

EL CONOCIMIENTO EN EL PROCESO PENAL MEXICANO APUNTES PARA UNA EPISTEMOLOGÍA REGIONAL DEL DERECHO PENAL

Carlos RÍOS ESPINOSA

Una orden de aprehensión, un auto de formal prisión y un vaso de agua no se le niegan a nadie.

Broma popular entre algunos jueces mexicanos

El derecho siempre presupone principios que, a veces sin ser explícitos, gobiernan la totalidad de los elementos de un sector determinado del ordenamiento jurídico. En el caso del proceso penal, dichos principios se corresponden en ocasiones con presupuestos normativos del propio proceso, y otros con requerimientos de naturaleza epistémica utilizados para asegurar sus resultados como instancia cognoscitiva. El entrecruce de esos diversos tipos de principios tiene que ser adecuadamente reconstruido para poder hacer una valoración general del proceso en tanto instrumento de conocimiento. En la investigación de doctorado que actualmente estoy llevando a cabo me he planteado como eje principal discutir si el diseño actual del proceso penal federal contiene institutos cognitivos aptos para la obtención de la verdad, que es necesaria para la irrogación de las penas. El problema que de inmediato surge es de qué tipo de conocimiento hablamos cuando nos referimos a las instituciones procesales, y más específicamente el concepto de verdad que subyace al proceso de naturaleza penal. Me parece que sólo sobre la base de esa discusión previa será posible hacer una evaluación en torno a si las prácticas institucionales de los operadores jurídicos son adecuadas para la obtención del conocimiento y también respecto de las reglas que disciplinan la obtención de ese conocimiento en materia penal.

En lo que sigue quiero formular algunos apuntes respecto de esta cuestión tomando como punto de partida de la discusión investigaciones que ya han sido llevadas a cabo también desde un enfoque epistemológico. En este apunte quisiera referirme al tipo de epistemología que sería pertinente utilizar para los efectos de hacer una evaluación de las reglas y procedimientos de naturaleza penal. En segundo lugar, quisiera referirme a uno de los institutos procesales que en el derecho penal mexicano resultan especialmente inconducentes para los efectos de considerarlos epistémicamente justificados.

Así pues, en el primer apartado discutiré la concepción del conocimiento que prevalece en México, que coincide con lo que denominaré el enfoque epistemológico puro, con objeto de defender la necesidad de una epistemología regional. En el segundo, trataré de hacer una evaluación, a partir de esa epistemología instrumental, de una figura procesal mexicana: la flagrancia equiparada o por equiparación.

I

Me parece que en el medio de la doctrina y la jurisprudencia mexicanas el modelo fundamental de la concepción de la verdad que prevalece en materia penal es el conocido como el de la verdad material.¹ De acuerdo con este modelo, es posible hacer una distinción conceptual entre aquello que es verdadero y la proposición que lo enuncia, es decir, la verdad de un determinado evento es independiente de los procedimientos cognitivos que utilizamos para los efectos de decir si es verdadero. Es más, se señala, si nuestros procedimientos no alcanzan a representar ese evento verdadero diremos que son contraepistémicos y, en tanto tales, fuentes de error.

En los trabajos de jusfilósofos contemporáneos también es común la necesidad de asumir una teoría de la verdad que permita identificar verdad con lo que efectivamente sucede (Laudan: 2003; Taruffo: 2002; Gascón: 1999; Ferrer: 2003). A pesar de que estos autores indican que la verdad se predica de enunciados, sustentan que la distinción conceptual

¹ Véase, por ejemplo, Silvia Colín Sánchez y Hernández Pliego y la tesis de jurisprudencia 1a./J. 24/97 cuyo rubro es “PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE”.

referida entre verdad procesal y verdad material debe ser suprimida si queremos hablar con sentido del conocimiento y de la verdad. No me escapa que entre los planteamientos de estos autores existen diferencias importantes; sin embargo, creo que no traiciono sus ideas al considerar que estiman injustificada la distinción.

