

**JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES
EPISTÉMICAS:
“VARIACIONES MEXICANAS SOBRE UN TEMA
DE ORDALÍAS Y CACERÍAS DE BRUJAS”***

Edgar AGUILERA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las ordalías*. III. *Procesos inquisitorios para perseguir y juzgar la herejía (con referencia especial a la brujería)*. IV. *Un vistazo a los procedimientos penales común y federal mexicanos vigentes en la práctica*. V. *Discusión y conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Algunas aclaraciones terminológicas y notas teóricas*

Para transmitir lo que quiero comunicar con la expresión “*disfunción epistémica*” (A) de un procedimiento penal (incluida, claro está, la fase del proceso propiamente dicha), la contrastaré con la expresión “*adecuado desempeño epistémico*” (B) también predicable de un mecanismo jurisdiccional de tal naturaleza.

* La segunda parte del título de esta contribución hace referencia a un esquema o forma genérica de composición musical conocido con el nombre de “*Tema y Variaciones*”. Cuando se compone con base en dicho esquema, el autor construye un tema principal que es subsecuentemente imitado, evocado o emulado por las partes ulteriores de la pieza, las cuales constituyen las variaciones propiamente dichas. Cabe mencionar que la imitación que las variaciones hacen del tema principal no puede ser exacta (de lo contrario serían meras repeticiones y no “*variaciones*”). Guardan alguna semejanza estructural armónica o melódica con dicho tema base y entre ellas mismas, de modo que entre las diversas partes de la obra existe una especie de “*aire de familia*” que nos permite reconocer sus semejanzas y así mismo, apreciar sus diferencias creativas.

** Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

EDGAR AGUILERA

(B) denota a la capacidad genérica y dual del sistema procesal penal consistente, por un lado, en determinar *con precisión* (nunca absoluta, sin embargo, en grados racionalmente aceptables) lo que ocurrió en el plano empírico (que cobra relevancia jurídica a los efectos de la procedencia de las consecuencias de derecho pertinentes); y de otro, consistente en fundar sus decisiones finales (de condenar o absolver) sobre la base de la determinación fáctica previa.

(A) por su parte denota al desempeño inadecuado de dicha capacidad dual referida anteriormente (que es atribuible a múltiples factores, entre ellos, al entramado jurídico-normativo o andamiaje regulatorio del proceso). Dicha disfunción(es) se manifiesta paradigmáticamente (o con más claridad) en sentencias condenatorias falsas (condenar a alguien materialmente inocente), o en sentencias absolutorias falsas (exonerar al materialmente culpable); ambas costosas (aunque no “igualmente costosas” comparativamente hablando) para los miembros de una sociedad y para ésta en su conjunto.

Estos errores de tipo epistémico (condenas y absoluciones falsas) suelen ser el resultado acumulativo de múltiples decisiones, conductas y prácticas precedentes que, a la manera de un efecto en cascada, los producen.

Dos notas de salvedad o advertencia:

La primera nota tiene que ver con la necesaria consideración de dos aspectos fundamentales en nuestra reflexión procesal:

A) La *imperfcción o incompletitud de la evidencia* (también denominada “*déficit de representatividad*”), y

B) La *falibilidad humana* (que se manifiesta por ejemplo, en juicios inadecuados locales o individuales y globales o en conjunto, del *peso probatorio* de dicha evidencia, así como en saltos inferenciales no justificados).

De modo que, por ello, pese a nuestros mejores esfuerzos, la *precisión* de las determinaciones jurisdiccionales en este ámbito fáctico o empírico (referido a los hechos), no puede ser absoluta; la sombra del error acompaña y lo hará perpetuamente, a nuestras indagaciones institucionales sobre hechos pasados (independientemente de que ellas sean jurídicas, meramente históricas, científicas, etcétera).

La segunda nota, en íntima relación con la primera, ya que asume la presencia de la sombra del error, tiene que ver con los costos usualmente atribuidos por las sociedades occidentales, a las diferentes clases de éste.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

Suele considerarse que una condena falsa es mucho más costosa —muchos más grave si se quiere— que una absolución falsa (en estos tiempos convulsos y distorsionados del operar de nuestras instituciones jurisdiccionales penales, de violencia extrema y generalizada, etcétera, esto parece no ser tan claro. Sin embargo, esta consideración tiene sólidos basamentos históricos y constitucionales, por ejemplo, tómese en cuenta la famosa proporción atribuida a William Blackstone que sostiene que “*estamos dispuestos a tolerar la comisión de hasta 10 absoluciones falsas si ha de admitirse una condena falsa*”).

La consideración previa —el hecho de que las condenas falsas son en términos de política pública, tomadas como más graves que las absoluciones falsas— suele traducirse en modificaciones estructurales al procedimiento, precisamente con el propósito de intentar contener en lo posible a la “bestia”, materializada en la producción de condenas erróneas.

Proteger al acusado materialmente inocente de este riesgo es la lógica inmanente o subyacente (se realizan ajustes de modo que si y cuando se cometan errores epistémicos, éstos sean preponderantemente absoluciones falsas en contraste con la frecuencia en que se cometen condenas falsas).

En efecto, uno de los grandes retos de diseñar procesos jurisdiccionales penales apropiados consiste en encontrar el *punto de balance contextualmente ajustado* entre la convivencia (que muchas veces toma la forma de un conflicto) de los múltiples intereses y objetivos que informan el contenido de nuestras reglas procesales (como averiguar la verdad, proteger al acusado en el despliegue de dichos esfuerzos institucionales, mantener buenas relaciones diplomáticas con otros gobiernos, proteger la integridad de la familia, la de ciertas profesiones, rapidez, eficacia, eficiencia, etcétera), los cuales deben hacerse concesiones recíprocas razonables (no se puede materializar al 100% toda esa panoplia de preocupaciones y objetivos).

Pese a que la cuestión de hallar el punto de balance permanece irresuelta, la búsqueda —falible— de la verdad (junto con otros objetivos claro está) figura ya de manera indispensable en nuestras consideraciones académicas y prácticas relativas a la fisonomía del derecho procesal penal, o al menos lo hace en el discurso oficial, incluso en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, en otros momentos de la historia, la búsqueda de la verdad en materia penal estuvo relegada a un segundo plano en lo que hace al diseño y operación de procesos y procedimientos jurídicos para la resolución de controversias en materia penal (digamos que otras fun-

EDGAR AGUILERA

ciones y objetivos eran comparativamente más apreciados que la verdad y que la depuración de las cuestiones probatorias).

Las desastrosas consecuencias de dichos procedimientos constituyeron un fuerte motivador de la evolución del pensamiento jurídico en torno a las garantías del procesado o acusado y en torno a los criterios y métodos probatorios más apropiados (es decir, de la paulatina conformación de la noción de “*debido proceso penal*”).

2. *Objetivo*

En esta ocasión dirigiremos nuestra atención a dos de esos procesos, las ordalías y los procesos inquisitorios contra la herejía y particularmente contra una modalidad de ésta, *la brujería*.

La conclusión general a la que intentaré llegar es que, pese a la evolución discursiva de la noción de *debido proceso penal* y al compromiso oficial con la obtención de la verdad, nuestro proceso penal anterior a la reforma de 2008, todavía vigente en la mayoría de las entidades federativas, y nuestro proceso federal igualmente vigente, se desempeñan en la práctica, de forma sugerentemente similar a los mencionados procesos jurídicos que abordaremos.

