

# Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan\*

## Standards of Proof, Political Morality, and Cost of Error: The Inconsistent Core of Larry Laudan's Legal Epistemology

Diego Dei Vecchi

### Autor:

Diego Dei Vecchi  
Universitat de Girona, España  
diego.deivecchi@udg.edu  
<https://orcid.org/0000-0002-1726-2651>

Recibido: 11-4-2019

Aceptado: 10-2-2020

### Citar como:

Dei Vecchi, Diego, (2020). Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43, pp. 397-426. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.15>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Diego Dei Vecchi

### Resumen

Este trabajo pone de manifiesto un bucle de inconsistencias entre tres aristas argumentales que Larry Laudan defiende a lo largo de sus reflexiones sobre la prueba en el contexto del proceso judicial. Por una parte, se reconstruyen los argumentos que Laudan aduce para mostrar que la fórmula *más allá de toda duda razonable* no constituye siquiera mínimamente un estándar genuino de prueba. Por la otra parte, se reconstruyen algunos de sus argumentos dirigidos a mostrar que esa fórmula produce una excesiva cantidad de falsos negativos. En tercer lugar, se pone de manifiesto su propuesta a efectos de sortear estos problemas. Se explicitará una inconsistencia entre las primeras dos aristas argumentales que Laudan desarrolla y se mostrará, además, que su propuesta se torna ilusoria, en gran medida, en virtud de sus propios argumentos en contra del *más allá de toda duda razonable*. Se sugerirá que la solución de estos problemas debe buscarse por otro camino.

**Palabras clave:** estándar de prueba; epistemología; abstracción; error; Laudan.

### Abstract

This article makes explicit a braid of inconsistencies rising from three argumentative lines that Larry Laudan defends along his thought regarding legal proof. First, Laudan's argument criticizing Beyond a Reasonable Doubt (BARD) formula as an extremely subjective criterion of proof is

\* Una primera versión de este texto fue discutida en un seminario interno en la Cátedra de Cultura Jurídica de la UdG en octubre de 2018 y en Alicante en febrero de 2019. Agradezco a quienes participaron de esos seminarios por sus comentarios y sugerencias. Por sus lecturas y comentarios a distintas versiones de este texto agradezco a Edgar Aguilera García, Jorge Baquerizo, Hernán G. Bouvier, Lucila Fernández Alle, Mercedes Fernández López, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier, Diego Papayannis, Pablo Rapetti, Carmen Vázquez. Agradezco asimismo a dos dictaminadoras/es anónimos.

reconstructed. Second, the article underlines some of his arguments to claim that BARD produces a huge quantity of guilty defendant's acquittals. Third, Laudan's conception of genuine standards of proof is taken into consideration. After showing an apparent inconsistency between Laudan's first and second line of criticism, the paper shows that Laudan's proposal fails, in part given his own arguments against BARD. A different direction of solutions will be suggested.

**Keywords:** standard of proof; epistemology; acquittal; error; Laudan.

## 1. INTRODUCCIÓN

**D**ecidir si una persona debe o no ir a la cárcel por haber cometido un delito (o bien si debe ser penada de alguna otra manera) presupone llevar a cabo una actividad tendiente a determinar si los hechos constitutivos de ese ilícito han ocurrido o no. En principio, se trata de una actividad idéntica a la que desarrolla un científico en relación con los eventos sobre los que indaga o la de un historiador frente a los advenimientos que lo intrigan, o la que emprende cualquier persona que pretenda elucidar acontecimientos concretos del pasado.

En los ordenamientos donde las condenas penales se materializan en decisiones motivadas esto es fácil de observar. Toda decisión judicial que condene por un delito contiene una premisa fáctica referente a la conducta humana constitutiva del mismo, al tiempo que suele exigirse una justificación específica relativa a esa premisa. Se trata de la justificación (externa) de la premisa menor o fáctica de la decisión judicial. Justificar una premisa tal consiste –al menos en parte– en *probarla*: mostrar que hay un acervo suficiente de razones epistémicas (pruebas) que la sustentan.<sup>1</sup> Mas, sea cual fuere el acervo probatorio con que se cuente en el ámbito de que se trate (en el judicial o en cualquier otro), lo cierto es que la proposición justificadamente aceptada podría todavía ser falsa. Esto se debe a que el conocimiento humano es irremediabilmente falible: ninguna justificación excluye por completo *el error*.