Quien con mayor énfasis insiste en la necesidad de pensar la noción de verdad como una categoría conceptualmente distinta de los procesos jurídicos implementados por el derecho para obtenerla es Larry Laudan, en su sugerente y provocadora obra *Truth, Error and the Criminal Law* (2003: 7). En esta obra, Laudan plantea que la perspectiva que utilizará para evaluar el sistema de justicia penal estadounidense será exclusivamente epistemológica, repitiendo insistentemente la pregunta respecto a qué partes de las prácticas procedimentales de naturaleza penal permiten la obtención de la verdad, y qué otras obstruyen esa búsqueda. Laudan precisa que está consciente de que la verdad no es el único valor que debe perseguir el sistema de justicia penal, pero que su enfoque analítico se concentrará en ese aspecto. Se trata de aproximarse al derecho desde la perspectiva del filósofo, esto es, desde fuera del sistema de justicia penal. Su interés principal en el derecho consiste en determinar la forma en que el sistema funciona o mal funciona teóricamente para encontrar la verdad.

Esta propuesta de análisis es ciertamente válida si la consideramos en sí misma como un ejercicio teórico; sin embargo, me parece que no podría tener algún impacto para el rediseño institucional del proceso penal si nos atenemos a las características que tiene el conocimiento del derecho punitivo y su marco institucional específico.² El conocimiento que es propio de los procesos jurídicos no puede ser evaluado desde una perspectiva epistemológica pura al menos por dos razones: en primer lugar, porque los intereses epistémicos en el derecho están subordinados a finalidades metaepistémicas. En el caso del derecho penal, esta subordinación se da respecto a los fines sociales del sistema, a saber: la desincentivación de las conductas delictivas y el disciplinamiento de la vio-

² Debe decirse que Laudan no se propone hacer una propuesta institucional de reforma al proceso penal; sin embargo, su perspectiva es que ésta llegue a formularse, ya que de lo contrario no tendría sentido hacer un análisis desde el punto de vista epistémico de cuestiones como los principios de presunción de inocencia, de cosa juzgada, *non bis in idem*, la garantía de no autoincriminarse, entre otros. Laudan mismo sugiere alguna de esas posibilidades de reforma, aunque no sistemáticamente.

lencia legal que se irroga a quien ha sido encontrado responsable de la comisión de un delito;³ en seguida, pensar que es posible saber lo que la verdad es con independencia de los procedimientos que utilizamos para enunciarla no reconstruye adecuadamente las condiciones de lo que ordinariamente entendemos por “tener el conocimiento de algo”.

En seguida desarrollaré con más amplitud ambas ideas, pero de entrada me gustaría proponer que el enfoque epistemológico que debemos asumir para hacer una evaluación de los procedimientos de naturaleza penal es el de las epistemologías regionales.⁴ Esto quiere decir que la epistemología deberá ser instrumental a los fines del derecho penal, con objeto de asegurar en el mayor grado posible la fiabilidad de los conocimientos obtenidos por las reglas y procedimientos que le son propios, pero sin imponer otros fines normativos ajenos, es decir, los de la epistemología pura. Los fines del derecho penal se vinculan con valores sociales que se estima trascienden la discusión epistémica por ser objeto, más bien, de una deliberación práctica.

Paso en seguida a la discusión de la primera idea señalada en el párrafo anterior respecto de los fines del proceso. Las investigaciones epistemológicas pueden ser de suma utilidad si se les otorga su justa dimensión, esto es, la de servir como instrumentos para evaluar la adecuación de los objetivos cognitivos del sistema de justicia penal; sin embargo, cuando el interés epistémico sustituye a los fines del sistema de justicia penal se produce un traslape con consecuencias indeseables para los principios que conforman al derecho penal en las sociedades democráticas. El discurso jurídico en tanto conocimiento de la realidad, al decir de Marina Gascón (1999: 119), es un discurso institucionalizado que, a diferencia de otros tipos de conocimiento, persigue su objetivo teniendo en cuenta la necesidad de preservar otros valores que no son epistémicos,

³ Se trata de la eliminación de la violencia privada y de las reacciones sociales informales frente al delito. Yo considero que esta última finalidad es la que tendría prioritariamente que defender el sistema, incluso sobre la preventiva. Invertir las finalidades redundaría en esa ilusión panjudicialista tan en boga ahora en nuestro medio, que considera que es posible investigar, perseguir y sancionar todos los delitos. Una ilusión así es potencialmente riesgosa para un clima de libertades.