La pregunta que inmediatamente surge es: ¿por qué pese a la evolución y supuesto respeto a la doctrina del debido proceso penal y al compromiso formal con la verdad a nivel nacional e internacional, subsisten estas prácticas?

La filosofía política y la sociología nos ofrecen una respuesta parcial a nuestro cuestionamiento, la cual es, al menos, preocupante:

Zygmunt Bauman, el célebre sociólogo y politólogo polaco sostiene que el aspecto medular del problema radica en la obstinación neoliberal mundial por dismantelar o desarticular el denominado “*estado de bienestar*”, es decir, por incumplir la promesa —y por abdicar a la obligación estatal— de contener o mitigar, mediante una serie de instituciones políticas de carácter democrático y de políticas públicas sociales, los desequilibrios y desigualdades inherentes a la imposición de una economía de libre mercado.¹

En los objetivos y funciones del *Estado de bienestar* radicaba uno de los argumentos más poderosos referidos a la legitimidad (y justificación filosófica) de un Estado que monopoliza la violencia por medio de meca-

¹ Véase Bauman, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, trad. de Lilia Mosconi, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 59-101.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

nismos coercitivos y coactivos y que exige la obediencia de los destinatarios del ordenamiento jurídico.²

La tendencia neoliberal actual intenta sustituir esta función legitimadora de la *función pública*, recargándose excesivamente en otro de los argumentos disponibles para fundar la tan anhelada legitimidad estatal: El de brindar protección a la integridad física de los ciudadanos.

La sustitución referida —el dar un peso preponderante a cuestiones de seguridad física desatendiendo las demandas de nivelación económica y social propias de la concepción *positiva* de la “igualdad” y de la “libertad” de las que deberían gozar los ciudadanos— se vale, en la práctica, de mecanismos sutiles, pero eficaces, esencialmente *propagandísticos*, los cuales crean o exacerbaban la presencia e intenciones de un *enemigo común* que para todo efecto, se le presenta al pueblo como la personificación misma de todo lo indeseado y no valorado por la sociedad.

El miedo —o mejor dicho el terror— generalizado constituye, en palabras del filósofo Jalil Gibrán, un *narcótico social* poderoso que entumece y paraliza. Habiéndose administrado dosis abundantes de dicho estupefaciente, por continuar la metáfora, la ciudadanía consciente cada vez más a las medidas agresivas que los gobiernos intentan implementar con progresivo escalamiento, mismas que apuntan a la consolidación de auténticos *regímenes de excepción* en los que la concesión de poderes discrecionales a los cuerpos policiacos y militares, y la alteración o distorsión de las funciones de estos últimos (extendiéndose al campo de la prevención, persecución y hasta el juzgamiento de delitos), aunado a las correspondientes modificaciones receptadas por los procedimientos penales establecidos, se vuelve el pan de cada día.

La imposición de este ritmo político vertiginoso por parte de los países desarrollados, dominantes y poderosos, que cuentan con una incontenible industria bélica, aunada a la intolerante —aunque quizá comprensible— sumisión de los países subdesarrollados y no desarrollados del orbe, desatiende aspectos históricos y contextuales de cada región en que estas políticas de excepción se implementan.

No podemos esperar los mismos resultados en lo relativo a la implementación de estas políticas, en democracias insipientes —como la nuestra— caracterizadas históricamente por el uso sistemático e impune de la violencia (la tortura) y el abuso como un aspecto cotidiano del desempeño policiaco y militar, y por un igualmente histórico y particular desempeño de la *función pública*, cuyos practicantes devotos, supuesta-

² Véase por ejemplo, Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

EDGAR AGUILERA

mente representantes del ciudadano, la consideran como *un botín* que debe defenderse a toda costa, provocando con ello un entorno calificado por autores como Carlos Elizondo Meyer³ y confirmado por reportes recientes de las Naciones Unidas para el desarrollo humano, capítulo México,⁴ como uno en que no hay una plataforma mínima de acceso y disfrute de derechos sociales fundamentales universales (educación, salud, empleo, vivienda digna, etcétera).

Demos paso pues al desahogo de nuestro compromiso:

II. LAS ORDALÍAS

La evidencia antropológica sugiere que la creencia en entidades sobrenaturales (dioses o deidades y sus contrapartes malélicas) cuya actividad, se piensa, repercute directa y/o indirectamente en la vida humana, es milenaria. Ha venido acompañando fielmente a nuestra especie desde los tiempos más remotos, manifestándose en las vidas de los pueblos, culturas y civilizaciones más antiguas que nos han precedido (persistiendo quizá incluso con más fuerza en nuestro tiempo).

Una de las más comunes e importantes propiedades que suele atribuirse a dichas entidades consiste en su *omnisciencia*, es decir, la posesión del *conocimiento absoluto* (*del universo, del mundo, sus orígenes, sus eventos, su orden subyacente, su pasado, presente y futuro*), el cual comparten misericordiosamente en dosis proporcionales a la fe, entrega y obediencia de sus súbditos inferiores (los humanos), normalmente a través de cierto grupo selecto de iniciados (poseedores de ese saber que permite entablar comunicación —hacer contacto— con los dioses).

Durante la baja Edad Media europea surgió una forma particularmente interesante —para nuestros propósitos— de beneficiarnos de aquella omnisciencia divina, una especie de *método para canalizar la suprema revelación en provecho de ciertos asuntos colectivos*; ¿Cuáles? Los relativos a las causas-controversias de índole jurídico-penal llevados ante los jueces o magistrados de la región correspondiente. A dicho método se le conoce con el nombre de “Ordalías”, “*Judicium Dei*” o “Juicios de Dios”.

Cabe mencionar que para este periodo, la estructura del ritual de invocación de la divinidad había sufrido bastantes cambios en comparación con otras épocas (en la *Iliada* se hace referencia genérica a este

³ Véase Elizondo-Meyer, Carlos, *Por eso estamos como estamos. La economía política de un crecimiento mediocre*, México, Debate, 2011.

⁴ Véase el sitio oficial: <http://www.undp.org.mx/video/IDH.swf>.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

mecanismo, el cual consistía en someterse al riesgo de sufrir la venganza que algún dios podría ejercer en contra del mentiroso por haber jurado en vano usando el nombre de dicha deidad; se pensaba que dicha venganza se materializaría en la destrucción sobrenatural de la persona, quizá a través de un rayo fulminante, etcétera).⁵

En efecto, en el periodo referido —la Baja Edad Media— se esperaba la intervención divina no ya para la destrucción-eliminación del impuro o mentiroso, sino, en términos generales, la participación activa de la deidad en la *salvación del inocente*, habiéndose previamente echado a andar una serie de eventos concatenados causalmente (dolorosos claro) que culminarían ellos (y no Dios) con la destrucción o tormento del doliente a no ser que Dios actuara en su favor.

Si el acusado era culpable, Dios no incurriría en un acto comisivo (fulminar al culpable con un rayo), sino simplemente permitiría que el proceso causal humano, ya puesto en marcha, siguiera su curso (esto sucedía por ejemplo, en el caso de la ordalía por inmersión en la que, si el acusado era inocente, sobreviviría al intento de ahogamiento en agua; si éste moría, obviamente era culpable).

