

PRÓLOGO

Como seguramente recordarán quienes hayan visto la famosa serie *Game of Thrones*, una de las escenas más memorables corresponde al juicio por combate solicitado por Tyrion, con la finalidad de dilucidar si él había sido o no el responsable del envenenamiento del tirano rey Joffrey Baratheon. Lamentablemente, el luchador que representaba a Tyrion pierde la vida y es condenado a pesar de ser inocente.

Sin duda, es difícil entender la “lógica” de este tipo de “juicios” que parecieran tener lugar sólo en la mente de los guionistas cinematográficos. Sin embargo, los juicios por combate existieron como parte del derecho germánico y estuvieron vigentes en Europa durante toda la Edad Media, hasta el siglo XVI. El combate podía tener lugar directamente entre las partes, mediante la designación de un combatiente representante o, incluso, por “equipos” de guerreros. El vencedor del combate, en cualquiera de sus modalidades, era declarado poseedor de la verdad.

Esta forma “irracional” de determinar la verdad, vista desde nuestros días, no es la única en su género registrada por la historia. Es así que, durante mucho tiempo, se sometió a juicio a los animales: cerdos destripados por haberse metido entre las patas del caballo del hijo de Luis VI, en 1161; la ejecución pública en el patíbulo de una cerda vestida con ropas de persona, condenada a que se le amputaran los brazos y el morro y ser colgada hasta morir por haber devorado el rostro y los brazos de un niño, en 1386; un juicio en el que se pedía la excomunión de una plaga de cochinillas por no haber estado en el arca de Noé, en 1479; un juicio contra unas termitas que habían semidestruido un monasterio franciscano, que ganaron los insectos gracias a un brillante

abogado que invocó el principio “primero en tiempo primero en derecho”, y como las termitas habían vivido en el lugar mucho antes de la llegada de los misioneros, éstos fueron condenados a mudarse.

Como se pone de manifiesto con la alusión a los juicios por combate, la misma irracionalidad que puede encontrarse detrás de los juicios a animales tuvo lugar para los humanos.

En consonancia con las creencias predominantes en la época, también durante la Edad Media, se creía que Dios, en su infinita bondad, no permitiría que ningún inocente sufriera un castigo innecesario y, por tanto, intercedería por él en cualquier prueba. Entre los ejemplos de los procedimientos para la determinación de la verdad, basados en este supuesto, se encuentran la prueba del agua hirviendo, cuando se sumergía en agua hirviendo la mano o el brazo de un supuesto ladrón, y su modalidad con una barra de hierro candente, o la terrible “prueba de los albat”, consistente en que los litigantes sumergían en agua a dos recién nacidos y el que se hundiese más indicaba quién decía la verdad.

El tiempo pasó y llegaron la era de las luces, la racionalidad como medida del conocimiento y, más adelante, el empirismo y la exigencia de la verificación de los enunciados que afirman algo sobre lo que es el caso en el mundo. Desde luego, era de esperarse que la irracionalidad en la determinación de la verdad en el derecho hubiera quedado atrás y los problemas del pasado fueran desplazados por los nuevos criterios epistémicos. Sin embargo, como veremos después, no fue así.

Desde finales del siglo XIX y durante la mayor parte del XX, las cuestiones relativas a la determinación de la verdad fueron abordadas desde un punto de vista especulativo por los especialistas en derecho procesal. Su inicio se puede ubicar en la escuela italiana, con Giuseppe Chiovenda y otros representantes, entre los que se encuentran nombres de la talla de Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei. En el ámbito español destaca la figura del maestro madrileño Niceto Salustiano Manuel Enrique Alca-

lá-Zamora y Castillo, mientras que en el latinoamericano destacan el uruguayo Eduardo J. Couture, y en nuestro país, el maestro Héctor Fix-Zamudio, así como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Ovalle Fabela, Sergio García Ramírez, Carlos Natarén, Cipriano Gómez Lara, Fernando Flores García y Karina Gómez Fröde.