⁴ En una interpretación hiperbólica, tomo prestada la noción de epistemología regional del término ontología regional, que denota los modos en que la ontología se refiere a distintas regiones del ser. Una epistemología regional debe atender a las finalidades e intereses del conocimiento en un área específica, en nuestro caso el derecho penal.

los cuales tienen una naturaleza ideológica.⁵ La finalidad práctica y los valores que le son consustanciales son los que deben orientar y dirigir la conformación de una epistemología regional que sea sistémicamente acorde con esos fines. La discusión respecto de los fines del derecho penal no puede ser una discusión exclusivamente epistemológica, sino que pertenece más bien a ese ámbito de la vida humana que reclama deliberaciones de naturaleza práctica.

En lo atinente a la segunda de las razones expuestas, es decir, la relativa a la diferencia entre los procedimientos que utiliza el derecho para llegar a enunciados verdaderos y la verdad de esos enunciados, quisiera justificar por qué la distinción me parece inútil. La argumentación que emplearé para tales efectos seguirá un doble camino; en primer término, trataré de justificar por qué una definición de la verdad que sea conceptualmente independiente de los procesos de justificación sería vacía y por tanto inutilizable, y en segundo lugar indicaré que tiene poder explicativo en un número muy limitado de casos. Para hacer lo anterior quiero apoyarme en un planteamiento que en adelante denominaré “el enfoque epistemológico puro”, EEP. Para tales efectos me apoyaré en las reflexiones de Laudan (2003) respecto de la validez de una decisión judicial y su verdad.

Laudan recurre a una terminología que es ajena a la que de hecho se utiliza en las prácticas jurídicas cuando se habla de la verdad y el error. Es usual para los juristas entender el error en un proceso judicial desde una doble perspectiva: desde el enfoque de los errores *in procedendo* y de los errores *in iudicando*. Al contrario de esta forma de entender el error, Laudan plantea que si bien una decisión puede ser correcta en los términos indicados, puede sin embargo predicarse de ella que está equivocada o es errónea. Se trata de una idea global de error. De acuerdo con lo anterior, un error ha ocurrido cuando: a) el juicio sobre los hechos de una sentencia es falso, o bien, b) cuando ni siquiera se llega a la fase de fijación de hechos porque una persona culpable ni siquiera ha sido procesada.

Así, puede decirse, de acuerdo con el EEP, que un error ha ocurrido cuando el sistema penal absuelve a una persona culpable o condena a un inocente. El juicio respecto de que un error ha ocurrido no tiene nada

⁵ El término “ideología” es utilizado aquí en un sentido neutro, sin las connotaciones peyorativas que a partir de la tradición marxista ha adquirido dicho término. Para un hermoso análisis de esta cuestión puede consultarse Ricoeur (1996).

que ver con el hecho de que el sistema jurídico haya seguido sus propias reglas, sino con el hecho de que el *verdaderamente* culpable y el *verdaderamente* inocente hayan sido correctamente identificados. Con objeto de poder sostener esta distinción, el EEP plantea que debemos disolver sinsentidos que se han reproducido en los debates académicos sobre este tema. Específicamente, la idea, común entre los juristas, de que el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario. Si esa idea fuera verdad, defiende el EEP, entonces no existirían absoluciones falsas, puesto que no tendría sentido decir, como el término absoluciones falsas implica, que alguien era realmente culpable, pero que fue encontrado inocente por un juez (jurado en el caso estadounidense).⁶ Dado que tales términos tienen perfecto sentido, debemos desterrar la idea de que la culpabilidad y la inocencia son de alguna manera creadas por una sentencia. En otras palabras, es crucial reconocer la diferencia conceptual que existe entre dos tipos de preguntas, a saber: ¿cometió el sujeto X el delito? y ¿encontró el juez al sujeto X culpable de cometer el delito? Hay un hecho aquí con independencia de que un juez lo declare o no: esto es, si efectivamente el sujeto X cometió o no el delito en cuestión. Este hecho es verdadero aunque los medios de prueba aportados por las partes en el caso sugieran algo distinto. Independientemente de que lo declare un juez o no, los hechos son los hechos.

