y PROPUESTAS SOBRE EL ESTÁNDAR DE PRUEBA APLICABLE EN CASOS DE CÁRTELES, EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA, por Andrés Fuchs Nissim	213
1. INTRODUCCIÓN	213
2. DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA RACIONAL DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	217
2.1. Fin de la prueba y momentos de la actividad probatoria	217
2.2. Definición y función de los estándares de prueba	218
2.2.1. Fijación del umbral	219
2.2.2. Distribución de errores	220
2.3. Estándares de prueba tradicionales y críticas a su conceptualización	221
3. DE LA PRUEBA DE LOS CÁRTELES	223
3.1. Los cárteles como objeto de prueba	223
3.2. La prueba de los cárteles en Derecho comparado	224
3.2.1. Principales conclusiones sobre el estándar de prueba en Derecho comparado: Estados Unidos y la Comunidad Europea	226
3.3. La prueba de la colusión en Chile	228
4. CÓMO DEFINIR CUÁL DEBE SER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA	231
4.1. Argumentos en soporte de mi tesis	232
4.1.1. Razones económicas: las decisiones de competencia regulan el mercado y, por tanto, es doblemente importante que se resuelva de acuerdo con la verdad de los hechos	233

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
4.1.2. Razones preventivas: disuadir la ocurrencia de cárteles ...	234
4.1.3. Razones de <i>lege lata</i>	235
4.2. Breves comentarios sobre cómo se debe construir el estándar de prueba previamente definido	235
5. CONCLUSIONES.....	238

PRESENTACIÓN

Tanto a nivel de capacitación en programas de formación continuada o posgrado, como a nivel de publicaciones, es común encontrar propuestas de análisis del Derecho probatorio de esta o aquella jurisdicción de un determinado país. Sin embargo, es poco habitual que la perspectiva de análisis no sea la presentación de las normas que regulan la actividad probatoria de que se trate, sino el razonamiento probatorio que permite llegar a ciertas conclusiones sobre los hechos.

El razonamiento probatorio está compuesto por un conjunto de inferencias (normalmente encadenadas) que van desde las afirmaciones sobre los hechos contenidas en las pruebas presentadas al proceso hasta las conclusiones sobre los hechos probados o no probados. Algunas de estas inferencias son deductivas, pero la mayoría de ellas, tratándose de razonamientos sobre hechos del mundo, son inductivas. Siendo así, es claro que el estudio del razonamiento probatorio se apoyará en fundamentos epistemológicos. Necesitamos justificar las conclusiones a las que se arriben sobre la fiabilidad de cada una de las pruebas presentadas en sede de valoración individual de la prueba y también la decisión sobre el grado de corroboración que esas pruebas aporten a las distintas hipótesis en juego. Y antes de ello, hay decisiones intermedias en todo proceso en las que operan también cuestiones relativas a los hechos que necesitan de un razonamiento inferencial: basta mencionar, por ejemplo, las decisiones sobre la admisión de la prueba o sobre medidas cautelares.

Pero, aun siendo esto crucial, el estudio del razonamiento probatorio no se agota aquí. Si así fuera, sus destinatarios casi únicos serían los diversos actores en el proceso (jueces, abogados, defensores públicos o fiscales). En efecto, hay otros aspectos que son cruciales para maximizar el objetivo que todo razonamiento probatorio debe tener: acercarse lo más posible a la averiguación de la verdad sobre los hechos del caso. Esos aspectos tienen que ver más bien con el diseño institucional del proceso y, por ello, se trata de análisis que tienen una perspectiva de *lege ferenda*, si se quiere decir

así, dirigidos hacia los legisladores. Importa aquí no solo qué conclusiones se pueden inferir justificadamente a partir de las premisas (aportadas por las pruebas), sino especialmente qué información entra al proceso para integrar precisamente esas premisas.

Si aceptamos, como es característico de la concepción racional de la prueba, que la averiguación de la verdad es el objetivo de la prueba en el proceso y, en segundo lugar, que cuanto más información relevante y más fiable sea mayor será la probabilidad de acierto en la decisión, entonces no debemos preocuparnos solo por la corrección del razonamiento inferencial, sino también de la cantidad y calidad de la información en que ese razonamiento se basa. En otras palabras, no importan solo las inferencias sino también la selección de las premisas.