En contraste con lo que ocurría en el derecho, de manera paralela, la epistemología, área de la filosofía que se encarga del estudio de las condiciones de verdad y justificación de las proposiciones que afirman algo acerca del mundo, conjuntamente con la filosofía de la ciencia, hacía progresos sumamente importantes gracias a la revolución que significó la filosofía analítica.

Hace algunos años, la epistemología filosófica y el derecho se encontraron en el camino para dar lugar a una nueva rama de la filosofía del derecho: la epistemología jurídica aplicada. Entre sus máximos representantes se encuentran Larry Laudan, su principal impulsor en México, gracias a quien me empecé a interesar en el tema; Paul Roberts, Susan Haack, Michelle Taruffo, y Jordi Ferrer.

Este nuevo enfoque sobre los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho ha abierto la puerta a un universo de problemas insospechados, desde la concepción procesalista, dando paso a una fructífera producción académica, y el surgimiento de una joven generación de epistemólogos jurídicos e, incluso, procesalistas, entre los que se encuentra la doctora Carmen Patricia López Olvera, cuyo estupendo trabajo tengo el gusto de prologar.

He seguido la evolución académica de la doctora López desde hace más de 10 años, primero como mi alumna en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM; posteriormente como mi asistente de investigación y como becaria en Conacyt; como maestranda; como tutoranda doctoral, cuya tesis fue galardonada con el prestigioso premio Marcos Kaplan, a la mejor tesis de derecho y ciencias sociales, entregado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, y, finalmente, como mi colega investigadora en el mismo Instituto.

A lo largo de estos años, la doctora López ha seguido de cerca el desarrollo teórico que he llamado “constructivismo jurídico”, un nuevo paradigma derivado de la integración de diversas áreas del conocimiento, entre las que destacan las ciencias cognitivas y la teoría de los sistemas complejos, y cuyo objetivo es sincronizar esta nueva concepción del derecho con los cambios epistémicos que están ocurriendo hoy día de manera transversal en distintas áreas del conocimiento, así como comprender la forma en que el derecho positivo y la teoría jurídica inciden en la construcción social de la realidad a través de agentes e instituciones.

Como es de esperarse, mi enfoque de la epistemología jurídica es constructivista, y dentro de ella es fundamental el concepto de modelo mental, mediante el cual (re)presentamos al mundo como un producto de los procesos de sistematización cognoscitiva que tienen lugar a lo largo de la interacción comunicativa y que también ocurren en el proceso judicial.

Una de las preguntas centrales del constructivismo jurídico se relaciona con la eficacia del derecho y, por lo que respecta a la epistemología jurídica aplicada, con la determinación de un modelo de normatividad epistémica que dé cuenta de las condiciones bajo las cuales una proposición aseverativa de hechos jurídicos puede ser considerada como verdadera.

En otros términos, para el constructivismo jurídico toda conducta, incluyendo la toma de las decisiones derivadas de la ponderación probatoria (ente otros factores), corresponde a uno de los polos que constituyen un binomio cognitivo-conductual donde el polo cognitivo no se limita a procesos fríamente racionales, sino que implica a la cognición corporeizada.

Retomando lo dicho antes sobre la irracionalidad en la determinación de la verdad, hoy día resulta llamativo que a pesar de todos los esfuerzos por construir una epistemología jurídica aplicada sólida en la práctica, frecuentemente la determinación de la verdad brilla por su ausencia. Por ejemplo, en 2012 se dio a conocer el caso de un magistrado boliviano que decidía sus casos con base en la lectura de la hoja de coca. En México, las cosas no son

mejores. Y así tenemos casos tan escandalosos como el de Jacinta, la mujer indígena que fue sentenciada por haber secuestrado a agentes de la Agencia Federal de Investigaciones, o los incomprensibles y vergonzosos casos revelados a través de los documentales *Presunto culpable* y *Duda razonable*.

Con respecto a esta problemática, la pregunta para el constructivismo jurídico es ¿por qué razón los modelos mentales que deberían haberse generado en los operadores jurídicos, mediante la sistematización cognoscitiva del derecho positivo, en su caso, la teoría jurídica y el procesamiento del caso, incluyendo el material probatorio, no generaron la salida conductual esperada?