Me parece que la aproximación del EEP puede problematizarse de la siguiente manera: ¿en qué sentido sería utilizable el enunciado “los hechos son verdaderos con independencia de los medios probatorios utilizados para declararlo”? Para dar cuenta de esta cuestión, es necesario hacer una reconstrucción de lo que el juez hace a la hora de fijar la premisa fáctica en el razonamiento judicial, es decir, una reconstrucción del conocimiento del juez. Me parece que una descripción analítica canónica de ese conocimiento, que es la que de algún modo asume el enfoque del EEP, podría formularse en los siguientes términos:

⁶ Ferrer Beltrán (2003) hace un análisis conceptual muy sugerente del significado ilocucionario de la expresión “está probado que P”. No quiere decir sino que el juez tiene elementos para aceptar P a la luz de los elementos aportados por las partes. Así pues, podemos decir que no es un contrasentido decir que el juez estuvo en lo correcto al aceptar P como probada, aunque de hecho no sepamos si es el caso que P, o bien que ésta sea falsa.

1. El juez de distrito ha aceptado que Y es responsable de cometer el delito de homicidio.
2. El enunciado “Y es responsable de cometer el delito de homicidio” es verdadero.
3. El juez de distrito tiene razones para creer que Y es responsable de cometer el delito de homicidio.⁷

Consideremos esta reconstrucción atendiendo a sus elementos constitutivos. En primer término, para poder decir que el juez tiene conocimiento es necesario que acepte que Y es efectivamente responsable de haber cometido el delito, es decir, tener el hecho por verdadero o bien aceptarlo como verdadero. En segundo lugar, para que esa aceptación pueda reputarse como conocimiento debe además suponerse que el enunciado es verdadero; finalmente, para poder llamar conocimiento a lo que el juez declara en el enunciado respecto de la responsabilidad de Y está apoyado en razones que pueden ser de índole jurídica o epistémica, es decir, el enunciado debe estar justificado. Puede suceder que el enunciado sea verdadero con independencia de la justificación y las razones que el juez utiliza para los efectos de formularlo; sin embargo, en ese supuesto no podemos decir que el juez conoce y tiene un saber; diremos simplemente que se trata del azar.

Mi interés frente a esta reconstrucción del conocimiento judicial es referirme a la segunda de las condiciones indicadas que, a diferencia de las otras dos, no se refiere a un sujeto, lo cual inevitablemente la vuelve ambigua. Decir que algo es verdad sin que exista alguien que fundamente por qué, es inaceptable. Quizá ello pueda decirse como un presupuesto, pero de ser cierto no habría forma de operacionalizarlo. Una estipulación vacía, al no cumplir una función en la explicación de lo que significa saber, en mi opinión puede ser abandonada por innecesaria. En su lugar podemos sostener la idea de que la verdad del enunciado depende del tipo de razones que la justifican frente a alguna comunidad de discusión, y en el caso de las prácticas penales, de un contexto institucional determinado. Se trata de prácticas cognitivas funcionalizadas para la protección de la libertad y la minimización de la violencia legal.

Si la segunda condición fuera fiel a la representación de lo que es el conocimiento judicial, el juez nunca podría saber nada, porque su saber

⁷ Este esquema lo he tomado de la discusión de Curcó Cobos (2003: 65).

siempre dependería de una verdad impermeable a la crítica, independiente de los criterios utilizados para su justificación; se sostendría por su propio pie, y el juzgador tendría siempre que reflejarla en sus decisiones. La noción de conocimiento judicial no puede ser pensada en ese sentido, lo cual no quiere decir que la práctica judicial sea un simple decisionismo que no está fundado en el conocimiento. De hecho, la legitimidad de la jurisdicción depende de su capacidad para fundar sus decisiones en el conocimiento. No obstante, insisto, se trata de un conocimiento disciplinado normativamente por principios que conforman la práctica del sector penal del derecho.

La segunda razón que me gustaría esgrimir en contra del EEP se refiere a que resulta intuitiva y explicativa sólo respecto de ciertos supuestos (el homicidio y el robo serían buenos ejemplos), pero inaplicable respecto de otra gran cantidad de casos.⁸ Para ilustrar lo anterior, quisiera referirme al delito de estupro tal como se tipificaba en la legislación penal de Veracruz hasta noviembre del 2003. El artículo 156 del Código Penal de Veracruz decía a la letra:

Al que realice cópula con una mujer menor de dieciséis años y mayor de catorce que *viva honestamente*, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa hasta de cuarenta veces el salario mínimo.