Éste era, al menos, el principio general, la lógica subyacente. Sin embargo, las ordalías fueron contaminándose aún más de modificaciones *ad hoc* para la interpretación conveniente de las supuestas “señales divinas de inocencia” (por ejemplo, en el caso de la persecución de la herejía y de las brujas, lo cual trataremos con más detalle en breve, surgió una ordalía de inmersión en la que se sumergía en un río o lago a la bruja encadenada, con un peso atado a su cuerpo; si se ahogaba, era inocente —aunque no ante el *Juicio final* del que nadie se salva— pero si flotaba, si sobrevivía, esto era atribuido a su poderes satánicos, confirmando con ello su estatus de “bruja”).

Ahora bien, las ordalías unilaterales más comunes fueron las denominadas del agua (hirviendo o fría), del fuego, y del hierro; aunque la del hierro, según explica Ian Pilarczyk, adquirió un papel preponderante.⁶

La ordalía del hierro tenía dos modalidades: caminar a lo largo de 12 láminas de hierro caliente (al estilo *faquir*), o bien sostener una pieza de este elemento por el transcurso que el acusado tardara en dar nueve pasos. La segunda modalidad fue la más usual.

⁵ Véase Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, en http://www.uacj.mx/DINNOVA/Documents/SABERES_Verano2011/foucault.pdf.

⁶ Véase Pilarczyk, Ian, “Between a Rock and a Hot Place: The Role of Subjectivity and Rationality in the Medieval Ordeal by Hot Iron”, *Anglo-American Law Review*, vol. 25, núm. 87, 1996.

EDGAR AGUILERA

Una vez formalizada la participación de cierta iglesia o parroquia en la ordalía, el acusado debía pasar en ella los tres días anteriores al ritual; sometido a toda suerte de presiones psicológicas consistentes en ser constantemente expuesto a pasajes de la Escritura que mostraban la potestad absoluta de Dios sobre los elementos, el castigo que éste daba a los impíos mediante cataclismos naturales como diluvios, tormentas de fuego, plagas, etcétera; se le obligaba, asimismo, a permanecer en oración frecuente y también se le hacía participar en misas mortuorias (con la expectativa de que tuvieran un efecto moralizante e iluminador de su consciencia, de modo que quizá confesara su crimen); asimismo se le tenía prohibido participar en la Eucaristía amenazándole de que podría ahogarse o indigestarse y morir por la impureza de su corazón (cualquier similitud con las prácticas de algunos cuerpos policíacos y militares de someter a los sospechosos —incluso, de ser sospechosos— a interrogatorios irregulares en lugares clandestinos, es mera coincidencia).

La experiencia de la ordalía específica era un evento público —un espectáculo— en el que participaba el sacerdote administrador de la ordalía, el acusador y el pueblo en general.

Después de haber sostenido el hierro incandescente, se vendaban y sellaban las manos del acusado por tres días (pasados también al interior de la iglesia), al término de los cuales, el sacerdote descubriría las manos e interpretaría los resultados de “la prueba”.

Pilarczyk dirige su análisis a la falta de confiabilidad de este mecanismo, derivada de la intervención de múltiples factores, entre los cuales figuran las amplias oportunidades para su manipulación o sesgo.⁷

Uno de los aspectos más preocupantes era la interpretación de los resultados: ¿qué era lo que los sacerdotes esperaban ver o no ver para confirmar la inocencia o culpabilidad del acusado? Pregunta más que relevante si se considera la vaguedad y multiplicidad de criterios interpretativos y discrecionales disponibles.

Todo indica que no se esperaba observar las manos libres de toda quemadura, sino que, para decretar la inocencia, se esperaba que las heridas estuvieran en “el proceso normal de curación” (criterio igualmente ambiguo y vago).

En este punto es menester recordar el periodo de tres días previos y tres días posteriores a la ordalía que el acusado pasaba conviviendo con el sacerdote encargado de la administración de la prueba. Durante este tiempo, los investigadores sostienen que el sacerdote podía hacer-

⁷ *Idem.*

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

se una idea del carácter moral (religioso, piadoso o no) del acusado, y con base en ello, decidir influir en la prueba mediante la interpretación *ad hoc* de los resultados (cuando se presentía la bondad del acusado, su pureza, el sacerdote lo beneficiaba, incluso al momento de practicar la ordalía —no calentando tanto la pieza de hierro, permitiéndole que diera los más rápidos 9 pasos de toda su vida, el uso de ungüentos curativos antes o después de la práctica, e incluso el empleo del algún objeto que se interpusiera entre la pieza de hierro y sus manos).

Claro está que el sacerdote también podía ser convenientemente influenciado por los intereses del acusador (mediante dádivas o “donaciones a la iglesia” —nada que ver con la moderna práctica documentada de aceptar donaciones del narco de algunas iglesias, en algunos países del mundo).

Irracional como puede juzgarse desde diversos puntos de vista, Pilarczyk destaca la pluralidad de objetivos que como ritual desempeñaba la ordalía:

A) Consistía un método apropiado para destrabar un asunto judicial, ya que procedía ante casos de evidencia circunstancial extremos, y por ende, ante el evidente carácter no concluyente de las pruebas en ciertos casos.

B) En este sentido, se aseguraba la procuración de un veredicto final ahí donde lo legal parecía haberse agotado.

C) Los jueces y magistrados obtenían legitimidad en virtud de la participación de la Iglesia en el proceso.

D) En vista de que también procedía ante casos de extrema gravedad que, por la ausencia de una autoridad centralizada y permanente, ponían en peligro el orden social y su estabilidad, las ordalías ofrecían un foro para la catarsis pública, para la desincentivación del delito y para el control por adoctrinamiento.

E) Constituían una suerte de antecedente o modalidad extraña de jurado popular en vista de que al pueblo se le permitía participar en los casos de duda (muchos seguramente) en lo relativo a la interpretación de los resultados.

F) Antes de la práctica de la ordalía, el acusado podía confesar, el acusador, retractarse, o ambos podían proponer otra solución a su conflicto. En ese sentido, parece haber sido una medida eficiente para la promoción de arreglos inter partes alternativos.

G) La mayoría de los acusados eran absueltos.

EDGAR AGUILERA

El declive de la ordalía administrada por la iglesia provino del IV Concilio Laterano de 1215 en el que se prohibió a la Iglesia participar en estos procesos en virtud de que se consideraba una blasfemia pensar que el poder infinito de Dios podía someterse al capricho del hombre para intervenir en sus asuntos. Su poder es indómito, y sus planes son misteriosos e incognoscibles para nosotros.⁸

III. PROCESOS INQUISITORIOS PARA PERSEGUIR Y JUZGAR LA HEREJÍA (CON REFERENCIA ESPECIAL A LA BRUJERÍA)

1. *Un breve comentario de transición*

Como dijimos, el IV Concilio Laterano de 1215 prohibió a la Iglesia inmiscuirse en la administración y práctica de las ordalías. Ello permite en la tradición romano-germánica, el desarrollo de ciertas doctrinas con el objetivo de robustecer las actividades de presentación y ponderación probatoria y, en ese sentido, con el ánimo de conferir un grado mínimo de confiabilidad a las sentencias judiciales (como por ejemplo, el requisito de suficiencia probatoria global en materia penal que exigía la presentación por parte del acusador privado —y eventualmente por el propio Estado por medio de un funcionario específico— de o bien dos testigos oculares de género masculino, adultos, mínimamente confiables y sin probado interés en el infortunio del acusado, o bien, en la confesión —posteriormente confesión “libre” o ratificada asumiendo que hubo tortura previa, obviamente rendida por el acusado. Para complementar, no se admitía que el acusador depusiera como testigo en contra del acusado, ni el testimonio de gente con probados conflictos con aquel en virtud de su potencial parcialidad o sesgo).