Partiendo de premisas semejantes a estas, Larry Laudan viene desde hace ya casi dos décadas dedicando buena parte de su obra filosófica al análisis de estas cuestiones epistémicas en el marco proceso judicial, más precisamente, el penal. Un lugar central en sus reflexiones lo ocupan, precisamente, los *errores* a que las decisiones sobre prueba pueden conducir y, en especial, su frecuencia e impacto dañoso en la sociedad.

De entre los errores posibles, los que más preocupan a Laudan son los que llama *veredictos falsos*: todos aquellos cuya premisa fáctica, aun si justificada a la luz de los criterios jurídicos y epistémicos aplicables, no se condice con los eventos efectivamente acaecidos, sea porque se tiene por acreditado lo no ocurrido, sea porque se fracasa en la acreditación de lo que de veras ocurrió. Así, los que él denomina 'veredictos falsos'

1. Por cierto, en el proceso judicial hay restricciones específicas para la búsqueda de la verdad, pero podemos hacer abstracción aquí de esta circunstancia.

pueden ser de dos tipos: aquellos que absuelven a quien había cometido el delito por el que se lo juzgaba (falso negativo) y aquellos que condenan a quien no lo había cometido (falso positivo). En este trabajo me centraré exclusivamente en los veredictos falsos que sobrevienen a un juicio, i.e. los que secundan a la etapa final del proceso penal; aun cuando en la nomenclatura laudaniana este es tan solo uno de los tipos de veredicto falso que el proceso judicial debería tender a reducir.<sup>2</sup> Más concretamente, me centraré aquí en el tipo de error que Laudan etiqueta como *falsos negativos*, i.e. absoluciones (en juicio) que benefician a personas que habían cometido el delito que se les adjudicaba.

Evitar absolutamente la comisión errores, dada la irremediable falibilidad aludida, es incompatible con todo curso de acción y, por ende, con toda decisión sobre la culpabilidad o inocencia de las personas. Mas ninguna comunidad parece dispuesta a quedarse inerte ante la comisión de delitos. De hecho, eso también se considera un error.<sup>3</sup> En estas condiciones, siendo irreductible la posibilidad de incurrir en desaciertos, lo que entrará en juego es la evaluación de la gravedad de uno u otro yerro posible. En este sentido, suele decirse que las condenas a inocentes son moralmente más indeseables que las absoluciones a culpables.

Así las cosas, el contexto de decisión judicial queda configurado del siguiente modo: (i) es indispensable decidir si hay o no pruebas suficientes a efectos de condenar a la persona de que se trate por la comisión de un delito, (ii) la posibilidad de que esas constataciones sean falsas es inescapable, y (iii) posiblemente haya una asimetría valorativa respecto de los errores en juego.

A efectos de afrontar estas circunstancias, ciertas herramientas se tornan insoslayables, de entre las cuales los *estándares de prueba* ocupan un lugar crucial. Se trata de aquellos criterios que, fijando el umbral de suficiencia probatoria, por un lado, determinan cuándo los enunciados fácticos de que se trate son aceptables y, por el otro, al menos desde la óptica de Laudan, distribuyen los errores que así puedan cometerse. Idealmente, esa distribución habría de llevarse a cabo aumentando o disminuyendo las exigencias probatorias de un modo tal que refleje la evaluación subyacente relativa a los errores en juego.<sup>4</sup>

La fórmula *más allá de toda duda razonable* [en adelante BARD, por su sigla en inglés] ocupa un lugar neurálgico en la historia de los ordenamientos jurídicos como aquella llamada a desenvolver esta doble función. Si bien se trata de una fórmula de