Como puede apreciarse, se trata de un hecho que, además de ser complejo, implica un juicio de valor, puesto que para que se actualice la conducta delictiva no sólo debe verificarse la cópula, el sexo y la edad de la sujeto pasiva, sino también se establece la condición de que ésta *viva honestamente*. ¿A qué evento de la realidad se refiere esta última condición? La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció una serie de referentes que, según ella, denotaban el sentido del término aludido. De acuerdo con la tesis de jurisprudencia, felizmente derogada, número 143, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, cuyo rubro es “ESTUPRO. DELITO DE, PRUEBA DE LA HONESTIDAD DE LA VÍCTIMA, A QUIEN CORRESPONDE. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ”, la ho-

⁸ Aunque intuitivos, yo sostendría que también en el caso de estos ejemplos es inaplicable el enfoque epistemológico puro, toda vez que el hecho de privar de la vida a otro admite diversas calificaciones jurídicas, tales como legítima defensa, estado de necesidad, entre otros muchos.

nestidad a la que se refiere el artículo recién citado debe presumirse *iuris tantum* por el juez. Corresponderá en todo caso al inculpado acreditar que la mujer es “deshonesta” para liberarse de la responsabilidad penal. Para tales efectos, esta tesis remite a los “indicios empíricos” que denotan deshonestidad; por ejemplo, “salidas nocturnas, abandono de la casa paterna, frecuentar o permanecer en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad”, entre otros. Si las categorías del EEP son correctas y las aplicamos al caso del delito de estupro, resultaría que la deshonestidad de la mujer menor de dieciséis años puede ser establecida con independencia de que un juzgador, en este caso respondiendo a un sistema axiológico específico aceptado por ciertos sectores de la comunidad,⁹ la declare probada. Como puede apreciarse, esa conclusión sería completamente insostenible, ya que los referentes empíricos en sí mismos, “salidas nocturnas,…” no tienen sentido. El sentido viene dado por el horizonte normativo a partir del cual se enmarca el hecho. ¿Significa lo anterior que no hay objetividad en el derecho? No, pero se trata siempre de una objetividad dependiente de los referentes simbólicos que se asuman y a los criterios de justificación utilizados, que dependen de una determinada forma de vida.

En nuestro caso, esa forma de vida responde a ciertos valores que, por las razones que se quiera, están positivizados en el orden jurídico, y a los que la epistemología que ideemos para evaluar su efectividad tendrá que ser funcional. Se trata de una epistemología regional.

II

En este apartado quisiera hacer un ejercicio de evaluación de uno de los institutos procesales mexicanos más relevantes en materia penal, desde la perspectiva epistémica regional a la que me referí en la primera parte. Con tal propósito debo insistir en la necesidad de identificar previamente el valor que el propio sistema jurídico adjudica al procedimiento cognoscitivo que gobierna el instituto procesal en cuestión.

La figura que pretendo abordar desde esta perspectiva es la de la flagrancia equiparada, tal como se regula en el Código de Procedimientos

⁹ Atentatorio, en mi opinión, del principio de igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución.

Penales para el Distrito Federal.¹⁰ Se trata de una figura procesal que fue creada por primera vez en el medio mexicano en el código referido, pero que después se extendió como la pólvora en la mayoría de los códigos adjetivos penales del país, incluido el del fuero federal. La figura de la flagrancia equiparada en el Distrito Federal está prevista en el artículo 267 del CPPDF en los siguientes términos:

Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

... La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad.

Para los efectos del análisis, debe considerarse primero cuáles son los principios que regulan el régimen de la libertad personal en el orden jurídico mexicano y cuáles son los valores que protege. Como se recordará, dichos principios se encuentran previstos en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional. De acuerdo con los mismos, la regla general para detener a una persona y afectar cautelarmente su libertad personal se requiere una orden de aprehensión obsequiada por un juez. Las condiciones para poder dictar dicha orden son: a) que sea librada por autoridad judicial; b) que preceda una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito; c) que ese delito se encuentre sancionado cuando menos con pena

¹⁰ Para ver un análisis detallado de esta cuestión desde un punto de vista normativo constitucional, remito al lector a consultar el artículo que escribí con Miguel Sarre, "La regulación de la flagrancia equiparada a la luz del régimen constitucional de garantías", *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, núm. 72, julio de 1996.

privativa de la libertad; d) que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, y e) que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

El valor fundamental que está tutelando este precepto es, por supuesto, la libertad, y el modo específico de hacerlo es vincular su afectación a condiciones epistémicas. La primera condición, que la orden sea librada por un juez, es epistémico, en la medida en que la refiere a un sujeto que, en principio, requiere una serie de virtudes de naturaleza intelectual, ser imparcial, objetivo e independiente. La terceridad y ajenidad de los jueces es una precondition para garantizar la fiabilidad del conocimiento que los jueces utilizan para dictar éste y otros actos.