Entrando en materia, ante el peligro que para la Iglesia Católica representaban doctrinas alternativas que contravinieran sus dogmas centrales (como la de los Cátaros —u *hombres buenos*— en España), esta institución orquestó su persecución como *enemigo público número uno*, bajo el rubro genérico de “herejía”. Una modalidad de esta actividad (nunca definida específicamente, sino dejada abierta a la interpretación más conveniente) consistió precisamente en la “brujería”.

⁸ Véase el sitio: <http://www.legionofmartyridewater.com/faith/ECUM12.HTM>, específicamente lo referente a la Constitución número 18.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

Los juicios instaurados en contra de brujas europeas y americanas prosperaron en el periodo que va de mediados del siglo XIII hasta principios del siglo XVIII.

La diseminación y autoridad en la materia, de la obra "*Malleus Maleficarum*"⁹ de los alemanes Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger jugó un papel fundamental en términos de articular el sistema de creencias en el que se basaba la visión de una tierra poblada por doquier por brujas, y de describir —y justificar— los métodos, como la tortura, adecuados para lidiar con el problema (éste hace las veces de los manuales de contrainsurgencia y tácticas represivas que desde la década de los sesenta en adelante circula el Pentágono y fueron y continúan siendo usados en la tenebrosa Escuela de las Américas para entrenar militares y policías de dictaduras latinoamericanas "oficiales" o "perfectas" como la que un célebre escritor sudamericano sostuviera que en México existió con el PRI, o quizá existe bajo un ropaje democrático),

En síntesis, se consideraba que, al igual que Dios, Satanás y sus demonios podían ejercer influencia en el plano material de los humanos (llegando incluso a la posesión total del cuerpo mortal para cumplir con sus designios).

Por medio de demonios especializados llamados íncubos y súcubos, Las fuerzas del demonio mayor copulaban con las brujas y engendraban más y más generaciones de ellas.

Se pensaba que las mujeres eran, por su debilidad y maligna tendencia inherente a engañar al hombre (recordar a Eva), por su lujuria y lascivia a la que también eran propensas de no ser católicas recatadas y de bien, el instrumento predilecto de Satanás. Se creía que reunidas en aquelarres y sabbaths demoniacos, rendían culto al diablo y practicaban sus maleficios y hechicerías que devenían en pestes, muertes repentinas, enfermedades inexplicables, etcétera.

2. La acusación

Una de las autoridades en el estudio de estos procesos, Jenny Gibbons,¹⁰ sostiene que la acusación, con la que daba comienzo el proceso contra alguna acusada de brujería, tenía tres modalidades:

⁹ Véase una versión pdf en español en http://www.reflexionesmarginales.com/biblioteca/Malleus_Maleficarum.pdf.

¹⁰ Véase el sitio: http://www.summerlands.com/crossroads/remembrance/_remembrance/stages_witch_trial.htm#The Stages of a Witch Trial.

EDGAR AGUILERA

- A) La que actualmente llamaríamos “querrela” de la víctima.
- B) Otra que podríamos llamar una potestad *mutuo proprio* ejercida por parte de cazadores profesionales de brujas, quienes basados generalmente en rumores y creencias generalizadas en alguna región acerca de la presencia de brujas en la comunidad, iniciaban una “investigación”, la cual se caracterizaba esencialmente por la puesta en marcha de interrogatorios y abusos sistemáticos contra los miembros ordinarios de la sociedad, sobre todo en contra los más pobres y miserables (cuyas carencias se pensaba, de entrada provenían de algún defecto moral, de alguna falta u ofensa actual o de generaciones pasadas cometida contra Dios. Se pensaba también que ellos eran los más renuentes a aceptar el Canon y por ello, se creía que propendían a cultivar religiones paganas, todas ellas heréticas, por lo que su vinculación con las brujas era casi natural) (antecedente de las tácticas contrainsurgentes modernas fundadas en la presunción de que el pueblo oculta y hasta defiende a los rebeldes o enemigos públicos, razón por la cual hay que ser agresivos con él para que entren en razón y delaten a lo perseguidos); y
- C) Una última modalidad que se basaba en la información, que en tiempos modernos suele denominarse “inteligencia”, extraída de brujas ya cautivas. Como Gibbons aclara, esta última modalidad fue preponderantemente usada por las cortes y tribunales seculares (no tanto por los eclesiásticos). En ese sentido, esta autora sostiene que fueron estas cortes civiles las responsables de hasta un 90% de las ejecuciones en los llamados “*Tiempos de la Higuera*”.¹¹

3. *El examen del acusador*

En teoría el acusador tenía que ser interrogado minuciosamente por el tribunal; además, si sostenía por ejemplo que era víctima de una enfermedad resultante de hechizos en su contra, se tenía que convocar a un consejo médico en el que los doctores correspondientes intentarían descartar rigurosamente que la enfermedad no se hubiere producido por “causas naturales”.

Sin embargo, en la práctica, la sola presencia de un acusador (sobre todo en el periodo en que escaló el número de juicios), bastaba para ir perfilando lo que podríamos describir como la implementación de la *pre-*

¹¹ *Idem.*

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

sunción de culpabilidad, a cuya noción contribuyeron tanto juristas como clérigos, quienes sostenían que Dios no permitiría que un hijo puro e inocente fuera sin más acusado de brujería y que, por tanto, era razonable pensar que la sola acusación fundara la sospecha.

4. Arresto de la preconcebida bruja

Entablada la acusación, se procedía al arresto *ipso facto*, cuanto antes mejor, de la bruja en cuestión, a quien se le confiscaban sus bienes (si poseía alguno) para garantizar los “gastos y costas” del juicio (ya podemos intuir el gran negocio que para la Iglesia resultó todo este asunto).

Asimismo, se procedía a su encierro “preventivo” (del que sólo se escapaban mujeres con alguna influencia política o económica), cuando las había, en prisiones oficiales, o en lugares improvisados (ambos caracterizados por su aspecto de verdaderas mazmorras o calabozos maldicientes e insalubres, en los que, entre otras cosas, también se mataba de hambre a las brujas —muchas de ellas murieron en estos lugares antes incluso de las sentencias correspondientes—).

Se llegó al extremo de permitir que la bruja quedara bajo la custodia de su acusador y familia en el terreno que aquellos dispusieran, sometiendo a las acusadas a una constante vejación, maltrato físico y psicológico, inanición, etcétera.

De hecho en casos como el anterior, la acusada adquiría la calidad de “deudor” de la familia correspondiente en virtud de las erogaciones realizadas para mantenerla. En este sentido, aún en la improbable situación en que fuera absuelta, y dado que sus bienes habían sido confiscados, la “bruja” permanecía “hospedada” con su acusador hasta que algún familiar o alguna otra alma piadosa pagara la deuda contraída.

5. La tortura de la bruja

En teoría, el proceso contemplaba algunas limitaciones importantes para autorizar el uso de este método genérico (a cuyo desarrollo particular se prestó como nunca la creatividad humana). Algunas de ellas eran:

A) No procedía a menos que hubiera alguna prueba “circunstancial” no especificada del crimen.

B) No procedía hasta no haber dado oportunidad al acusado de reunir pruebas de descargo y de producirlas en los procedimientos.

EDGAR AGUILERA

C) No podía suministrarse más de una vez, ni por más de un día, al acusado (aunque con 30 minutos a disposición de un judicial mexicano... nos preguntamos si acaso no un día era demasiado).

D) No procedía contra niños, mujeres y embarazadas.

E) La confesión extraída no era válida si no era ratificada posteriormente.

F) Procedía mayoritariamente en casos de delitos gravísimos, como la propia brujería.

Ahora bien, como dijimos antes, el requisito probatorio que requería satisfacerse consistía primeramente en la presentación de 2 testigos oculares, hombres, de probada reputación y sin algún resentimiento en contra del acusado.

Esto presentaba problemas ya que la teoría era que las brujas conjuraban y hechizaban en secreto en las más distantes y recónditas regiones (donde celebraban sus *sabbaths*), de modo que era poco probable que alguien presenciara *in situ* la realización de los conjuros y ceremonias.

Antes este impedimento, las cortes justificaron cada vez más el empleo de la tortura, ya que la ruta alternativa de probanza, recordemos, era la obtención de una confesión (hasta nuestros tiempos considerada la "*prueba reina*" pese a los pronunciamientos legislativos de que se trata, como todo medio de prueba en materia penal, de meros indicios de necesaria corroboración).

6. Flexibilidad en la admisión de evidencia corroborativa de brujería

Aunado a la preferencia por obtener confesiones mediante tortura, las cortes paulatinamente comenzaron a flexibilizar sus estándares de admisión y confiabilidad de otros medios de prueba, de modo tal que resultaron admisibles:

A) El testimonio del acusador (antes prohibido por considerarse sesgado).

B) De mujeres (igualmente prohibido).

C) Incluso el proveniente de menores de edad (en algunos casos de no mayores de 6 años, quienes eran sujetos a cruentos y agresivos interrogatorios). Con base en la tesis de que un menor es una especie de fracción de un adulto completo, poco a poco las cortes se concentraron en reunir más y más niños, cuya suma por sí sola, equivaldría al testi-

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

monio rendido por adultos responsables y conscientes de las implicaciones de su testimonio.

D) La denominada “*evidencia espectral*” consistente en los reportes, generalmente ofrecidos por las “víctimas de hechizos” en los que se daba cuenta de la supuesta aparición de la bruja respectiva en sueños, alucinaciones, delirios o premoniciones.

E) El testimonio de “animales”, a través de sus dueños, quienes decían cosas tales como “mi gato diabólico me confesó que le servía a la acusada en cuestión”.

7. La defensa de la bruja

En teoría, se permitía a la bruja la asistencia legal, más en la práctica, este supuesto derecho era sistemáticamente transgredido, e incluso se le prohibía a la acusada conocer el nombre de sus acusadores y la demás “evidencia” que obrara en su contra.

En los casos en que rara vez se permitía la participación de un defensor, éste tenía que ser nombrado por la corte o tribunal (con lo cual la Iglesia se aseguraba la dependencia o contubernio del abogado), y se le advertía de que la toma del caso era muy delicada en virtud de que podía interpretarse como ejerciendo un patronazgo de la maldad (sirviendo como una especie de mecenas del diablo).

En última instancia, cualquier atisbo de éxito del defensor era considerado como ejemplo de argucia y palabrería legal, de modo que no era tomado en cuenta, e incluso se le relevaba del cargo (parecido a la interpretación perversa del “principio de intermediación” frecuentemente invocado en el contexto mexicano, según el cual, en algunas versiones, justifica no permitir al acusado ser asesorado ni antes ni durante su declaración inicial en vista de que el abogado contaminaría la versión pura de los hechos que libremente éste, su cliente, podría ofrecer).

Hasta aquí nuestro análisis de estas instituciones.

IV. UN VISTAZO A LOS PROCEDIMIENTOS PENALES COMÚN Y FEDERAL MEXICANOS VIGENTES EN LA PRÁCTICA

El multipremiado y ampliamente difundido documental “*Presunto culpable*”¹² es una pequeña muestra anecdótica del sistema referido: Este

¹² Dirección y producción de Roberto Hernández, disponible en línea en <http://www.presuntoculpable.org/>.

EDGAR AGUILERA

trabajo plasma la historia de “Toño” quien es culpado y sentenciado (dos veces) por el delito de homicidio doloso.

Como es sabido, el documental exhibe las prácticas irregulares de la policía judicial en términos de influenciar perniciosamente en la supuesta identificación de “sospechosos”, y así mismo muestra la persistencia sistemática de los jueces en condenar pese a las *débiles bases probatorias* que normalmente acompañan a las consignaciones de los ministerios públicos.

En el caso particular, el juez respectivo mantiene su decisión de condenar pese a la evidencia del actuar irregular de la policía, pese a que las pruebas forenses para detectar residuos de pólvora practicadas en el sospechoso resultaron negativas, pese a la existencia de testigos de descargo creíbles que sostienen que el sospechoso se encontraba con ellos el día de los hechos (coartada corroborada), pese a que el único testigo “ocular” (y de hecho, la única prueba) —un menor de edad que no fue asesorado por abogado alguno— reconociera que no fue sino hasta haber sostenido reuniones clandestinas con los judiciales que pudo “reconocer” a Toño, y pese a que en el segundo juicio (videograbado) dicho testigo ocular no pudiera ofrecer los detalles mínimos de la media-filiación del sospechoso, e incurriera en múltiples contradicciones.

La postura oficial del gobierno del DF fue que este caso no es más que el reflejo de que el sistema en efecto cuenta con algunas “*manzanas podridas*”, pero que en general opera respetando las garantías de los imputados y procesados tendiendo siempre a la averiguación de lo que en realidad ocurrió y a fundar sus resoluciones en los resultados arrojados por dicha tendencia.

En efecto, es imposible generalizar, y debemos ser cautos de no hacerlo, a partir de evidencia cualitativa y anecdótica. Sin embargo, en la última década se han realizado estudios empíricos constantes en torno a la cuestión que al menos ofrecen elementos de corroboración de la hipótesis¹³ de que el sistema en su conjunto (y no sólo algunos de sus

¹³ Véase McGrath, Luke, “Presumed Guilty? Criminal Justice and Human Rights in Mexico”, *Fordham International Law Journal*, vol. 24, núm. 3, 2000, pp. 801-888; Human Rights First, 2001, “Legalized Injustice; Mexican Criminal Procedure and Human Rights”, *Reporte Especial*; Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo; Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005; Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Pérez Correa, Catalina, “Front-Desk Justice; Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico?”, *Mexican Law Review*, New Series, vol. 1, no. 1, 2008; Guillén López, Raúl, “La justicia penal en Sonora”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 14, julio-diciembre de 2009, pp. 131-144; Pérez Correa, Catalina, “Investigación del delito en la Ciudad de México: peritos y médicos legis-

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

funcionarios) opera implementando la *presunción de culpabilidad* de manera pragmática.

En otra parte¹⁴ propuse un modelo general del funcionamiento en la práctica del procedimiento penal mexicano en materia común (que plausiblemente también se replica a nivel federal en la lucha contra la delincuencia organizada), en el cual integro en un marco omnicompreensivo los resultados más importantes de los estudios empíricos mencionados en el párrafo precedente. En dicho trabajo se pone de relieve lo siguiente:

A) El imperio extendido del principio o ley del *menor esfuerzo*, al menos en lo que toca al despliegue de *investigaciones o pesquisas genuinas* (en gran parte por la carencia de las habilidades respectivas en los operadores del sistema);

B) La conformación de criterios *de facto* —no establecidos en la ley— para desechar denuncias o no darles seguimiento a efectos de su archivo temporal y de su eventual archivo definitivo “por falta de pruebas” (es decir, el establecimiento pragmático de los criterios a emplearse para determinar los casos merecedores de atención y seguimiento);

C) La creación de actas irregulares que documentan gestiones inexistentes, o que en el mejor de los casos asientan datos generales recabados por la policía judicial que resultan inútiles para avanzar en las pesquisas (en términos de la identificación de sospechosos);

D) La predilección de casos *en flagrancia o urgentes* (convenientemente definidos de manera muy ambigua en los respectivos ordenamientos) en los que ya se cuenta con un sospechoso y con alguien (a veces presionado) dispuesto a señalarlo-identificarlo, sin mayores detalles, como culpable (esta predilección se ajusta perfectamente con la tendencia generalizada a no realizar investigaciones genuinas);

E) El recurrente empleo de *tácticas de tortura* para obtener “confesiones” no corroboradas;

F) La libertad con la que los ministerios públicos manipulan los registros de puestas a disposición de los imputados (situación que propicia la

tas?”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15-16, enero-diciembre de 2010, pp. 81-99; Devalpo, Alaine, *Fábrica de culpables y otros casos de la injusticia mexicana*, México, Grijalbo, 2010; Carbonell, Miguel, “Corrupción Judicial e Impunidad: El Caso de México?”, Méndez Silva, Ricardo (comp.), *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*, México, UNAM, 2010; entre otros.

¹⁴ Aguilera, Edgar, “El procedimiento penal mexicano en materia común; hacia un modelo integral de su funcionamiento en la práctica”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 17, enero-junio de 2011, pp. 3-33.

EDGAR AGUILERA

práctica de interrogatorios clandestinos fuera de las instalaciones de las procuradurías);

G) La complicidad de los médicos legistas al no hacer constar las lesiones plausiblemente producidas por tortura;

H) La enorme burocracia y pocos recursos en que opera la realización de pruebas forenses de todo tipo;

I) La observación meramente “formal” del derecho a ser asistido por un abogado antes y durante las declaraciones correspondientes (sólo se permite la presencia física del asesor jurídico, no su intervención);

J) La ineficiencia de los defensores de oficio (cuya actividad, por la excesiva carga de trabajo, se reduce al asentamiento de su firma en las audiencias);

K) La imposición de *cuotas* de expedientes consignados como criterio meramente cuantitativo de buen desempeño de las agencias del ministerio público;

L) La ausencia del juez en las audiencias (un juez casi nunca percibe cara a cara a los implicados en el juicio, lo hace su secretario);

M) El énfasis en un proceso escrito en el que el ministerio público no tiene la obligación de llamar a sus testigos (peritos y no peritos) e interrogarlos en juicio ante el juez;

N) Una motivación deficiente de las sentencias que generalmente se reduce a fórmulas del tipo “como se desprende de autos” —enunciación de los medios de prueba presentados sin ninguna actividad sintética o valorativa individual ni conjunta— “se concluye que el acusado es culpable”;

O) El empleo tendencioso de criterios jurisprudenciales (como el de la “confesión calificada divisible”, el de “testigos concurrentes de descargo”, etcétera) que tienen el efecto global de *blindar* el caso del ministerio público, trasladando la carga de la prueba de su inocencia al acusado y tratando como *poco confiable* por default sin análisis detallado, las pruebas de descargo que éste pudiera presentar;

P) Utilizar —y exigir— la producción de altas cifras de condenas como el más importante criterio para juzgar el desempeño del sistema (y de cada juez en lo individual), por parte de las instancias superiores (se estima que la cifra de emisión de condenas oscila entre el 80 y el 90%).

Q) Un sistema penitenciario corrupto con severos problemas de sobrepoblación, falta de higiene, hacinamiento, y sobre todo, en el que el objetivo de la *rehabilitación* brilla por su ausencia; en el que los reclusos (entre los que se cuentan quienes no han recibido sentencia definitiva, mezclados con la población general) son frecuentemente extorsionados por cualquier cantidad de razones...

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

Esta forma de funcionamiento ha provocado la desconfianza generalizada en el sistema por parte de la sociedad civil, de tal suerte que la denominada *cifra negra* (proporción de delitos cometidos no denunciados) oscila entre el 75 y el 85%, que aunado a la ineficiencia descrita de las procuradurías genera un entorno de impunidad preocupante del 96.7%¹⁵ así como un escenario oscuro y empíricamente inexplorado de CONDENAS FALSAS.¹⁶

Este modo de operación ha sido invocado para justificar la reforma constitucional de 2008.¹⁷ Sin embargo, y pese a que su efectiva implementación plausiblemente subsanaría muchos de estos vicios, de un lado, el nuevo sistema penal acusatorio y oral sólo ha sido implementado en pocas entidades federativas (con las dificultades que conlleva el fenómeno de la *resistencia al cambio* y la ausencia de las habilidades requeridas por la nueva institución procesal); y de otro, contiene muchos elementos epistémicamente disfuncionales que Laudan identifica en su crítica a sistemas excesivamente propensos a exonerar (estándar de prueba “*más allá de toda duda razonable*”, implementación de criterios de exclusión probatoria, derecho a no cooperar y a guardar silencio, etcétera).

Por su parte, en el fuero federal y sobre todo en lo relativo a la guerra contra el narcotráfico (como principalmente se pregonó) y contra la delincuencia organizada en general, el panorama se agrava:

De acuerdo con el reporte más reciente de Human Rights Watch “*Ni Seguridad Ni Derechos; Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México*”, en el periodo de 2006-2010, el ejército mexicano (con más de 50,000 efectivos en operaciones anti-narco) ha asumido funciones ajenas (incluso antagónicas) de *policía preventiva y ministerial* (patrullaje, investigaciones criminales, actividades de “*inteligencia*” sin monitoreo civil, etcétera). El reporte aludido documenta —en las entidades federativas constitutivas de la muestra empleada— un patrón que implica:

¹⁵ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo; Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, cit., p. 220.

¹⁶ Larry Laudan ha propuesto las líneas generales de una metodología empírica orientada a investigar las dimensiones de la cifra de condenas falsas que emite el procedimiento penal mexicano en materia común, como la base para poder realizar juicios acerca de la confiabilidad esperada en las decisiones judiciales penales y propuestas de reforma.

¹⁷ Chamber of Senators and Chamber of Deputies, “Preamble and Full Text of the 2008 Criminal Justice Constitutional Reform”, *Mexican Law Review*, nueva serie, vol. IV, no. 1, julio-diciembre de 2011, pp. 127-177.

EDGAR AGUILERA

A) *Detener arbitrariamente* (sin indicios suficientes para fundar si quiera una “causa probable”);

B) Someter a los detenidos a *actos de tortura* (170 casos registrados que incluyen golpes, intentos de asfixiar con bolsas de plástico, simulaciones de ahogamiento mediante la colocación de trapos sobre la cara y el vertimiento de agua sobre ésta, choques eléctricos, tortura sexual y amenazas de muerte) con el propósito de extraer “confesiones” y de obtener “inteligencia”;

C) *Desapariciones forzadas* (39 casos, los cuales se caracterizan por la negación de parte de los militares de haber detenido a la persona respectiva y por argüir, por default, que se trata en todo caso, de “levantones” perpetrados por el narco); y

D) *Ejecuciones extrajudiciales* (24 casos registrados, dichas ejecuciones pueden resultar de excesos en la aplicación de métodos de tortura, o darse en el contexto de retenes militares en los que las personas o no se detienen, o son erróneamente identificados como criminales, o simplemente realizan algún movimiento interpretado como agresivo o sospechoso;¹⁸ así mismo, hay evidencia de que se altera la escena del crimen para aparentar que las ejecuciones referidas fueron perpetradas por los cárteles).¹⁹

¹⁸ Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM han realizado el primer intento por ofrecer una medición académica del denominado “*índice de letalidad*” (la relación entre el número de presuntos delincuentes, o de civiles, muertos y heridos en enfrentamientos armados) de las fuerzas armadas en el contexto de la guerra contra el narcotráfico mexicana. Como explican los autores del reporte especial “Índice letal. Los operativos y los muertos” (*Nexos*, 01/11/11), cuando el número de muertos excede por mucho el número de heridos, ello es indicativo de un probable *abuso de fuerza* por parte de los cuerpos militares desplegados en el conflicto. El reporte referido arroja que en el periodo estudiado (2008 a primer trimestre de 2011), durante 2008 murieron 68 civiles (y 26 resultaron heridos), lo que produce un índice de letalidad de 2.62; durante 2009 murieron 211 civiles (y 71 resultaron heridos), con un índice de letalidad de 2.97; durante 2010 murieron 734 civiles (con 108 heridos), lo cual arrojó un índice de letalidad de 6.80, y durante los primeros meses de 2011 murieron 585 civiles (48 heridos), generando un índice de letalidad de 12.19.

¹⁹ En lo que va del gobierno calderonista, se estima que se han producido más de 50 mil muertes vinculadas a la lucha contra la delincuencia organizada aunadas a las más de 10 mil personas desaparecidas (sin mencionar los miles de desplazados de sus comunidades o asentamientos). En efecto, la postura oficial ha sido que dichos decesos y desapariciones son el resultado del enfrentamiento entre cárteles producido por el exitoso cercenamiento, por parte del Estado, de las cabezas o líderes de dichas organizaciones, las cuales buscan reacomodarse y reagruparse para continuar con el negocio; es decir, que los muertos son criminales, y que si ha habido bajas civiles (*daños colaterales*), éstas han sido provocadas exclusivamente por los delincuentes. Dicha postura dogmática poco a poco ha ido derrumbándose al tiempo que investigaciones como las de Human Rights Watch aportan

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

E) Por su parte, los ministerios públicos federales aceptan sin cuestionar las detenciones realizadas por el ejército (claro, se trata de los casos que no terminaron en desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales) —las cuales se fundan casi exclusivamente en las “confesiones” de los acusados (que en ocasiones son casi idénticas a casos previos)— y no realizan esfuerzo alguno por investigar alegaciones de tortura, de modo que la carga de la prueba de haber sufrido violaciones de derechos humanos, y de su propia inocencia, reposa sobre el acusado.

Ahora bien, Douglas Walton, con propósitos semejantes, recurre al estudio de la estructura abstracta (o características generales) de los procesos de cacería de brujas (*WitchHunts*), aunque él lo hace para contrastar dicha estructura con la estructura ideal que un intercambio comunicativo racional (al que denomina guión de una discusión crítica) debería poseer.

Para resumir lo que hemos dicho, recurrimos a las notas que este autor considera como más importantes de dichos procesos para la persecución de la brujería, que son:

A) El procedimiento se desarrollaba en *secreto* (salvo por la fase de ejecución de la sentencia).

B) Su objetivo no era detectar ni castigar ofensas o delitos que pudieran traducirse en conductas externas concretas, sino *tendencias o ideologías* (como la herejía o el pensar diferente a la Iglesia).

C) El arresto del acusado (y como se verá después en G), incluso la condena) se basaba en *la mera sospecha* de que éste seguía, en su fuero interno, alguna de las tendencias referidas en B).

D) El procedimiento se articulaba sobre la noción de la *presunción de culpabilidad del acusado*.

E) El acusado tenía derecho a una versión escrita de los cargos en su contra, pero no tenía derecho a saber los nombres de sus acusadores, ni de los testigos que depondrían en su contra.

F) La violencia moral y física eran vistas como *instrumentos legítimos* para extraer confesiones.

G) El procedimiento no era visto como un foro en el que tendría lugar una discusión sistematizada y racional en el que las partes alegarían respecto de su caso, era más bien considerado como una oportunidad para la “*re-educación*” o “*purificación*” del individuo.

evidencia de la cruenta y violenta realidad más propiamente descrita como una verdadera *crisis humanitaria*.

EDGAR AGUILERA

En este orden de ideas, la supuesta evidencia presentada y su evaluación eran epistémicamente cuestionables: El Tribunal podía condenar sobre la base de la acusación (entendida no como un caso robusto, sino como un mero señalamiento) presentada por la autoridad eclesiástica, la cual, como se dijo, solía hacer referencia a estados mentales (pensamientos, emociones, culpas, opiniones, a la *impureza natural del corazón humano*, etc.) para cuya “comprobación”, cualquier cosa, o la declaración de cualquier persona sin importar su credibilidad, podía funcionar como “*indicio suficiente*”; podía condenar sobre la base de un solo testigo; o sobre la base de una “confesión” extraída, como se dijo en F), generalmente mediante métodos de *tortura*. Sin embargo, cuando no se hubiere podido extraer la confesión, el Tribunal podía condenar con base en *grados de sospecha* (no necesariamente fundados en lo que en otros contextos se entendería como “evidencia”).

No sostengo que exista una correspondencia perfecta entre los sistemas referidos, sin embargo, las semejanzas son al menos importantes y preocupantes, sobre todo las que tienen que ver con la *simulación de un proceso justo* y con el *blindaje del caso de la acusación* (lo cual redundaba en que, para todo efecto práctico, éste no puede ser cuestionado por el acusado).

V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Ante situaciones semejantes a la descrita en la sección precedente, han surgido algunas propuestas teóricas tendentes a proporcionar pautas de contención y reforma de la jurisdicción penal.

En este sentido, y con miras a sentar las bases de la recuperación por parte de la jurisdicción penal, de su legitimidad, Luigi Ferrajoli ha propuesto lo que ha dado en llamar la “*refundación garantista*” de la misma, la cual consiste según su autor, en denunciar el *modelo “decisionista”* (fundamentalmente discrecional y arbitrario) en el que reposa la función jurisdiccional penal, y en sustituirlo por lo que denomina como un “*modelo cognitivista*” de dicha función.²⁰ En contraste con el *decisionista*, el *modelo cognitivista* persigue el verdadero “*conocimiento*” de los hechos, de modo tal que las decisiones del sistema de procuración e impartición de justicia estén basadas en lo que ocurrió realmente.

Desde mi punto de vista, Ferrajoli acierta en plantear el asunto de contar con una jurisdicción penal *veritativo-promotora* en el marco de las

²⁰ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

discusiones sobre la legitimidad del Estado en general. Sin embargo, su proyecto de *refundación garantista del derecho penal* desafortunadamente fracasa en sentar las bases de un genuino perfil veritativo-promotor en vista de que sólo toma en consideración la empresa de reducir en lo posible, la frecuencia de condenas falsas que puede estar produciendo un sistema de impartición de justicia penal determinado, relegando con ello a un segundo plano, la importancia de considerar el impacto de las *absoluciones falsas* a las que está destinado a producir un sistema excesivamente propenso a absolver (como el sistema por el que aboga Ferrajoli) derivado del desbordado deseo de proteger al acusado inocente de una condena falsa.

El problema esencial en la propuesta de Ferrajoli radica en descartar *a priori* al proceso penal (y a los ajustes que pudieran realizarse en su estructura) como un medio fundamental para contener, intentar controlar y contener con, el fenómeno delictivo:

Para este autor, el hecho de que la comisión de delitos persista pese a las restricciones de la libertad de los individuos representada por la existencia de *tipos penales* en la legislación, y pese a las sentencias condenatorias emitidas por el sistema (cuando éstas son acertadas desde el punto de vista epistémico), es razón suficiente para delegar en otros ámbitos del diseño de políticas públicas (como las relativas a la educación, a la generación de empleos, etc.) el papel preponderante de contribuir a generar las condiciones para que los ciudadanos opten por dedicarse a actividades lícitas y a abstenerse de la comisión de conductas delictivas. De tal suerte que el proceso penal, en esta visión, debería enfocarse exclusivamente, y con todos los recursos disponibles, a reducir una de las modalidades de “*costos de la injusticia*” que Ferrajoli reconoce, es decir, la que denomina la “*cifra de la injusticia*” (condenas falsas).²¹

Pese a que su modelo reconoce la denominada por el autor como “*cifra de la ineficiencia*” (la relativa a el número de personas materialmente culpables que no son siquiera investigadas por el sistema), Ferrajoli no repara en que los ajustes extremadamente garantistas que propone realizar generarían un *ambiente extremadamente propenso a absolver*, y con ello, el incremento del riesgo de que se produzca un mayor número de *negativas falsas* o *exoneraciones erróneas* (que deberían incluirse en esta noción de “*cifra de ineficiencia*”), las cuales representan daños (aproximadamente 36 delitos, entre ellos 7 graves o violentos por el periodo de 3.6 años en que un ofensor reincidente podría estar preso)²²

²¹ *Ibidem*, pp. 45-69, 120-128, 209-211, 247-280, 331-337, 385-420, 537-623.

²² Con base en los estudios empíricos de Logan y Levin, y de Alfred Blumstein, Laudan toma seriamente en cuenta el hecho de que, así como hay primodelincuentes, también

EDGAR AGUILERA

evitables para el ciudadano común, si tan solo se recalibrara el estándar de suficiencia probatoria en términos menos severos (en lugar de exigir una probabilidad de culpabilidad de alrededor de 90% —que es la interpretación común que se ofrece a estándares como “más allá de toda duda razonable”— podría implementarse la exigencia de 70%, es decir, el estándar “*clear and convincing evidence*” como es conocido en el mundo anglo-sajón).

Modelos como el programa de *epistemología jurídica* de Larry Laudan, nos permiten detectar los *desbalances epistémicos* que, pese a la buena intención de reducir al mínimo las condenas falsas que un sistema puede estar produciendo, son generados por propuestas como la del programa garantista de Ferrajoli.²³

No obstante, también debe tomarse con cautela el empleo del andamiaje de análisis de Laudan, en vista de que no contempla entre sus componentes metodológicos, el tipo de investigación empírica que en países como el nuestro es necesario desplegar si ha de tomarse en serio la distancia que normalmente existe entre las prácticas efectivamente implementadas por los funcionarios respectivos y las expectativas sociales materializadas en los marcos regulativos de la operación de las instituciones a las que pertenecen.

No me resta más que concluir señalando que sería conveniente, en nuestros proyectos de reforma constitucional y legal en materia penal, tomar en cuenta las sugerencias que movimientos internacionales como

existe el fenómeno de la *reincidencia delictiva* (pese a la serie de arrestos y condenas previas que pudieron experimentar, un sector de la sociedad persistirá delinquir en vista que ha hecho de esta actividad su forma de vida), Acudiendo a los estudios referidos, Laudan da pasos en la línea de cuantificar los daños que estas personas ocasionan en un periodo determinado (se estima que un delincuente profesional, al menos en Estados Unidos e Inglaterra, comete anualmente entre 10 y 15 delitos, de los cuales, entre 2 y 4 son considerados por la legislación respectiva como graves. Tomando en cuenta los valores menores, Laudan infiere que, en promedio, la persona que es falsamente absuelta de un crimen o delito violento (como resultado de los dispositivos estructurales orientados a beneficiar a la categoría del acusado) continuará cometiendo un par de esta clase de delitos por un periodo de 9 años (lo que normalmente dura una carrera delictiva). Dado que el tiempo promedio que una persona pasa en prisión por delitos violentos o graves es de 3.6 años, Laudan concluye también que cada absolución falsa, de manera indirecta, fomenta la comisión de 36 delitos (incluyendo 7 delitos violentos-graves) durante el tiempo (3.6 años) que el delincuente liberado debió haber permanecido en prisión (durante este periodo, no se produjo el *efecto incapacitante* que es racional esperar de una condena). Véase Laudan, Larry, “Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof, or, Different Strokes for Serial Folks”, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=603402.

²³ Para una introducción general a este programa de investigación, véase la obra seminal del autor Laudan, Larry, *Truth, Error, and the Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

JURISDICCIÓN PENAL Y DISFUNCIONES EPISTÉMICAS

los “*Innocence Projects*” iniciados en Estados Unidos de América, en los que se critica fuertemente al sistema acusatorio y adversarial vigente en términos de la detección de reglas causantes de condenas falsas y se realizan propuestas de mejora de las mismas. Dichas propuestas, en breve sugieren lo siguiente:²⁴

A) Contener el vicio cognitivo denominado “*visión de túnel*” o “*confirmatorio*” que también en esas latitudes parece presentarse a gran escala, mediante capacitación efectiva de las policías, fiscales y jueces.

B) Mejoramiento de los procedimientos de careos y reconocimiento e identificación de sospechosos.

C) Llevar registro electrónico de los interrogatorios policiacos y hacerlos disponibles al juez o al jurado.

D) Sustitución de las técnicas de interrogación fundadas en el objetivo de extraer una confesión por estrategias neutrales orientadas a “elicitación” información del sospechoso.

E) Incrementar la investigación empírica en torno a los perfiles de errores asociados a la diversa gama de técnicas forenses empleadas.

F) Crear comisiones regulatorias de laboratorios e institutos forenses ante quienes éstos tendrían que acreditarse y mantener su registro demostrando la implementación continua de los más altos estándares de desempeño en lo relativo a las múltiples pruebas forenses que deben realizar.

²⁴ Véase: Findley, Keith, “Adversarial Inquisitions; Rethinking the Search for the Truth”; “Innocents at Risk; Adversary Imbalance, Forensic Science, and the Search for the Truth”; “Toward a New Paradigm of Criminal Justice; How the Innocence Movement Merges Crime Control and Due Process”; “The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases”. Todos ellos disponibles en http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=329880.