Por ello, resultarán también de interés desde esta perspectiva análisis sobre cómo diseñamos las reglas sobre la admisibilidad de la prueba, la distribución de los poderes probatorios, la forma en que se regula la práctica de la prueba, etc. Por poner solo dos ejemplos de esto último: es evidente que la cantidad y calidad de la información sobre los hechos que se puede obtener de las pruebas testificales depende, en parte, de cómo diseñemos la práctica de la declaración testifical y lo mismo se puede decir de las pruebas periciales. Todo ello, además, tiene impacto sobre cuestiones más generales, como la oralidad o la implementación del principio de contradicción.

Así entendido, pues, comprender los alcances del razonamiento probatorio no únicamente puede permitir mejorar la práctica argumentativa de los operadores del proceso judicial, sino también el propio diseño del proceso, haciendo posible un proceso más adecuado para la protección de los derechos. Pero, además, comprender adecuadamente los problemas probatorios que puede acarrear una determinada regulación permitirá también tener instrumentos para mejorar la regulación sustantiva en cualquier disciplina, evitando establecer reglas que indefectiblemente presentarán en su aplicación dificultades probatorias difícilmente superables (como muestra el artículo de GARCÍA RAMÍREZ en relación con el concepto de determinancia en el Derecho electoral mexicano).

Esta fue la idea fundacional que hace cuatro años nos llevó a crear el máster en razonamiento probatorio, que impartimos en doble titulación de las universidades de Girona y Génova. El libro que usted, lector, tiene entre sus manos es el resultado de ello. En el libro se contienen ocho artículos que fueron presentados originalmente como trabajos finales de máster por sus autores y que les permitieron titularse en la primera promoción del máster. Pero no son, desde luego, trabajos de alumnos que empiezan su recorrido en estas lides. Sus autores son académicos, abogados o jueces que aportan ideas originales y arrojan luz sobre problemas muy diversos del razonamiento probatorio (relativos a jurisdicciones y países distintos).

El libro empieza con el artículo de Edgar AGUILERA, titulado «Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito». En él se presenta y defiende una propuesta de complementación de la

agenda de intereses de la epistemología jurídica originalmente planteada por Laudan, proponiendo que el ámbito de reflexión epistemológica se extienda para abarcar también la fase de la investigación del delito (desafortunadamente poco atendida en la literatura sobre epistemología jurídica), con especial atención en la necesidad de evitar sesgos cognitivos que operan sistemáticamente contra el acusado. De este modo, el artículo presenta un modelo de razonamiento probatorio idealmente útil y epistémicamente robusto para la fase de investigación del delito.

El trabajo de Antonio VIEIRA («Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil») aborda el análisis de la fiabilidad de una institución de gran actualidad, especialmente en América Latina en relación con la investigación y enjuiciamiento de casos de corrupción: así, presenta un análisis del instituto de la delación premiada bajo una perspectiva epistemológica, abordando los diferentes tipos de riesgos epistémicos (la mentira, los errores honestos e incluso el riesgo de sobrevaloración epistémica) que se refieren a los casos de colaboración con la justicia, además de proponer algunos mecanismos de control (el *discovery*, la prueba sobre la prueba y el fortalecimiento del control de admisibilidad de las pruebas oriundas de la delación, así como del filtro de admisibilidad de las imputaciones penales) para mitigar estos problemas y reducir las probabilidades de errores judiciales.

El tercer artículo («El principio de facilitación probatoria en el proceso laboral»), cuya autoría corresponde a Paul PAREDES, desarrolla el principio de facilitación probatoria en el proceso laboral peruano, presentándolo como una concreción de la *igualdad por compensación* propuesta por COUTURE. Primero se justifica el principio de facilitación probatoria como método de corrección del error a partir de la situación de dificultad probatoria generada por la desigualdad material, para después discutir las diferentes expresiones o instrumentos que podrían servir de contenido del principio en el proceso laboral.

María de Jesús GARCÍA RAMÍREZ analiza en su trabajo («La prueba de la determinancia en la nulidad de elección por violación al principio constitucional de separación entre las iglesias y el Estado en el Derecho electoral mexicano») la doctrina del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicano, con el propósito de mostrar cómo ha interpretado la determinancia en los casos de nulidad de elección por violación al principio constitucional de separación entre las iglesias y el Estado, la manera en que se ha tenido por demostrada, los cambios advertidos en sus criterios y las razones por las cuales se considera insatisfactoria dicha línea jurisprudencial, a la luz de la teoría de la argumentación en materia de prueba, concluyendo con una propuesta de solución.

El artículo de Alejo GILES («Impacto discriminatorio y razonamiento probatorio: sobre la función epistémica de la estadística en los casos de discriminación indirecta») aborda el problema de la prueba de la discriminación, en particular del tipo de discriminación llamada indirecta, que atiende a los efectos perjudiciales que ciertas normas, políticas o prácticas, neutrales

en su enunciación, producen sobre ciertos grupos vulnerables en comparación con otros. Se propone enfocar la problemática desde la lente del razonamiento probatorio, indagando sobre la función epistémica que puede cumplir el conocimiento estadístico para tener por probada una hipótesis de discriminación indirecta.

El libro concluye con tres trabajos que abordan problemas relativos a los estándares de prueba. El primero de ellos («Algunas consideraciones sobre la verdad en el proceso y la fuerza motivadora del Derecho») se debe a Santiago SÁNCHEZ GAVIER y en él se utilizan herramientas conceptuales del razonamiento probatorio para analizar cómo ciertos diseños institucionales del proceso penal pueden incidir en la fuerza motivadora del Derecho sustantivo. Por un lado se evalúa qué vínculo existe entre esa función del Derecho y la búsqueda de la verdad como fin al que se orienta el proceso penal y, por otro, cómo (y con qué costos) las reglas procesales que consagran estándares de prueba pueden influir en la prevención de delitos.

Miguel Ángel MUÑOZ («El estándar “más allá de duda razonable” en el proceso penal: algunas consideraciones críticas») propone en su artículo una interpretación del concepto de «más allá de duda razonable», previsto como criterio de decisión en el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004), con el objetivo de racionalizar la motivación de la sentencia penal y minimizar el riesgo de arbitrariedad en el juzgamiento.

Finalmente, Andrés FUCHS («Análisis y propuestas sobre el estándar de prueba aplicable en casos de cárteles») presenta el problema de la determinación del estándar de prueba aplicable en el ámbito de la lucha contra los cárteles en el Derecho de la competencia en Chile. En el artículo se defiende la tesis que el estándar de prueba aplicable debe ser uno más cercano al proceso civil que al penal, ya que razones relativas a la necesidad de fallar conforme con la verdad, de disuadir la formación de cárteles y de aplicar de manera estricta el Derecho que regula estas conductas, así lo requerirían. Adicionalmente, el artículo también avanza una respuesta respecto de cómo debe entenderse y aplicar un estándar de prueba como el propuesto, para que el mismo sea racional e intersubjetivamente controlable.

En definitiva, lo que usted, lector o lectora, encontrará en este libro son ocho estupendos ejemplos de cómo el estudio del razonamiento probatorio puede mejorar no solo nuestros procesos judiciales, sino también cómo ser conscientes de los problemas probatorios que una regulación normativa suscita permite mejorar la regulación sustantiva de que se trate. ¡Esperamos que lo disfrute!

Jordi FERRER BELTRÁN
Carmen VÁZQUEZ

UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

Edgar AGUILERA *

1. FALIBILISMO, INSTITUCIONES PÚBLICAS Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

La posibilidad de equivocarnos, como si fuera una sombra, nos sigue a todos lados. Especialmente (aunque no solo), cuando —por diversas razones, motivos o intereses—, intentamos averiguar (individualmente o de forma colectiva, bajo distintos esquemas de cooperación), si ciertos sucesos tuvieron lugar o no¹; o, más técnicamente, al determinar el valor de verdad que racionalmente cabe asignar a proposiciones que afirman o niegan la ocurrencia de hechos pasados².