2. LAUDAN, 2013b, § 3. Para él son también casos de error aquellos donde el culpable no es sometido a juicio, así como aquellos donde se llega a un acuerdo (*plea bargain*) que no se corresponde con los hechos acaecidos. Vale la pena destacar desde ya otra terminología común del autor: Laudan llama *culpables materiales* a quienes efectivamente han cometido el delito e *inocentes materiales* a quienes no lo han hecho. Paralelamente, a quienes se les prueba jurídicamente haber cometido el delito se los denomina *culpables probatorios* y a quienes no se les prueba haberlo hecho *inocentes probatorios*. Las categorías son independientes, de modo que un inocente material puede ser culpable probatorio (caso en el cual estaríamos ante un falso positivo) y, viceversa, el culpable material puede ser inocente probatorio (falso negativo). Véanse LAUDAN, 2013b: 37 y también LAUDAN, 2005.

3. Véase FORST, 2004: 22 ss.

4. Cfr. FERRER BELTRÁN, 2018, nota 13.

origen anglosajón, lo cierto es que actualmente ha logrado una extendida aceptación en numerosos ordenamientos, sea por vía legislativa, sea por vía jurisprudencial.

Laudan ha escrito numerosos textos argumentando que el BARD no constituye un estándar de prueba en absoluto y que debe ser abandonado. Ello se debe a numerosas razones de entre las cuales se destacan las dirigidas a mostrar que la fórmula produce una enorme cantidad de *falsos negativos*, es decir, sentencias de aquellas que Laudan denomina «absoluciones falsas». Esa cantidad, sostiene el autor, no solo excede escandalosamente la que él estima una *ratio* moralmente aceptable, sino que supera incluso la proporción para cuya realización (por hipótesis) se la ideó.

Este trabajo está dirigido a mostrar que las razones que Laudan invoca en favor de esta tesis deben ser rechazadas, así como también la propuesta supuestamente superior que él esboza. En vistas a sustentar estas objeciones se empezará por explicitar sintéticamente cuáles son las condiciones que debe poseer un estándar de prueba para funcionar como tal (§1). Se mostrará luego, por qué el BARD no constituye, para Laudan, un auténtico estándar de prueba (§2). A continuación, se reconstruirán los argumentos que Laudan propone para cuantificar la tasa de falsos negativos y para achacarle al BARD todas o una buena parte de ellos (§3). Sobre estas bases se demostrará que (a) Laudan incurre en una serie de inconsistencias de diversa índole y que ni la contabilización de errores, ni el achaque de ellos al BARD poseen una justificación atendible (§4.1); (b) que su propuesta constructiva para la formulación de estándares de prueba parece estar destinada al fracaso (§4.2). Se sugerirán allí los caminos que una propuesta plausible habría de adoptar.

## 2. LA MORALIDAD POLÍTICA Y LA NECESIDAD DE ESTÁNDARES DE PRUEBA

Una de las asunciones típicas que puede encontrarse en los trabajos de Laudan es que, a mayor exigencia probatoria del estándar respecto de la hipótesis de la culpabilidad, menor será la probabilidad de condenar a alguien que no haya cometido el delito y, simétricamente, mayor será la probabilidad de absolver a quien sí lo haya hecho. En contraste, la reducción de la exigencia de los estándares de suficiencia tendría por consecuencia aumentar la probabilidad de condenas a inocentes, pero aumentando también la de condenas a culpables.<sup>5</sup> Así vistas las cosas, la distribución del error por medio de un estándar probatorio consiste en fijar un umbral de suficiencia que haga que los falsos positivos y los falsos negativos se produzcan en la práctica en un monto que se condiga con el juicio «de moralidad política» al que antes se hizo referencia. A mayor exigencia probatoria, mayor será el monto de errores que habrán de soportar

5. Estas asunciones, creo, son sumamente discutibles, pero no puedo detenerme en ello ahora. Algunos problemas al respecto, al menos, en ALLEN, 1977, KAPLOW, 2011, KAPLOW, 2012.

quienes persigan los fines persecutorios; a menor exigencia probatoria, mayor será el monto de errores a soportar por quienes sean acusados de haber cometido un delito.