En seguida, las condiciones b) y c) son epistémicas, porque señalan los requerimientos de procedibilidad —denuncia o querrela— para la identificación de los hechos, es decir, que estén tipificados como delitos y que estén sancionados cuando menos con pena privativa de la libertad. Finalmente, el carácter epistémico de las últimas dos condiciones es evidente, en la medida en que se refieren a los requisitos cognitivos del acto, es decir, que se acredite el cuerpo del delito y existan datos que hagan probable la responsabilidad.¹¹

La propia Constitución establece dos excepciones a esta regla general, una de las cuales, que es justamente la que pretendo discutir, tiene una naturaleza epistémica: la flagrancia.¹² El término “flagrancia” proviene del latín *flagrare*, que significa arder o quemar, de manera que, etimológicamente, flagrante es lo que arde, lo que está en llamas, lo que resplandece y se hace manifiesto por su propia luz.

Dado que en la gran mayoría de los casos el conocimiento de los operadores jurídicos —Ministerio Público y jueces— versa sobre hechos del pasado, con todos los problemas epistemológicos que cualquier conocimiento histórico implica, y de que de él se puede desprender un acto de molestia o afectación a un derecho, la Constitución prevé excepciones para aquellos casos en los que puede apreciarse que existe un conocimiento directo que no requiere una previa calificación jurídica de entrada

¹¹ En este texto limitaré mis observaciones respecto de qué significado tiene la expresión “datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado”; sin embargo, me parece que el epígrafe con el que empecé este apunte es bastante indicativo de lo que los jueces hacen en la práctica cuando deciden sobre el particular.

¹² La otra excepción es el caso urgente; sin embargo, su diseño no responde a intereses cognitivos, sino a otro tipo de razones.

y la implementación de pruebas de naturaleza indirecta. La figura de la detención en flagrancia atiende teleológicamente a este fin.

Ahora bien, la Constitución ciertamente no hace una definición de lo que flagrancia quiere decir, pero su significado concreto se deriva de la gramática constitucional, que es posible reconstruir a partir de las reglas que constituyen y gobiernan el régimen de la libertad personal en la propia carta fundamental. El legislador ordinario está por supuesto vinculado al sentido sintáctico recién descrito; no puede asignar al término flagrancia, desde un punto de vista jurídicamente válido, cualquier contenido que se le ocurra, sino que deberá atender a su sentido epistémico.

Pero eso es justamente lo que el legislador ordinario del Distrito Federal no hizo al regular en nuestro código punitivo adjetivo la figura de la flagrancia y generar un instituto con claros tintes metaconstitucionales. Veamos los argumentos utilizados:

En la iniciativa de ley que dio lugar a la creación de esta figura, presentada por el Ejecutivo Federal el 18 de marzo de 1996, se indicó que el modo en que tradicionalmente se había comprendido la flagrancia no abarcaba

otros casos de flagrancia en los que el probable responsable es plenamente identificado por la víctima del delito, algún testigo presencial de los hechos, incluso, por quien hubiese participado con él en su ejecución, aun después de su comisión y dentro de un plazo establecido por la ley. Por ello, frecuentemente, a pesar de que el agente del Ministerio Público recabe las pruebas y huellas suficientes en corto tiempo, se encuentra impedido para detener rápidamente al probable responsable, el que muy posiblemente aprovechará esta circunstancia para deshacerse de los objetos producto del delito o instrumentos con los que lo haya cometido. Por lo anterior, resulta claro que el concepto actual de flagrancia constituye un obstáculo para que el Ministerio Público actúe con mayor celeridad en la captura de los delincuentes.