* Agradezco profundamente la invaluable guía y retroalimentación que el profesor Jordi FERRER me brindó durante la elaboración de mi Trabajo Final para la obtención del Máster en Razonamiento Probatorio (en doble titulación por las Universidades de Girona y de Génova), mismo que constituye el antecedente más directo de este capítulo. Agradezco igualmente las muy atinadas críticas y los comentarios esclarecedores que recibí de parte de los profesores Carmen VÁZQUEZ y Diego DEI VECCHI (integrantes del Sínoo respectivo), así como de parte de los integrantes de la segunda generación del Máster en comento y, en general, de los profesores y doctorandos del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona.

¹ La búsqueda de la verdad sobre lo que ha ocurrido, cuyo descubrimiento nos interesa, como dijimos, por una multiplicidad de motivos, es una actividad a la que, sin contar necesariamente con la destreza y la intuición de un sabueso experimentado, nos entregamos en un sinnúmero de ocasiones en las que queremos darle solución a una variedad de cuestiones empíricas que pueden ir de lo banal o trivial a lo más complejo.

² Con respecto a esta clase de proposiciones, conceptualmente se puede distinguir entre su valor de verdad *objetivo* y el valor de verdad que resulta *racional* o *razonable* atribuirles. El primero depende exclusivamente de su correspondencia (en cuyo caso, el valor será «verdadero») o falta de correspondencia con la realidad (en cuyo caso, el valor será «falso»); mientras que el segundo, de la información con la que contamos, de las inferencias plausibles que de ella podemos extraer, y

La sombra a la que metafóricamente vengo aludiendo se posa obstinadamente sobre nuestro historiador interno o detective aficionado, pues, continuando en el terreno de la investigación del pasado, lo hace cuando no tenemos pruebas de que algo aconteció o de que no aconteció³ (o cuando estas son muy débiles), pero también —aunque perdiendo algo de fuerza o diluyéndose gradualmente, pero nunca hasta desaparecer del todo—, si contamos con ellas, e, incluso, aunque en el contexto en que nos hallemos, las pruebas que hayamos recabado sean consideradas *suficientes* para la toma de decisiones o la resolución de problemas prácticos⁴.

Ello en buena parte se debe a que, si concebimos a la certeza absoluta como la actitud que solo es racionalmente compatible con las conclusiones alcanzadas mediante inferencias o argumentos deductivos⁵ (en cuyo caso, se habría desterrado al error del panorama debido a que las conclusiones que válidamente pudieran obtenerse en un escenario así, además de ser necesarias, solo preservarían la verdad indiscutible o axiomática de sus premisas de partida), no es difícil constatar que, con respecto a cuestiones empíricas, son escasas las oportunidades para que dicha actitud emerja en nuestra vida cotidiana, pues igualmente reducido es el espacio que hay en ella para la defensa *concluyente* de cualquier aseveración sobre el estado en el que el mundo se encontraba (sobre el estado en el que se encontrará, e, incluso, sobre el

de la fuerza del nexo inferencial que una a la información con las conclusiones respectivas. Dicho en otros términos, el valor de verdad objetivo sería una noción *metafísica*, mientras que el valor de verdad racional o razonable, una noción *epistémica*, pues hace alusión, no a cómo son las cosas, sino al esfuerzo que hacemos por conocerlas. Esfuerzo que, como se insistirá en el cuerpo del texto, puede no ser exitoso, y, por tanto, conducirnos al error.

³ Casos en los que es natural pensar que el riesgo de errar es mayor y en los que normalmente se diría que carecemos de justificación para creer y/o aceptar la proposición fáctica respectiva.

⁴ Como se sabe, para establecer si las pruebas disponibles son suficientes, comúnmente se tiene que apelar a cierto criterio o estándar que para tales efectos se encuentre vigente en el contexto específico de indagación. Las pruebas recabadas pueden satisfacerlo o no. Cuando ocurre lo último, pese a que las pruebas con las que se cuente sean capaces de sustentar racionalmente la creencia en la proposición de que se trate, esta no puede ser tenida por verdadera —y, por tanto, no puede emplearse como premisa de ningún razonamiento—, al menos en el ámbito de decisión regido por el estándar de suficiencia respectivo. Esto no significa que fuera de ese ámbito —o incluso dentro del mismo, pero sin que se den las consecuencias institucionales vinculadas a la satisfacción del estándar vigente—, no se pueda creer justificadamente en la proposición cuyas pruebas no resultaron suficientes; pero, aunque la creencia en ‘p’ pueda estar justificada, lo que importa para la mayoría de los contextos especializados de indagación empírica, como las ciencias, pero más claramente, en el derecho, es si podemos justificadamente «aceptar» ‘p’ (en el caso del Derecho, ‘p’ sustituye una proposición sobre hechos jurídicamente relevantes). Por no ser espontánea y por su sensibilidad al contexto, la actitud de aceptación de una proposición es la que parece ser más compatible con el funcionamiento de los distintos estándares de prueba de entre los que la comunidad de indagación puede elegir alguno. Véase Jordi FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 79-101.

⁵ En términos generales las inferencias o argumentos deductivos son instancias particulares de patrones o esquemas de razonamiento que *preservan la verdad* o que nos dicen lo que *necesariamente* se sigue de —y que ya figuraba implícitamente en— las premisas correspondientes. Dichos argumentos responden, entre otros, a los principios de necesidad (sus conclusiones, como vimos, son necesarias), de reflexividad (sus conclusiones reflejan o, de algún modo, reiteran la información previamente contenida en las premisas y de ahí que no sirvan para aportar conocimientos nuevos) y de monotonía (la conclusión persiste, aunque a las premisas de partida se añada más información, es decir, otras premisas).

estado en que se encuentra), lo cual vale también para las actividades científicas (sobre todo, empíricas) de la más diversa índole y por más consolidadas que se encuentren las disciplinas en cuestión⁶.

Sin caer en el escepticismo, esta visión de nuestra situación cognitiva a la que se conoce como «falibilismo», es ampliamente aceptada en la discusión epistemológica contemporánea⁷; pero, sin muchas complicaciones, puede tomarse como un presupuesto de sentido común. Dicho de otro modo, no parece necesario tener que ser un especialista en esa rama de la reflexión filosófica a la que conocemos como epistemología para percatarnos de la plausibilidad de la tesis falibilista.

Si resulta entonces sensato asumir que somos criaturas cognitivamente falibles (rasgo que se acentúa en escenarios de incertidumbre, en donde la información de la que extraemos inferencias suele ser incompleta, ambigua y solo relativamente fiable), creo que es al menos igual de prudente pensar que nuestras instituciones públicas también lo son (particularmente las encargadas de aplicar el derecho vigente, es decir, las instituciones que ejercen facultades jurisdiccionales, las cuales suelen lidiar precisamente con el problema de reconstruir, con base en las pruebas disponibles, ciertos sucesos jurídicamente relevantes), pues no son sino seres humanos —hombres y mu-

⁶ TUZET [véase Giovanni TUZET, «Usos jurídicos de la abducción», en GARCÍA AMADO y BONORINO (COORDS.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*, Granada, Comares, 2014, pp. 121 y ss.], nos pide imaginarnos cómo transcurriría la vida en el país de Securia en el que sus habitantes solo razonan deductivamente. En ese lugar los científicos y los juristas pasan el tiempo extrayendo las conclusiones deductivas de las premisas que ya disponen (los primeros, quizá de forma innata y los segundos, contenidas en su sistema jurídico). En ese sentido, sus productos, es decir, su ciencia (jurídica en el caso de los segundos), es tenida en alta estima *como una forma de certeza indubitable*. Sin embargo, cuando los científicos de Securia enfrentan hechos nuevos o sorprendidos, se quedan bloqueados, incapaces de inferir nada (salvo por ciertas banalidades deductivas), imposibilitados para ofrecer una explicación de dichos hechos. Y ello debido a que, por su novedad o sorpresa, no se les pueden aplicar los conocimientos de partida (que junto a sus consecuencias deductivas constituyen todo el acervo de información del que los habitantes de Securia podrán echar mano; dicho de otro modo, ese acervo nunca aumentará). Algo semejante ocurre con los juristas de esta región, quienes, ante un caso nuevo o no contemplado por su sistema jurídico, se quedan inertes, incapaces de establecer un encuadre jurídico para dichos casos y de determinar sus consecuencias normativas. Pero lo mismo sucede con el hombre común, quien en contextos de incertidumbre y de información incompleta se quedará sin poder inferir nada útil, con lo cual peligraría su adaptación al medio y, por tanto, su supervivencia. En un mundo como el nuestro en el que pareciera la situación por defecto es la incertidumbre y la información incompleta, echar mano del razonamiento deductivo de poco nos sirve. Lo que hacemos normalmente es hacer uso del razonamiento no demostrativo (inductivo, abductivo, analógico, etc.). Una de las áreas en que más dependemos de esa clase de razonamiento es justo la reconstrucción (mental) de hechos pasados con base en las pruebas de las que disponemos, las cuales, en un primer momento (cuando entramos en contacto con ellas), requieren de un esfuerzo intelectual de nuestra parte consistente en conjeturar qué pudo haberlas causado, es decir, una hipótesis que explique su presencia, para después predecir qué otras pruebas tendríamos que poder recolectar si fuere verdadera esa hipótesis, en cuyo caso quedaría, al menos en principio, confirmada, lo que no significa que tal hipótesis sea definitiva o concluyente.

⁷ Véase Stephen HETHERINGTON, «Fallibilism», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en <https://www.iep.utm.edu/fallibil/>; Michael SUDDUTH, «Defeaters in Epistemology», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en <https://www.iep.utm.edu/ep-defea/>; Robert KOONS, «Defeasible Reasoning», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>.

jeros de carne y hueso, intentando actuar en concierto— quienes las operan y cuya falibilidad no desaparece por el solo hecho de obrar en el marco de alguna institución (al contrario, en ocasiones se incrementa).

En este sentido, pese a que quizá para algunos no sea políticamente correcto (sobre todo, para los funcionarios involucrados y, en general, para el Estado), no deberíamos huir de reconocer, sin miramientos, ni concesiones, que dichas instituciones, con mayor o menor frecuencia, yerran en términos fácticos, y que seguirán haciéndolo (es decir, incurriendo ocasionalmente y, a veces, regularmente, en una falta de correspondencia entre lo que afirman o niegan que ocurrió y la manera de ser del mundo). Esto sucede por más que sea encomiable su propósito o misión, por más sensible o delicado que sea el ámbito en que sus miembros ejercen sus funciones y por más que estos tengan la mejor disposición, que estén adecuadamente adiestrados y que cuenten con los recursos necesarios (cosa que, desafortunadamente, puede y suele, no ser el caso).

Pues bien, un conjunto importantísimo de esas instituciones es el conformado por los sistemas de procuración e impartición de justicia penal. Y es la *epistemología jurídica* —al menos como LAUDAN propone entenderla—⁸ una de las disciplinas que, en principio y explícitamente, no solo reconoce, sino que pretende hacerse cargo de su falibilidad (o, en otras palabras, de apuntalar su vocación de averiguar la verdad). ¿Cómo? Sugiriendo ciertas medidas genéricas —que básicamente proponen la eliminación o modificación de algunas de las reglas procesales que suelen estar típicamente presentes—⁹, al efecto de reducir a, y de mantener en, un rango aceptable (idealmente, al mínimo inevitable), los casos en que la falibilidad institucional referida cobra una factura concreta de errores fácticos, es decir, de conclusiones acerca de hechos —en este caso, reconocidos como delitos por el ordenamiento respectivo—, que no reflejan la forma en que en realidad acontecieron; cosa que paradigmáticamente ocurre cuando el sistema emite sentencias condenatorias falsas, es decir, cuando produce «falsos positivos», y cuando emite sentencias absolutorias falsas o cuando produce «falsos negativos».

Reflexionar sobre las condiciones institucionales que minimizarían las probabilidades de que se cometan estas dos clases paradigmáticas de error (falsos positivos y falsos negativos en conjunto), es entonces el objetivo principal de la epistemología jurídica. Sin embargo, se nos presentan varias alternativas para llevar a cabo esa reflexión. Una de ellas (por la que opta el propio LAUDAN) es centrarse exclusivamente en el análisis de las credenciales epistémicas de las reglas procesales que estructuran tanto la fase en la que se discute sobre la admisibilidad de las pruebas recabadas, como la fase del juicio oral. Ahora bien, pese a la importancia innegable de esa agenda, nada impide que amplíemos nuestras miras de modo que abarquemos las fases

⁸ Véase Larry LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen VÁZQUEZ y Edgar AGUILERA, Madrid, Marcial Pons, 2013.

⁹ Sobre todo, en los procedimientos de corte adversarial, acusatorio y oral, como el de Estados Unidos, que es el sistema al que LAUDAN dirige su atención, no sin antes invitar a que la reflexión epistemológica tenga lugar con respecto a todo tipo o modelo de procedimiento penal.

previas, en concreto, la etapa de investigación del delito, y de modo que nos beneficiemos de una comprensión más integral u holística de las raíces de las disfunciones epistémicas del sistema de referencia.

Mi interés medular en este trabajo radica en defender la segunda de estas alternativas y en realizar una contribución modesta al desarrollo de ese programa más extenso y ambicioso de investigación epistemológico-jurídica que resulta de andar por esa ruta¹⁰. Sostengo que este camino es más provechoso en el caso de países como México (y de otros que se encuentren en circunstancias semejantes), en el que, pese a la reciente reforma procesal que lo ha hecho transitar (al menos en el papel) de un proceso preponderantemente inquisitivo a uno de corte acusatorio, persisten las herencias e inercias del proceso anterior, entre las cuales cabe destacar la vigencia en la práctica (con todos sus efectos perniciosos) de un modelo *autoritario* de investigación criminal que choca con las aspiraciones garantistas del proceso acusatorio implementado al nivel del discurso oficial. En el apartado 3 desarrollaré con mayor detalle la defensa de la epistemología jurídica *sensible al contexto* de la que vengo hablando, y en los apartados 4 y 5 sentaré las bases de un modelo de razonamiento probatorio idealmente útil (y epistémicamente robusto) para la fase de investigación del delito (que es una forma, como dije antes, modesta, de aportar a esa agenda ampliada de reflexiones epistemológico-jurídicas). Como preámbulo, dedicaré el apartado 2 a presentar y discutir algunas de las lecciones más interesantes y de las limitaciones más evidentes del proyecto de epistemología jurídica originalmente planteado por LAUDAN.

2. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA Y SU ADVERTENCIA CONTRA LOS EXCESOS DEL «GARANTISMO PENAL EXTREMO» (O DEL «HIPERGARANTISMO»)

Desde mi punto de vista, una de las más valiosas (aunque controvertidas e impopulares) lecciones que podemos extraer del trabajo de LAUDAN, tiene que ver con su enérgico llamado de atención a los excesos, en términos de disfunciones epistémicas (es decir, en términos del incremento innecesario y exponencial de la cifra total de errores fácticos —falsos positivos y falsos negativos considerados en conjunto— que se pueden cometer en un periodo determinado), en los que, en el marco del diseño, la reforma y/o la imple-

¹⁰ Dicho de otro modo, pretendo poner de relieve la conveniencia de concebir a la agenda del programa epistemológico-jurídico originalmente propuesto por LAUDAN, no como un canon grabado en piedra, sino como un «trabajo en progreso», como una suerte de organismo vivo con una considerable capacidad de adaptarse al ambiente y a las circunstancias en que se encuentra inmerso (o en que se le hace estar inmerso). Sostengo que ser *sensible a su contexto de aplicación* es uno de los principales rasgos que, con mayor contundencia, contribuyen a incrementar la relevancia y los aportes de la epistemología jurídica a las discusiones sobre el diseño, reforma e implementación de un procedimiento penal. Sin esa sensibilidad, o sea, pretendiendo aplicar las sugerencias del proyecto laudiano original como receta, corremos el riesgo de elaborar diagnósticos errados en torno al estado de salud epistémica en que se encuentra el procedimiento penal de referencia, y de aplicar una terapia epistémica inapropiada (que bien puede acentuar, en lugar de mitigar, las disfunciones epistémicas que se padecen).

mentación de un procedimiento penal, podemos caer si nos dejamos llevar *demasiado* por la indudablemente sensata preocupación (o por el objetivo a todas luces legítimo) de evitar que el sistema condene al inocente con regularidad, lo cual, como es sabido, al ser comparado con absolver al genuinamente culpable, ha sido mayoritariamente considerado por las sociedades occidentales como el error más grave (diez veces más grave, si congeniamos con las intuiciones de *sir* William BLACKSTONE).

Al menos en gran parte del mundo occidental, la configuración del procedimiento penal frecuentemente refleja esa consideración (de que las condenas falsas son mucho más graves que las absoluciones falsas), en el sentido de contener un buen número de reglas, principios, y, en general, de dispositivos orientados a hacer más probable que si y cuando se cometan errores, estos pertenezcan preponderantemente a la clase considerada (comparativamente) menos costosa, es decir, a la clase de las absoluciones falsas (o falsos negativos)¹¹.

Entre los más importantes de esos dispositivos, como también es sabido, se encuentran la presunción de inocencia, la imposición al Estado de la carga de la prueba y el establecimiento del estándar «más allá de toda duda razonable» (u otro equivalente) como criterio de suficiencia probatoria (es decir, como requisito de cuya satisfacción depende que la presunción de inocencia sea derrotada y, por tanto, la emisión válida de una sentencia condenatoria).

No obstante, como reflejo de un deseo desmedido de hacer todavía más difícil que se condene al inocente, a dichas medidas se les suelen sumar otras, como la de optar por un estándar de prueba aún más severo y/o las que, en términos generales, violan el principio epistémico (y hasta de sentido común) que exige del juzgador de los hechos (juez o jurado) que considere todas y solo las pruebas lógicamente relevantes (es decir, todas las pruebas que incrementan y/o disminuyen la probabilidad de que la hipótesis inculpatoria sea verdadera), al establecer diversos supuestos de exclusión probatoria que, si son satisfechas las condiciones respectivas, han de respetarse pese a la relevancia de la información contenida en el medio de prueba que resulte excluido y, por tanto, en detrimento de la calidad de la decisión final¹².

¹¹ En ese sentido, se trata de una suerte de elección del menor de dos males.

¹² Cabe mencionar que existen medidas que, aunque no constituyan supuestos de exclusión probatoria en sentido estricto, son preliminarmente sospechosas desde la óptica de la Epistemología Jurídica, pues tienen también el efecto de impedir que el juzgador entre en contacto con toda la información que podría ser relevante para maximizar las probabilidades de que, al decidirse el caso, se averigüe la verdad. Algunos ejemplos de esas medidas son la figura de los «testigos privilegiados», a quienes se les confiere la potestad de decidir si ofrecen o no su testimonio (como el caso de los cónyuges cuando lo que podrían decir incrimina a su consorte), el caso de la información protegida por razones como el secreto profesional (que rige entre abogados y clientes, entre psicólogos y/o psiquiatras y sus pacientes, entre periodistas y sus fuentes, etc.) o el secreto de confesión (tratándose de cultos religiosos), o el caso del derecho del acusado a guardar silencio, lo cual se traduce en que, si así lo quiere (y normalmente ese es el consejo de su defensor), puede decidir no cooperar con la policía y/o no tomar el estrado durante el juicio respectivo (privando con ello al procedimiento de su punto de vista sobre los hechos, es decir, de una explicación alternativa de estos en la que, tal vez y dado que los detalles podrían ser conocidos