Como sucede frecuentemente, parecido a otros enfoques, el foco de atención del constructivismo jurídico se ha centrado en los jueces.

Considerando también el concepto de modelo mental, la doctora López toma distancia del enfoque judicial y se centra en aspectos insuficientemente atendidos por la epistemología jurídica aplicada hasta el momento: el impacto que puede tener en los procesos de determinación de la verdad no por la falta de constreñimiento cognitivo de una normatividad epistémica dada, sino, por el contrario, la incorporación de normas contenidas en las leyes que impiden o dificultan la determinación de la verdad.

Así, su centro de atención se desplaza al derecho probatorio y a la actividad legislativa. Toma como punto las investigaciones realizadas sobre obstáculos y desequilibrios epistémicos en la ley que imposibilitan, o al menos dificultan, la determinación de la verdad. Sin embargo, no se suma a la discusión especulativa y al análisis convencional de la ley, sino que desarrolla un marco teórico que hace posible la medición del grado de competencia epistémica de las leyes; es decir, el grado en que contribuyen o no a la determinación de la verdad, así como las condiciones bajo las cuales puede mantenerse el complejo equilibrio que debe prevalecer entre valores epistémicos y valores no epistémicos contenidos en las leyes procesales.

La original teoría desarrollada por la doctora López recibe el nombre de teoría general de la competencia epistémica legislativa (Tegecel), y se caracteriza por una rica y novedosa ontología conceptual que incluye términos tales como “normatividad contraepistémica”, “razón epistémica”, “razón contraepistémica”, “obstáculo epistémico”, “efecto contraepistémico”, “estrategia contraepistémica”, “regla de justificación contraepistémica”, “efecto contraepistémico”, “estrategia de intervención contraepistémica”, “competencia epistémica”, etcétera.

Otro elemento fundamental de la Tegecel consiste en una fórmula matemática para la determinación del grado de competencia epistémica de las leyes.

Ahora bien, la siguiente parada en el interesante itinerario metodológico del libro es la aplicación de la teoría a través de la medición del grado de competencia epistémica de diversas leyes procesales iberoamericanas, incluyendo los códigos Federal y Nacional de Procedimientos Penales.

Las gráficas obtenidas a partir de la comparación de los resultados arrojados por la medición ofrecen importantes y contraintuitivos resultados que muestran la utilidad de la teoría. Asimismo, la universalidad de la Tegecel como teoría general del derecho y no sólo aplicable al derecho procesal penal, se muestra mediante una breve aplicación a la legislación electoral y al análisis jurisprudencial.

Por lo que respecta a los supuestos, tanto epistémicos como metodológicos, la investigación se ubica en un particular contexto caracterizado por la presión institucionalizada para producir investigación empírica e interdisciplinaria en el ámbito jurídico, misma que se traduce en criterios de evaluación y asignación de fondos a la investigación.

En este estado de cosas, se corre el riesgo de que investigaciones exógenas al derecho reivindiquen el lugar que le corresponde al nuevo tipo de investigación jurídica exigida por nuestros tiempos. Esa “nueva investigación jurídica”, tanto empírica como inter o transdisciplinaria, requiere necesariamente de la mente del

jurista, único competente para definir problemas relevantes para el derecho, formular las preguntas de investigación pertinentes y desarrollar las teorías presupuestas por cualquier tipo de investigación estrictamente jurídica.

Por lo anterior, la Tegecel constituye un excelente ejemplo de ese nuevo tipo de investigación: desarrolla una teoría “aterrible” que ofrece explicaciones y soluciones a problemas graves que no pueden ser resueltos desde la torre de marfil o diluirse en discusiones estériles, concretamente, al hecho de que detrás de cada sentencia dictada contra el derecho humano a una debida deliberación epistémica, se encuentra una injusticia con costos humanos que pueden llegar a frustrar vidas que merecerían haber sido vividas en plena libertad.

Enrique CÁCERES