Como puede observarse, este argumento se vincula, más que a condiciones epistémicas, a razones de eficiencia en la procuración de justicia, con lo cual se transgrede el espíritu constitucional que atiende justamente a razones de naturaleza cognoscitiva. En otras palabras, la detención por flagrancia debe atender a que se tenga un conocimiento directo de la comisión del delito, y no uno que derive de indicios u otros procedimientos de prueba indirecta o circunstancial. En efecto, para empezar, en los

supuestos de flagrancia *cualquiera* puede en principio proceder a la detención, pero sobre todo, en los casos de flagrancia equiparada o por equiparación, esta tarea compete directamente a la policía. Se trata de un secuestro de la autoridad jurisdiccional y de sus facultades de conocimiento para asignarlas directamente a la policía, pero extensivamente a cualquier persona. Se rebasa con ello la *ratio legis* del instituto.

El artículo 267, segundo párrafo, que prevé la figura de la flagrancia equiparada hasta hoy vigente, se redactó en los siguientes términos:

Se equipará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

Se colige de la lectura de este precepto que quien realice la detención por flagrancia equiparada deberá tener capacidades de calificación jurídica y de fijación y comprobación de un evento fáctico. A este respecto, valdría la pena preguntarse si la policía mexicana tiene esas capacidades, pero más allá cabría señalar si, de un análisis de los presupuestos de la flagrancia equiparada, pueden predicarse condiciones epistémicas ideales.

Respecto del primer supuesto, es decir, *cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito*, cabe apreciar que no es idóneo para los efectos de generar una creencia justificada respecto de los hechos si no se adminicula con algún otro elemento que la garantice —como por ejemplo que se encuentre en poder del indiciado el objeto o algún otro indicio que permita valorar la veracidad del simple señalamiento—. Máxime que la valoración, insisto, tendrá que hacerla un policía, cuyas virtudes epistémicas no son necesariamente las más aptas para garantizar confiabilidad.

En lo atinente al segundo supuesto, esto es, *cuando se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito*, cabe hacer formula-

ciones análogas al anterior. Este supuesto considerado aisladamente es una prueba bastante débil para hacer probable la responsabilidad del inculcado. Son imaginables en principio muy diversas hipótesis que podrían desprenderse del hecho de que a un sujeto se le hayan encontrado los objetos, instrumentos o productos del delito; baste decir que éstas pueden ir desde la posesión de buena fe de tales efectos, *la siembra de los objetos*, hasta la efectiva autoría del delito. En todo caso, el grado de probabilidad de la ocurrencia del evento es en este momento necesariamente débil, y dado que los efectos de juicio conducen a una detención cautelar segura, existe una disparidad entre el conocimiento y los efectos prácticos.

Finalmente, el último supuesto, cuando aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, es el que mayores problemas cognitivos conlleva, toda vez que se pide una valoración de la prueba, cuyas condiciones de realización, a su vez, son de difícil acceso por parte de quien la lleva a cabo. En efecto, la parte final del artículo 267 del CPPDF señala que para que se actualicen los supuestos de flagrancia por equiparación debe tratarse de un delito grave establecido por la ley; que no haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos; que se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva, y que no se hubiese interrumpido la persecución del delito. Como puede constatarse, quien lleve a cabo la valoración tendrá que tener amplios conocimientos del derecho, tener la capacidad de identificar cuáles son los delitos graves, así como otros de naturaleza empírica respecto del inicio de la averiguación previa y de la duración del plazo indicado. Es claro que todas estas condiciones desdibujan el carácter cognitivo del fundamento utilizado para la detención por flagrancia equiparada.

III

El ejemplo que he descrito me parece adecuado para mostrar el modo en que puede utilizarse la epistemología para el análisis de las instituciones y reglas procesales del derecho penal. Se trata de un análisis que parte de valores perseguidos por el orden jurídico constitucional, la libertad personal y la seguridad jurídica, y que utiliza categorías epistémicas para ponderar si se satisfacen normativamente esos valores. En todo caso, se

trata de una epistemología regional que instrumentaliza el conocimiento para ponerlo al servicio de un valor.

REFERENCIAS

- CURCÓ COBOS, Felipe (2003), “La razón a la deriva. Apuntes para una idea de la epistemología en sentido pragmático”, en BERMUDA, José Manuel (coord.), *Pluralismo filosófico y pluralismo político*, Universitat de Barcelona, Horsori Editorial.
- GASCÓN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons.
- FERRER, Jodi (2003), *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona.
- LAUDAN, Larry (2003), *Truth, Error & the Criminal Law*.
- TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta.