

## CRÍTICA A LA “CONVICCIÓN ÍNTIMA” COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA PENAL

Edgar R. AGUILERA GARCÍA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Comentarios preliminares acerca del estándar de prueba*. III. *La “prueba plena” o “convicción íntima” como estándar de prueba en materia penal en México*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En su libro *Truth, Error, and the Criminal Law*,<sup>1</sup> considerado por los críticos como el mejor libro que se ha escrito en los últimos sesenta años sobre las conexiones entre la epistemología y el derecho, Larry Laudan propone el conjunto de problemas y líneas de investigación que habrán de dar cuerpo a la agenda contemporánea de la epistemología jurídica.

El hilo conductor de la obra es la idea de que, en la ruta por lograr que, en materia penal, aquello que un juez declara como probado tenga altas probabilidades de dar cuenta de lo que en realidad sucedió (lo cual apunta hacia la emisión de fallos judiciales justos), es decir, que sea más aproximado a la verdad, algunas de las reglas que conforman la estructura de los procedimientos penales adquieren un papel determinante. Específicamente las que tienen que ver, por un lado, con la construcción del conjunto de los elementos de juicio que habrán de servir de

\* Estudiante del quinto semestre del programa de doctorado en derecho por investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, dirigido por los doctores Enrique Cáceres Nieto, Juan Vega Gómez y Larry Laudan. Agradezco ampliamente a mi comité por sus sugerencias atinadas, sobre todo a mi tutor principal, el doctor Cáceres, por su guía y consejos invaluable.

<sup>1</sup> Véase, Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Nueva York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2006.

base a la decisión final, y por otro, las que se refieren a la valoración de dichos elementos (sin olvidar claro, las reglas que establecen presunciones y cargas probatorias). La tarea del epistemólogo, en este caso Laudan, es la de elaborar un diagnóstico acerca de lo apropiado que el diseño del procedimiento es para alcanzar este objetivo.

El análisis de Laudan parte del reconocimiento de que la averiguación de la verdad no es el único fin que se persigue cuando se diseña la estructura de un procedimiento penal. Otros fines, como el de la obtención de una determinada distribución de los errores previsibles, o la protección que deseamos dar al acusado, etcétera, entran en juego también.<sup>2</sup> Dirijamos nuestra atención, para los efectos de este artículo, a la cuestión de la distribución del error.

¿De qué tipo de errores estamos hablando? De errores epistémicos, es decir, de aquellos casos en que el juez declara probadas aseveraciones que se refieren a hechos que no acontecieron, o cuando declara no probadas aseveraciones relativas a hechos que efectivamente tuvieron lugar. Nos referimos pues a las condenas falsas y a las absoluciones falsas.

Ya desde la época de los empiristas ingleses,<sup>3</sup> se estableció que nuestras indagaciones sobre hechos del pasado no pueden aspirar a establecer verdades absolutas. En el ámbito de la filosofía de la ciencia, la era del falsacionismo, inaugurada por Popper y sus seguidores, se ha convertido en un presupuesto en lo que toca a la elaboración de teorías científicas.<sup>4</sup> De hecho, el eslogan de los pos-poppereanos pragmatistas, como Deborah Mayo, es precisamente el aprender de nuestros errores para depurar nuestras técnicas de experimentación.<sup>5</sup>

Es simplemente racional considerar que en el caso del contexto judicial, la sombra del error de igual modo está presente. ¿Qué hacer con este hecho? Parte de la respuesta intuitiva es hacer el mejor esfuerzo posible por producir el mínimo de errores de los dos tipos, misión de lo que Laudan denomina “el núcleo duro” (*hard core*) de la epistemología jurídica. El complemento de lo anterior consiste en considerar cómo queremos que los errores que eventualmente se produzcan sean distribuidos, tarea que incurre en los dominios del “núcleo suave” (*soft core*) del proyecto de Laudan.

2 *Ibidem*, pp. 1-3.

3 Véase Hume, D., *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Digireads.com, 2006.

4 Véase Popper, Karl, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge, 2002.

5 Véase Mayo, Deborah, *Error and the Growth of Empirical Knowledge*, University of Chicago Press, 1996.

¿Cómo decidir la forma de distribución de los errores previsibles? Mediante un análisis de los costos asociados a cada tipo de error. En este sentido, históricamente las sociedades occidentales han considerado mucho más grave y, por tanto, mucho más costoso el error consistente en una condena falsa (que implica que personas inocentes sean privados de su libertad o incluso muertos cuando no cometieron los delitos que se les imputa). La proporción de Blackstone refleja estas consideraciones: nos dice que en diez errores, preferimos que hasta nueve, consistan en absoluciones falsas, o lo que es lo mismo, que estamos dispuestos a tolerar sólo una condena falsa por cada diez errores que se cometan.<sup>6</sup>

¿Cómo podemos garantizar que en un periodo de operación determinado el sistema de impartición de justicia reportará la proporción de errores escogida? Mediante la especificación de lo que en los países de la tradición jurídica del *common law* se ha denominado el "Estándar de Prueba" (E de P). El E de P desempeña la función de establecer las condiciones que han de ser satisfechas a efecto de que el juez pueda declarar válidamente que 'p' (una aseveración acerca del mundo, por ejemplo, López intencionalmente golpeó a García con un martillo en la cabeza") ha sido probada.

Estándares como el de "Mas allá de toda duda razonable" (MATDR) o "la convicción íntima" del juzgador (en la tradición jurídica romano-germánica) muestran con su severidad la disposición de la sociedad a tolerar un mínimo de condenas falsas en comparación con las absoluciones falsas. Lo que estos estándares dicen, al menos en principio, es que si el juez encuentra una pequeña falla en el caso del fiscal o Ministerio Público,<sup>7</sup> un asomo de duda (razonable), el sistema requiere de una absolución. Con estándares tan severos en operación puede darse, e incluso sucede frecuentemente, que el juez absuelve (siguiendo la regla en donde se establece el E de P en cuestión) a pesar de que haya mucha evidencia en contra del acusado.

No es mi intención en esta ocasión sugerir nada acerca de lo adecuado de la proporción de Blackstone antes mencionada, ni argumentar a favor de distribuciones alternativas de los dos tipos de error; mi discusión tiene lugar en un nivel de abstracción más general. Es así que me interesa plantear algunas críticas a la subjetividad de los estándares que siguen la línea de los dos anteriormente mencionados, los cuales abren

<sup>6</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 63-88.

<sup>7</sup> No quiero sugerir que ambas expresiones denoten una y la misma institución jurídica. Obviamente hay muchas diferencias en términos de su papel y funciones que desempeñan. Sin embargo, por ahora, esas diferencias no resultan fundamentales para la discusión.

la puerta a la discrecionalidad del juzgador para determinar cuándo estamos ante la presencia de una prueba de 'p'.

## II. COMENTARIOS PRELIMINARES ACERCA DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Para que el juez esté en aptitud de decidir si 'p' pertenece a PP (el conjunto de las proposiciones probadas), las condiciones de membresía que idealmente son propuestas por el E de P deben exhibir dos rasgos fundamentales: 1) deben ser lo suficientemente claras como para generar en la comunidad judicial relevante, un consenso en cuanto a su interpretación de tal modo que la determinación de su satisfacción o no en los casos prácticos, no se preste a ambigüedades graves derivadas de la incontrolada atribución de sentidos que cada operador podría hacer respecto de los términos que expresan las condiciones aludidas, y 2) deben referirse al aspecto, apariencia, configuración, es decir, a cómo debe lucir la evidencia en apoyo de 'p'. El sentido en que empleo "evidencia" denota a la estructura argumentativa resultante de la *sistemización cognoscitiva*<sup>8</sup> de diversas proposiciones mediante criterios coherentistas y fundacionalistas.<sup>9</sup> Sabemos que la relación de inferencia que va de las premisas a la conclusión del argumento no es necesaria sino sólo probable o plausible, no obstante, puede hablarse de mayor o menor fortaleza del nexo inferencial en función del denominado *peso probativo*<sup>10</sup> que las premisas se encuentran transmitiendo hacia la conclusión deseada. Por tanto, puede hablarse de un mayor o menor sustento para 'p' según las características que la arquitectura argumentativa en que está inserta presente. Siguiendo esta línea de razonamiento, toda estructura argumentativa en apoyo de 'p' constituye evidencia de 'p'; sin embargo, no toda evidencia de 'p' deviene en prueba de 'p', salvo aquella(s) estructura(s) privilegiada(s) por algún modelo de estándar de prueba que la(s) proponga como condición(es) de membresía para PP en algún dominio particular. En otras palabras, el estándar de prueba específica en qué momento se efectúa la transición de evidencia a prueba.

En este momento estamos en posibilidades de profundizar un poco más sobre el concepto de estándar de prueba, término con el que me referiré a las teorías o modelos cuyo propósito es proponer una serie de

<sup>8</sup> Véase, Rescher, Nicholas, *Cognitive Systematization. A Systems-Theoretic Approach to a Coherentist Theory of Knowledge*, Rowman and Littlefield, 1979.

<sup>9</sup> Véase, Haack, Susan, *Evidence and Inquiry. Towards Reconstruction in Epistemology*, Estados Unidos, Blackwell Publishers, 2003.

<sup>10</sup> Véase, Walton, Douglas, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2005.

condiciones de membresía para PP que efectivamente posean las cualidades de restringir al máximo posible la vaguedad de sus términos y de referirse al aspecto que debe revestir la evidencia (en el sentido antes mencionado) que le proporciona soporte a 'p'. De la definición anterior se sigue que siempre y cuando los jueces cuenten con un estándar de prueba se encuentran entonces en aptitud de desempeñar adecuadamente la tarea de fijar los hechos de la controversia.

### III. LA "PRUEBA PLENA" O "CONVICCIÓN ÍNTIMA" COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

"Prueba plena" denota al estándar de prueba que opera en México en materia penal, el equivalente al estado de "convicción íntima" que debe anteceder a la emisión de una sentencia condenatoria. En este sentido la prueba plena constituye el umbral de cuya satisfacción, mediante el proceso de adminiculación probatoria, depende la justificación de la declaración de hechos probados a cargo del juez, relativa a la hipótesis de culpabilidad. En términos de las condiciones de membresía para el conjunto de las proposiciones probadas que el estándar de la prueba plena propone, tenemos lo siguiente: 'p' (la aseveración consistente en "López cometió el delito X") pertenece a PP sí y sólo sí el juez considera estar *íntimamente convencido* (totalmente persuadido, con la certeza absoluta, etcétera) de la culpabilidad del acusado. O en su modalidad de regla de decisión para el juez: "condene sí y sólo sí usted se encuentra *íntimamente convencido* (totalmente persuadido, con la certeza absoluta, etc.) de que el acusado cometió el delito".

A lo que invita el estándar de la prueba plena es a que una vez que en la mente del juzgador se haya formado la creencia de que el acusado cometió el delito(s) que se le imputa(n), lleve a cabo un meta-análisis acerca de la intensidad de su propio convencimiento respecto del contenido de dicha creencia, y sólo cuando sea consciente de que ese convencimiento es firme, íntimo o absoluto, está autorizado para concluir que el acusado es culpable.

La crítica que Laudan lanza en contra de la prueba plena o convicción íntima<sup>11</sup> es que no se trata de un estándar de prueba genuino. La convicción íntima pervierte el sentido de lo que significa contar con un estándar de prueba para algún dominio particular de decisión: *Normalmente* a la pregunta "¿por qué se siente usted firmemente persuadido de 'p'?", los científicos responderían algo como "porque tengo una prueba

11 Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 29-62.

de ello”, y luego procederían a explicar la estructura de dicha prueba, es decir, a especificar el estándar, criterio o política de lo que en su dominio particular, para esa afirmación en específico, significa contar con una prueba de ‘p’. Por su parte, el estándar penal que opera en México incurre en una circularidad viciosa: “¿Por qué está usted firmemente persuadido de la culpabilidad del acusado?” sería una cuestión a la que el operador judicial mexicano respondería “porque tengo una prueba de ello”. Hasta aquí las cosas van bien, pero el problema salta a la vista cuando indagamos por la estructura de dicha prueba: “¿En qué consiste su prueba sobre la culpabilidad del acusado?” La respuesta, “en que estoy firmemente persuadido de que cometió el delito”. En el caso anterior, la existencia de una prueba justifica el estado de convicción del investigador, mientras que en el último, en el caso del estándar mexicano, lo que se quiere justificar y la razón de su justificación, tienen la misma identidad, el propio estado de convicción.

El punto clave que hay que comprender es que el criterio de la convicción íntima fracasa en hacer referencia a la arquitectura argumentativa en que la conclusión de que el acusado cometió el delito puede verse inmersa. No realiza especificación alguna respecto del grado de fortaleza que debe estar presente en el nexo inferencial que une a las premisas del argumento con su conclusión. En concreto, no deja claro en qué momento tiene lugar la transición de evidencia a prueba.

De hecho, al hacerse depender la emisión de condenas de los estados de convicción íntima que, respecto de la culpabilidad del acusado experimentan los operadores judiciales, se están abriendo las puertas a la irracionalidad (algo que, paradójicamente, intentamos evitar mediante la incorporación de un estándar de prueba). El punto consiste en que dichos estados de convicción pueden emerger sin que necesariamente haya alguna conexión entre ellos y la evidencia disponible.

### 1. *Caso imaginario 1*

Alguien puede estar plenamente convencido de creencias irracionales tales como sus propios prejuicios.<sup>12</sup> Por ejemplo, supongamos que un

12 La participación de la voluntad en la incorporación de creencias a nuestro sistema cognitivo es un tema que se inscribe en los motivos para creer. Villoro expone que hablar de los motivos que alguien tiene para creer en ‘p’ corresponde a una de las explicaciones de porqué el sujeto en cuestión cree que ‘p’. Las otras dos formas de explicar la cuestión tienen que ver respectivamente con lo que denomina los antecedentes biográficos y culturales del sujeto, y con las razones que justifican ‘p’. Véase Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, 17a. ed., México, Editorial Siglo XXI, 2006, pp. 74-76.

juez se ha formado la creencia de que todos los acusados de un crimen son culpables, o para matizar por si a alguno le ha parecido exagerado, supongamos que sólo cree que todos los individuos pertenecientes a estratos socio-económicos bajos, o de cierta raza, o de determinada preferencia sexual (cada uno siéntase en libertad de colocar en la frase su prejuicio preferido), resultan ser culpables de los delitos que se les imputan (incurriendo claro, en una falacia de generalización apresurada). De hecho no sólo lo cree, sino que estaría dispuesto a apostar su vida a que es el caso. Desde que inicia un proceso, él está plenamente convencido de que el acusado es culpable. Supongamos ahora que la totalidad de los integrantes de nuestra comunidad judicial "imaginaria" están igualmente convencidos de que las cosas son así. Mejor sería encerrar a los miembros de la clase respecto de la que el prejuicio se ha institucionalizado, desde el momento en que se consigna su asunto, y arrojar la llave muy lejos de nosotros. Podríamos prescindir del proceso puesto que el requisito para la condena ha sido satisfecho desde el momento en que el juzgador conoce en forma oficial del expediente. Incluso, si el juez pudiera actuar como fiscal (como sucede en otras partes del mundo), el requisito está satisfecho desde que se entera de la acusación, desde que el ciudadano Pérez presenta una denuncia en contra del ciudadano López (claro, si López es miembro de la clase perjudiciada). Podríamos, en esta situación, prescindir no sólo del proceso, sino del procedimiento completo.

Alguien podría argumentar que esto no podría pasar debido a que la *verdadera intención* de nuestros legisladores es que la convicción íntima surja *directamente* de la evaluación de la evidencia disponible en cada causa penal, y por tanto, el juez tendría necesariamente que hacer contacto con los medios de prueba ofrecidos por el fiscal y/o por la defensa, no podría simplemente considerarlos irrelevantes para la formación de su convicción. "No hay problema" dirían nuestros jueces prejuiciosos del caso anterior, "en tales circunstancias consideraremos *siempre suficientes* las pruebas aportadas por el fiscal",

...lo que sea que el ministerio presente como evidencia, al consignar o dentro del proceso (si ofrece más pruebas dentro del proceso, lo cual es improbable, puesto que desde que se consigna el estándar ha sido satisfecho, pues aún mejor), lo consideraremos prueba de la culpabilidad del acusado, y nos basaremos en esa "prueba" para "justificar" nuestra decisión de condenarlo.

Esta actitud de intentar favorecer la versión de la historia que ofrece el Estado, podría funcionar como la tendencia determinante del empleo de las reglas de procesamiento de la información (recursos cognitivos) disponibles para la comunidad en cuestión. Por ejemplo, tal vez los operadores judiciales decidan importar injustificadamente algunos principios aplicables a otras ramas del derecho, como el caso de la “presunción de legalidad de las autoridades administrativas” del derecho fiscal, de manera que lo actuado por el ministerio tenga a su favor una predisposición de parte del juzgador a considerarlo válido; o quizá se decida considerar derrotada la presunción de inocencia desde el momento en que el juez admite la consignación de un asunto, trasladándose así la carga de la prueba al acusado para que, dentro del proceso, demuestre lo contrario a las imputaciones que le hace el Estado, etcétera; o tal vez, recordando los orígenes romanos de nuestro sistema jurídico, simplemente se haga depender la validez de las declaraciones de hechos probados, del seguimiento de rituales, del pronunciamiento de ciertas fórmulas oficiales (de machotes y formatos insensibles al contexto particular), como se muestra a continuación:

## 2. *Caso imaginario 2*

Propongo un segundo caso de comunidad judicial imaginaria. El Estado al que pertenece ha venido fracasando en los intentos por ofrecer seguridad pública a sus ciudadanos. Los índices de criminalidad crecen alarmantemente. El panorama se complementa con el actuar deshonesto de los funcionarios encargados de la procuración e impartición de justicia, que ha hecho que forme parte de la sabiduría popular la creencia de que el dinero libra a quien sea (salvo que se tenga alguna línea política en su contra) de pisar la cárcel, independientemente de si efectivamente cometió el delito o no. De hecho, la creencia es la siguiente: quien se libra de la justicia en algún punto del procedimiento penal, lo ha hecho porque ofreció dinero (y las autoridades aceptaron, o incluso motivaron el soborno), y si ofreció dinero es porque efectivamente cometió el delito que se le imputaba y quería evitar las consecuencias de sus acciones. Cuando un juez penal osa exonerar de cualquier cargo a algún acusado, la sociedad civil, apoyada por la operación de sus medios de comunicación, interpretan la decisión del juez como un acto que directamente atenta contra la seguridad pública (dado que seguramente el absuelto era culpable), tachando de inmediato al juzgador como corrupto. El sistema de justicia de nuestra historia imaginaria, luego de hacer un balance costos-beneficios, considera que no puede permitir que la lectu-

ra de corrupción crezca, so pena de un colapso a gran escala (que bien podría provocar levantamientos populares, insurgencias, etcétera) y decide, así, modificar sus prácticas, institucionalizando la creencia en sus operadores de que *todo* acusado consignado por el fiscal es culpable, ya no sólo los pertenecientes a alguna clase, como en el caso anterior. Al paso de poco tiempo, aplicando el estándar de la prueba plena o la convicción íntima, el sistema ha logrado que, por lo menos en la primera instancia, más del 95% de las sentencias emitidas sean sentencias condenatorias. De paso, estas cifras son empleadas por el ejecutivo en turno como estandarte del combate a la delincuencia (todos han sacado provecho). Previendo que alguien pudiera intuir que los estados de convicción nada tienen que ver con la evidencia disponible (más específicamente, que nada tienen que ver con la satisfacción de un estándar de prueba específico, salvo de manera periférica) y que se están empleando instrumentalmente para que crezcan las cifras de los condenados, la Suprema Corte se ha pronunciado en el sentido de que los estados de convicción en la culpabilidad de los acusados deben estar *directamente vinculados con las pruebas*. Mediante el simple empleo de frases sacramentales como "como se desprende de autos", "como se sigue de las pruebas presentadas", o cualquier variante de estas expresiones, los juzgadores han logrado ajustarse al requisito de esta interpretación del criterio, sin que la estructura de la motivación de sus sentencias exhiba las razones por las que consideran satisfecho un estándar de prueba (que en realidad no existe), pero, a su vez, sin verse modificado en nada el porcentaje de sentencias condenatorias que emiten. Ellos están firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado que se les presente (como resultado de la institucionalización de esta creencia) y por vía del empleo de ciertas palabras mágicas (nótese el aspecto demiúrgico del discurso jurídico)<sup>13</sup> han logrado establecer, claro, sólo formalmente, una conexión entre sus estados de convicción plena y la evidencia disponible (que pudo haber tenido las características X, Y o Z).

### 3. Caso imaginario 3

Sin embargo, podemos imaginar comunidades judiciales cuyos miembros no sean malintencionados, pero sí que estén mal informados de la forma en que opera un estándar de prueba. En esta situación los opera-

<sup>13</sup> Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, "Demiurgia jurídica, lenguaje y creación de la realidad conceptual (el motor inmóvil jurídico y los actos mágicos)", disponible en línea en: <http://www.monografias.com/trabajos10/demi/demi.shtml?relacionados>.

dores judiciales (e incluso los dogmáticos encargados de hacer una reflexión-descripción acerca de sus prácticas) no desean que el acusado corra casi ningún riesgo de ser erróneamente condenado (error que es razonable suponer que se comete en grandes cantidades en nuestros dos ejemplos pasados). Su actitud ahora es la siguiente: “Puede ser que las pruebas que presente el fiscal sean suficientes para consignar, no obstante, *casi nunca* (quizá sólo en el 5% de los casos), *serán suficientes* para condenar al acusado”. Luego de un tiempo en el que también se ha aplicado el estándar de la prueba plena o convicción íntima, el sistema arroja 95% de sentencias absolutorias. La estrategia para favorecer desmedidamente la versión del inculpado puede implicar la interpretación caritativa de su historia, que incluso puede implicar la incorporación desmedida de hipótesis *ad hoc*; un esfuerzo constante del juez por idear escenarios alternativos en que el acusado resulte inocente (aunque no sean compatibles con la evidencia); la incorporación de reglas excluyentes de evidencia inculpativa aunque sea relevante; o tal vez también recurran simplemente al empleo de frases como “dado que no se desprende de autos que el acusado sea culpable”, “dado que las pruebas aportadas no han sido suficientes para demostrar la culpabilidad” (jamás podrán serlo por tratarse de inferencias ampliativas, pero por ahora esa no es la cuestión), o cualquier variante equivalente.

Con la exposición de las situaciones precedentes he pretendido mostrar cómo una comunidad judicial malintencionada podría emplear el sistema de la prueba plena o convicción íntima para reflejar en sus sentencias sus propios prejuicios (caso 1); para incrementar desproporcionadamente las cifras relativas a las condenas emitidas en cierto periodo (caso 2); o cómo una comunidad desinformada podría emplear el criterio para incrementar desproporcionadamente las absoluciones en determinado periodo (caso 3). Pero, ¿cuál es la razón de ello?, ¿por qué el estándar de la convicción íntima podría ser empleado instrumentalmente para justificar tanto una producción desmedida de condenas como de absoluciones?

La respuesta es que nos encontramos incurriendo en un error categorial: “El juez está convencido plenamente de ‘p’” no es equivalente con “el juez tiene una prueba de ‘p’”, salvo en algunos casos en que más bien diríamos que la primera proposición es un efecto periférico, secundario, colateral del hecho de contar con una prueba de ‘p’; es decir, del hecho de que es válida la declaración de que ‘p’ está probada. Efecto que nada impide que no se dé (piénsese en el caso de estándares menos exigentes que el de la materia penal, por ejemplo, en materia de contratos mercantiles, en donde privan principios como el de la auto-

mía de la voluntad, o el de que la interpretación de las cláusulas de los contratos en casos de duda debe buscar la menor transmisión de obligaciones posible y no la búsqueda de la verdad. En esta materia es muy probable que el juez no esté plenamente convencido de que el actor en un juicio de cumplimiento de contrato tenga la razón, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable y se le hayan pagado, incluso, daños y perjuicios. O simplemente tenemos a un tipo duro de convencer, quizá necio, quien no cede terreno ante ninguna modalidad de la evidencia por más rigurosa que ésta sea); por lo que no se trata en realidad de un efecto (en el sentido convencional), sino sólo de una situación meramente contingente que en ocasiones puede coincidir con que un determinado estándar de prueba haya sido satisfecho. Como vimos, alguien puede sentirse plenamente convencido de creencias a las que pudo haber arribado por vía de generalizaciones apresuradas (como los jueces prejuiciosos de nuestro ejemplo); de creencias para las que no hay evidencia alguna, o para las que hay evidencia en contra; pero incluso cuando se cae en la trampa de pretender determinar si un estándar de prueba específico ha sido o no satisfecho mediante el monitoreo de los estados de convicción del juzgador, podemos ver cómo aquéllos pueden dispararse ante cualquier modalidad de la evidencia a favor de 'p'.

¿Cuál es el problema con que los estados de convicción puedan dispararse ante cualquier modalidad de la evidencia a favor de 'p'? Para responder a esta cuestión supongamos, por el momento, que la noción de estándar de prueba puede plantarse sin mayor problema en términos de las probabilidades que una proposición tiene de ser verdadera. Supongamos también que deseamos contar con un estándar riguroso para la hipótesis de culpabilidad en materia penal, que podría expresarse en la demanda de que la versión de los hechos ofrecida por el fiscal ha de exhibir, como mínimo, el 90% de probabilidades de ser verdadera si queremos justificar una sentencia condenatoria. Más suposiciones, asumamos que contamos con un dispositivo que, a la manera en que un termómetro mide la temperatura corporal, este instrumento mide el porcentaje de probabilidades que las proposiciones tienen de ser verdaderas. Si usáramos esta herramienta en los ejemplos de nuestras comunidades imaginarias de jueces malintencionados, tendríamos registros parecidos a los siguientes: algunas de las historias de culpabilidad son simplemente más probables (superiores) en comparación con la defensa que presentó el acusado. Estos casos no alcanzan a puntuar un 50%+, pero el punto es que las historias de los inculpados tienen siempre menores probabilidades. Nos encontramos frente a los casos en que tanto fiscal como acusado ofrecen malas explicaciones de los hechos en

cuestión pero una, la del Estado, resulta ser simplemente mejor. Obviamente las sentencias condenatorias en estos casos en que la evidencia no logró hacer que las probabilidades de las versiones del fiscal alcanzaran siquiera el 50%+, atentan contra el estándar que deseamos tener. Pensemos ahora en los casos que aplicando nuestro dispositivo de medición, arrojaron 50%+. A pesar de que incluso sería racional creer en la culpabilidad del acusado en estos casos, nuestro estándar nos dice que no es suficiente para justificar una condena. En esta situación de ser probablemente culpables pero que pese a ello, deseamos exonerar, se encuentran todos los casos de 50%+ hasta los de 89.999%. Su condena también es injustificada de acuerdo con el estándar fijado. Sólo respecto de los casos que puntuaron 90% o más, habría una correspondencia entre el estado de convicción y el hecho de haberse satisfecho el estándar requerido. Pero, nuevamente para destacar el punto de que no es necesaria la correspondencia mencionada, pensemos en la otra comunidad de jueces, la que desea exonerar a cualquier costo. Para el juez de este escenario, el hecho de que la historia de culpabilidad haya alcanzado el 90% o más de probabilidades de ser verdadera, de acuerdo con la evidencia, no es suficiente para que se sienta plenamente persuadido. Con que la historia del acusado muestra la más mínima probabilidad, esto obstaculiza su convicción de que es culpable.

Los estados de convicción en la culpabilidad del acusado no hacen, en los casos en que las probabilidades son inferiores al 90%, que nuestro dispositivo automáticamente se eleve hasta el estándar requerido. Por su parte, en los casos en que se alcanzó el 90% o más, la ausencia de convicción en los juzgadores no hace que sin más nuestra herramienta de medición registre valores inferiores. El punto es que los estados de convicción acerca de 'p' y tener una prueba de 'p' son cuestiones que corren, como dicen en el argot de los abogados, por cuerda separada. Cuando llegan a coincidir, no debe uno dejarse llevar por la ilusión de que son condiciones necesarias y suficientes el uno del otro. El estándar de la prueba plena en materia penal que opera en México viola la segunda de las cualidades de las condiciones de membresía para que 'p' pertenezca a PP, la relativa a hacer referencia a la configuración de la evidencia, a especificar cuál(es) de las distintas modalidades de la evidencia en apoyo de 'p' es la que se privilegiará como requisito suficiente que otorga al juzgador la garantía de que las declaraciones de hechos probados que realice serán válidas. Pretender uniformar los criterios para considerar a 'p' como probada mediante estrategias como la de la prueba plena o convicción íntima es, en el mejor de los casos, algo ingenuo; lo cual genera un ambiente de subjetividad alarmante.

Una reflexión sobre el papel que jugaría la instancia revisora dentro de la jerarquía judicial contribuye al fortalecimiento del argumento de la subjetividad del criterio de la convicción íntima; veamos. Siendo consistente con el estándar que se critica, al determinar si la tarea de la fijación de los hechos fue correctamente llevada a cabo, es decir, si fue realizada conforme al canon aceptado, la condición cuya satisfacción la alzada tendría que verificar consiste en la presencia del estado de convicción en el operador judicial correspondiente. Toda vez que el juez de la causa tiene acceso directo al contenido de sus propios estados mentales, una de las opciones para hacerlo podría ser simplemente interrogarlo en el sentido de si efectivamente experimenta o no un estado de convicción respecto de 'p'; siendo un poco más estrictos, otra estrategia podría consistir en someter al juez a una prueba de detección de mentiras; yendo todavía más allá en el espectro de la severidad y echando mano del progreso tecnológico, podríamos incluso examinar si en su cerebro efectivamente podemos hallar el correlato neurofisiológico del que superviene el estado de convicción mediante técnicas de *brain scan*. Pero, de nuevo, ¿dónde queda la evidencia y las modalidades que puede presentar, en toda esta parafernalia del monitoreo de estados mentales? Ninguna de las estrategias que podrían estar siendo empleadas por la segunda instancia (sin importar el nivel de sofisticación que nos imaginemos, incluso rayando los terrenos de la ciencia ficción), es apta a los efectos de medir el grado de prueba en apoyo de la proposición que afirma la culpabilidad del acusado. Los resultados de estos métodos de revisión no constituyen "evidencia" de que 'p' cuenta con una prueba a su favor.

#### IV. CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo he intentado ampliar la crítica que Laudan lanza en contra de la subjetividad de estándares como el de "más allá de toda duda razonable" o "la prueba plena" o "convicción íntima". Con base en los casos imaginarios diseñados he pretendido hacer el punto de que estar convencido de 'p' no implica necesariamente contar con una prueba de 'p'.

A modo de reflexión final orientada al asunto de las líneas que debe seguir la reforma del sistema de impartición de justicia: Los epistemólogos suelen distinguir entre "razones para creer" y "motivos para creer". Justificar racionalmente las creencias constituye el objetivo del debate en torno al primer rubro, mientras que tratar de esclarecer el papel que

nuestra voluntad juega en la decisión de incorporar o no creencias a nuestro sistema cognitivo es objeto de las discusiones del segundo.<sup>14</sup> Este papel no siempre sigue pautas racionales, de hecho, recientes investigaciones empíricas muestran que muchas de nuestras creencias están inspiradas en motivaciones que incluso escapan al control de nuestros procesos de cognición consciente.<sup>15</sup> No dejemos pues que por un empleo de términos que pertenecen al dominio de los motivos para creer, como el caso de la “convicción íntima”, las herramientas que fueron originalmente concebidas para introducir constreñimientos racionales en nuestros procesos de toma de decisiones, como el estándar de prueba, de hecho se empleen para contaminar con nuestros prejuicios, emociones e intereses de grupo, nuestras prácticas penales.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- HAACK, Susan, *Evidence and Inquiry. Towards Reconstruction in Epistemology*, Estados Unidos, Blackwell Publishers, 2003.
- LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- RESCHER, Nicholas, *Cognitive Systematization. A Systems-Theoretic Approach to a Coherentist Theory of Knowledge*, Rowman and Littlefield, 1979.
- VILLORO, Luis, *Creer, Saber, Conocer*, 17a. ed., México, Editorial Siglo XXI, 2006.
- WALTON, Douglas, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2005.
- WILLSON, Timothy, *Strangers to Ourselves. Discovering the Adaptive Unconscious*, Belknap Press, 2004.

<sup>14</sup> Villoro, Luis, *op. cit.*, nota 13, pp. 74-101, y 102-125.

<sup>15</sup> Véase Willson, Timothy, *Strangers to Ourselves. Discovering the Adaptive Unconscious*, Belknap Press, 2004.