En su estado actual, la epistemología proporciona, en el mejor de los casos, ciertos criterios para determinar cuál es la *mejor* de entre varias hipótesis concurrentes: un criterio comparativo, ordinal.<sup>6</sup> Pero ella no es la disciplina adecuada para determinar cuál es el estándar de suficiencia en virtud del cual *debemos* decidir y actuar. Esto se debe a que la epistemología, su «núcleo duro», tal como Laudan lo denomina, solo aporta herramientas para la reducción de errores globalmente considerados. Ella no distribuye las cargas sobre la base de una evaluación de la gravedad de los errores a los que la decisión sobre los hechos podría conducir en cada contexto de decisión.<sup>7</sup>

En contraste, en todo contexto en que se deba decidir si un enunciado fáctico está o no probado y actuar sobre la base de esa determinación, la fijación del criterio de suficiencia probatoria requerirá de una evaluación moral o política comprometida, no neutral, respecto de los potenciales resultados de la acción. Se habrá ingresado entonces, dice Laudan, en el «núcleo blando» de la epistemología. En este sentido, la selección de un estándar de prueba cualquiera a los fines de decidir si la proposición *p* está probada y, sobre la base de ello, adoptar el curso de acción  $\phi$ , es función de un juicio de carácter evaluativo, político y/o moral. Se trata de un juicio de conformidad con el cual se establece que ese umbral de prueba es moral o políticamente adecuado para la toma de decisiones de que se trate y para la asunción de responsabilidad por las consecuencias que de  $\phi$  podrían seguirse, si fuera el caso que *p* es falsa.

Como sostiene Laudan, la «decisión colectiva» en vigor indica una clara preferencia en favor de las absoluciones a culpables por sobre las condenas inocentes a las cuales se considera más graves e indeseables. Por cierto, una de sus grandes preocupaciones es que no hay indicio alguno sobre *cuán superior* es esa preferencia. ¿Cuántas absoluciones a culpables está la sociedad realmente dispuesta a tolerar por cada condena a un inocente? ¿cuántas sería razonable tolerar?<sup>8</sup>

Sea como fuere, mucha gente sostiene además que, dado que las decisiones morales o políticas deben adoptarse democráticamente y dado que la distribución de riesgos de error es una decisión de ese tipo, los estándares de prueba deben estar tipificados legislativamente con anterioridad a la adopción de cualquier decisión judicial acerca de la suficiencia probatoria. Ello así en virtud de que el órgano auténticamente democrático es el parlamento o legislatura siendo, por tanto, el único legitimado para fijar

6. Sobre los criterios que hacen mejor o peor a un argumento sobre enunciados fácticos GONZÁLEZ LAGIER, 2003, GONZÁLEZ LAGIER, 2013. Véanse también HARMAN, 1965, PARDO & ALLEN, 2008, TUZET, 2006, BAYÓN MOHINO, 2009.

7. LAUDAN, 2011c: 59.

8. LAUDAN, 2013b: 105 y ss. Las respuestas que aquí se den dependen en gran medida de la meta-ética asumida. Laudan piensa que es posible medir la gravedad de los errores de uno u otro tipo y, en virtud de esa mensuración, establecer una *ratio* objetivamente 'justa'. Él llega a la conclusión de que, en efecto, las condenas a inocentes son más graves que las absoluciones a culpables, pero la *ratio* es muy inferior a la usualmente asumida. Véase LAUDAN, 2016, capítulo 4, LAUDAN, 2011d.

estándares de prueba. A más de ello, contar con estándares de prueba legislados sería también un requisito propio del estado de derecho.<sup>9</sup>

Si estas tesis se asumen contemporáneamente junto con la presuposición de que el sistema de valoración en vigor es (y debe ser) el de la ‘prueba libre’ o de ‘sana crítica racional’, esto es, si se asume la ‘concepción racionalista de la prueba’, se siguen tres consecuencias respecto de todo estándar probatorio jurídico-procesal:

- i) deberá distribuir el error preocupándose mayormente por los falsos positivos y produciendo idealmente en los hechos exactamente la *ratio* de error esperada;
- ii) deberá estar legislativamente fijado antes de su aplicación y
- iii) deberá estar formulado en términos exclusivamente *epistémicos* de modo que su aplicación responda solo a ese tipo de criterios.<sup>10</sup>

Esto último es consecuencia de una circunstancia que, creo, pasa desapercibida a gran cantidad de juristas y filósofos o que, al menos, no es suficientemente enfatizada, a saber: la interdependencia entre sistema de valoración de la prueba y estándar de suficiencia. En este sentido, si el sistema de valoración es el que determina qué tipo de factores han de tomarse como los determinantes para la aceptación de ciertos enunciados fácticos *qua* verdaderos, entonces el estándar de suficiencia deberá estar formulado de un modo tal que *actualice* el sistema de valoración en cuestión, dotándolo de eficacia. Si el estándar fijase el límite de suficiencia acudiendo a factores distintos respecto de aquellos que el sistema de valoración considera pertinentes, pues entonces el sistema de valoración habría sido lisa y llanamente dejado de lado.

Por todo lo dicho, en lo que aquí importa, para que un estándar de prueba esté en condiciones de satisfacer esas exigencias a la vez deberían darse ciertas condiciones a su respecto. En primer lugar, debe ser producto de una decisión previa, en abstracto, acerca de la distribución moralmente deseada del error. En segundo lugar, el límite de suficiencia y, por tanto, la *ratio* deseada de distribución de error, deben poder ser identificados objetivamente. En tercer lugar, la satisfacción de sus condiciones de aplicación, i.e. el haberse alcanzado el límite de suficiencia, debe también poder determinarse objetivamente. Por último, la fijación de ese límite de suficiencia debe remitir pura y exclusivamente a criterios *epistémicos*.<sup>11</sup> ¿Cumple el BARD con estas exigencias? ¿podría hacerlo?

9. Véanse, FERRER BELTRÁN, 2013, STEIN, 2005, NANCE, 2016: 28.

10. FERRER BELTRÁN, 2018 dice que el estándar debe «[a]pelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio...».

11. Véanse LAUDAN, 2013b: 120-133, FERRER BELTRÁN, 2007: 146, FERRER BELTRÁN, 2018, BAYÓN MOHINO, 2009.

### 3. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: UN ESTÁNDAR ILUSORIO

En el año 2003 Larry Laudan publicó un ensayo dirigiendo una fuerte crítica a la fórmula BARD,<sup>12</sup> muchas de cuyas conclusiones están presentes en el capítulo segundo de la obra publicada tres años más tarde.<sup>13</sup> En sendos trabajos Laudan arguye, con buenos argumentos, que la del BARD es una fórmula vacua tanto en términos de cuantificación epistémica de la suficiencia probatoria cuanto (consecuentemente) en términos de *ratio* expresiva y realizativa de un concreto juicio moral distributivo del error.<sup>14</sup> Esto es así, en particular, por el subjetivismo incontrolable al que conduce.

Ante todo, si bien se han invocado múltiples juicios de moralidad política distributivos del error vinculados con el BARD, es usual alegar a la *ratio* Blackstone como la que subyace a esa fórmula. Aunque tampoco se sabe muy bien qué es lo que esa *ratio* exige, dice Laudan, en general se entiende que ella juzga que una condena a un inocente equivale en gravedad a diez absoluciones a culpables. De por sí, esto se le presenta al autor como extremadamente arbitrario, pero en lo que aquí importa, la cuestión está más bien en que el BARD no logra siquiera reflejar esa distribución en los hechos.<sup>15</sup> Esto así, en general, por lo incontrolable de la aplicación de la fórmula a los casos concretos.

Laudan inicia su ataque contra el BARD proporcionando al lector un repertorio de las traducciones interpretativas a que ha sido históricamente sometida la fórmula en la jurisprudencia estadounidense.<sup>16</sup> Lo que esto muestra es que, por empezar, la fórmula es (tratada como) radicalmente ambigua,<sup>17</sup> sin que haya ninguna razón para pensar que estos plurales significados que le han sido atribuidos sean exhaustivos. En este orden de ideas, pareciera que ante la pluralidad de alternativas que la fórmula pone en manos de los intérpretes, la elección que se haga termina por ser eminentemente discrecional si no arbitraria. Esto implica de por sí un primer matiz de subjetivismo en el uso de la fórmula BARD consistente en la elección de la traducción más adecuada a juicio del intérprete.

Naturalmente, este es un problema de carácter general en relación con la interpretación jurídica. Si tiene asidero señalarlo aquí es no solo porque es una de las indeterminaciones del BARD que Laudan subraya, sino además porque en virtud de este primer matiz de subjetivismo se llega a otro, ulterior. En efecto, aunque alguna interpretación de la fórmula podría transformarla en un auténtico estándar *de prueba*, acaso como una interpretación correctora, el modo en que se ha ido interpretando la frase ha tendido a reducirla a la exigencia de un cierto estado subjetivo de quien debe decidir: por ejemplo, «BARD ha de ser entendido como equivalente a ‘convicción

12. LAUDAN, 2003, citado de LAUDAN, 2011a.

13. LAUDAN, 2006, citado de LAUDAN, 2013b.

14. Véanse LAUDAN, 2011b, LAUDAN, 2013a.

15. Una objeción adicional al modo de formular la *ratio* en LAUDAN, 2013b, cap. III §3.

16. Véase especialmente LAUDAN, 2011a. También, HAACK, 2014a: 17-18, HAACK, 2014b: 52-56. En los Estados Unidos, la ‘constitucionalización’ de la fórmula se remonta a *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970): un «acto creativo de interpretación» (cfr. LAUDAN, 2011a: 127, LAUDAN, 2013b: 66, LAUDAN, 2016: 105-107).

17. Véase FORST, 2004: 57.



perdurable'», o cosas por el estilo. De acuerdo con la tesis de la interrelación entre sistema de valoración y estándar de prueba, claro está, esto termina por consagrar un sistema de íntima convicción.

Si se las analiza en profundidad, esto es lo que sucede con prácticamente todas las interpretaciones del BARD que Laudan trae a colación. Una de ellas resulta de todos modos particularmente relevante: la que traduce BARD en cierto *grado de (alta) probabilidad*. Se trata de una interpretación, dice Laudan, que recibe más aceptación entre juristas y público general que entre jueces.<sup>18</sup> Pero ella se torna crucial para nuestros fines por dos razones: (a) se trata de una interpretación que, a juicio de Laudan, conduce a 'subjetivismo incontrollable' sobre la suficiencia probatoria; (b) es la hipótesis de trabajo 'heurística' en que él mismo funda toda una línea (semi)independiente de investigación, a saber: la que intenta esclarecer cuál es de hecho la *ratio* de falsos positivos y falsos negativos que en los hechos se producen dentro del ordenamiento jurídico estadounidense, donde el BARD está en vigor. Dejemos, de cualquier modo, el punto (b) para más adelante (§3).

Aunque no es ciertamente el único modo de entender al término «probabilidad», Laudan da por hecho que él refiere a un «grado numérico de seguridad», a la intensidad de la creencia o confianza de quien juzga sobre los hechos.<sup>19</sup> Así entendida, la probabilidad es la mensuración del estado subjetivo de convicción, donde la cúspide, el 100%, la ocupa la *certeza absoluta*.<sup>20</sup>

En su trabajo seminal sobre el BARD Laudan no se adentra mayormente en la subjetividad a que esta interpretación conduce. Él se limita a conjeturar que la falta de simpatía de la judicatura con esta interpretación se debe seguramente a que una traducción probabilística de la fórmula resultaría deslegitimadora del sistema. Pues si se explicitase que la suficiencia probatoria se obtiene con un grado de seguridad menor a la certeza, ello implicaría una confesión de que el sistema legitima necesariamente en ocasiones la condena de inocentes.<sup>21</sup> Aunque no podría ser de otro modo, parece que la hipocresía aconseja guardar las apariencias de infalibilidad.

Su convicción de que la interpretación probabilística obliga a claudicar ante la subjetividad se deja ver más claramente unos años más tarde en la obra de Laudan. Mientras él analiza la posibilidad de recurrir a la cuantificación probabilística a fines de establecer un estándar de prueba genuino, objetivo (sea el BARD o cualquier otro), él sostiene que ello debe ser rechazado, precisamente en virtud de que, en caso contrario, el estándar «sufrirá del mismo problema de subjetividad que (...) demostró estar dentro de las principales deficiencias del estándar BARD».<sup>22</sup>

Dos son las razones que Laudan ofrece para descartar la técnica probabilística de formulación de estándares de prueba. La primera de ellas apunta a las dificultades que implica graduar probabilísticamente nuestras creencias en contextos como el del proceso

18. LAUDAN, 2011a: 150, LAUDAN, 2013b: 79.

19. LAUDAN, 2011a: 150-151, LAUDAN, 2013b: 79-80.

20. Véase DE FINETTI, 1993: 215.

21. En el mismo sentido NESSON, 1985.

22. LAUDAN, 2013b: 121.



judicial. Así, a diferencia de lo que podría suceder, por ejemplo, respecto de la creencia de que una moneda arrojada al aire caerá del lado de la *cruz*, en contextos como el que nos ocupa un cálculo tal parece imposible.<sup>23</sup> Formular estándares de ese modo implica exigir a la gente embarcarse en una operación que, dice, «ni yo ni ningún otro miembro del jurado podríamos llevar a cabo con algún grado de fiabilidad».<sup>24</sup>

La segunda de las razones es mucho más terminante y, por ello, más relevante a nuestros fines, pues conduce a la conclusión de que cualquier estándar formulado en términos probabilísticos constituye «... una parodia de un sistema de prueba... el derecho procesal penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador o juzgador de los hechos (en este caso, el jurado) tenga en la culpabilidad del acusado. De modo que, para el derecho, tenemos una prueba de la culpabilidad del acusado cuando los miembros del jurado se sienten fuertemente persuadidos de ello (o cuando asignen a la hipótesis de la culpabilidad una probabilidad mayor a  $x$ , en el caso de un estándar probabilístico). Sin importar cómo hayan llegado a tener ese alto nivel de confianza, está probado. Esto pone las cosas precisamente del revés».<sup>25</sup>

Así las cosas, toda vez que un pretendido estándar esté formulado en estos términos, ya no se tratará de un auténtico criterio de suficiencia *probatoria* sino de un recurso a un estado mental, interno, subjetivo, acaso a lo que sienten quienes juzgan.

El sistema no ofrece al jurado ningún estándar de prueba neutral u objetivo. En lugar de ello, se le comunica a los miembros del jurado que la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad del acusado determina si condena o absuelve. Para empeorar las cosas, el sistema no establece controles sobre cómo el jurado llega a ese nivel subjetivo de confianza. Al contrario, se les da rienda suelta para evaluar las pruebas como les plazca, con tal de que al final, si deciden condenar, afirmen que se encuentran genuinamente persuadidos de que el acusado cometió el delito que se le imputa.<sup>26</sup>

Esta es la situación histórica y actual del BARD: es y ha sido en sí mismo y en cada una de sus traducciones un *pseudo* estándar, una parodia, un pretexto detrás del cual se despliegan acaso las más radicales arbitrariedades de quienes lo aplican. Al reconducirse al sistema de íntima convicción, el BARD y cualquier formulación probabilística del estándar de prueba implicarían que quien juzga puede adquirir su convicción «con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos».<sup>27</sup>

En suma: según las enseñanzas de Laudan, el BARD, como fórmula a interpretar, deja abierta a la subjetividad del intérprete una pluralidad de traducciones posibles.

23. LAUDAN, 2013b: 122.

24. . En la misma orientación, aunque con implicancias claramente distintas, decía más recientemente que «[h]ay muchas investigaciones empíricas que indican que los ciudadanos ordinario no poseen una comprensión sólida de cómo calibrar sus grados de confianza cuantitativamente» (LAUDAN, 2016: 108). Traducción propia.

25. LAUDAN, 2013b: 126. También LAUDAN, 2011c: 70. Algunas críticas a la interpretación subjetiva de la probabilidad y la eventual aplicabilidad del teorema de Bayes en COHEN, 1998: 80-82, GARBOLINO, 1997: 93-98, PARDO, 2013: 111, COHEN, 1998: 19-20, FERRER BELTRÁN, 2007: 118-120.

26. LAUDAN, 2013b: 126.

27. COUTURE, 1958: 273.

Por su parte, de esas traducciones, al menos las hasta ahora ensayadas y usualmente empleadas, dejan librada a la subjetividad del intérprete la decisión acerca de si un enunciado fáctico está o no suficientemente probado, con independencia de si hay o no pruebas genuinas y de cuántas de ellas haya. Esto es lo que ocurre, especialmente, con cualquier formulación de un estándar en términos probabilísticos.

«Mientras que las definiciones de BARD no se enfoquen principalmente en lo robustas que han de ser las pruebas y permanezcan obsesionadas exclusivamente con la intensidad de las creencias de los miembros del jurado, BARD seguirá estando a merced de la devastadora crítica de que confunde la fuerza o intensidad de una creencia (que puede ser totalmente irracional) con que la creencia en cuestión esté *justificada*».<sup>28</sup>

#### 4. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: UN ESTÁNDAR EXCESIVAMENTE SEVERO

Frente a todo esto, una de las preocupaciones persistentes de Laudan a lo largo de sus años de incursión en el mundo del derecho es la ausencia de evidencia empírica acerca de la *ratio* de error a la que el método de decisión probatorio judicial (en general guiado por la noción de BARD) conduce en los hechos. Ningún procedimiento de decisión serio, sostiene Laudan, puede desentenderse del margen de confiabilidad que reporta y de cuán frecuentemente lleva a *error*.<sup>29</sup>

No obstante, frente a esta desconcertante y trágica ausencia de datos empíricos, frente a esta falta de seriedad de la cultura jurídica en general, Laudan se las ingenia para espabilar a la ciudadanía haciendo explícita la para él aberrante *ratio* de error que el sistema, de hecho, produce: una enorme cantidad de absoluciones a culpables ante un número aparentemente tolerable de condenas a inocentes. Además, avanza frente a esas constataciones proponiendo una serie de reformas tendientes a dotar al método jurídico de, al menos, un mínimo de esa seriedad extraviada.

En un primer momento Laudan recurre a ciertos datos empíricos presentes en la obra de Kalven y Zeisel (en adelante K-Z) para alegar que el BARD genera una buena cantidad de veredictos *inválidos*. En su obra, son veredictos inválidos –en lo concerniente al razonamiento probatorio– todos aquellos en que (i) el juzgador otorgue a alguno de los elementos de prueba mayor o menor peso del que «genuinamente le correspondería» o (b) malinterprete el grado de severidad del estándar de prueba que deba aplicar.<sup>30</sup> Naturalmente, un veredicto puede ser válido (i.e. estar justificado a la luz del criterio de suficiencia epistémica) y resultar, todavía, falso.

Pues bien, en el trabajo de K-Z se dice haber recabado la opinión de una pluralidad de jueces preguntándoles qué creían ellos respecto de las absoluciones que, en los juicios en que tuvieron participación, los jurados habían resuelto: según las respuestas, los

28. LAUDAN, 2013b: 101-102.

29. LAUDAN, 2016: xii-xiii.

30. LAUDAN, 2013b: 38.

jurados habrían actuado erróneamente en el 20 por 100 de las ocasiones al considerar insuficientes las pruebas con que contaban.<sup>31</sup> Frente a esto, Laudan sugería que «[a]unque, en efecto, la anterior constituye solo evidencia anecdótica, sugiere (si los jueces están en lo correcto) el impresionante dato de que se produce un veredicto inválido en una de cada cinco absoluciones».<sup>32</sup>

Es decir, las opiniones de los jueces respecto de la suficiencia probatoria BARD que los jurados pasaron por alto sugiere que (de estar en lo correcto los primeros) estos últimos *aplican mal* el estándar de prueba vigente: i.e. el BARD.

Más recientemente,<sup>33</sup> Laudan ha intentado dar un paso más decisivo hacia la elucidación del monto de estos errores, que son los que más parecen inquietarlo: los veredictos *falsos* (aun si válidos). Hasta ahora había dicho que la frecuencia de falsos negativos permanecía desconocida «... o casi desconocida, dado que se pueden llevar a cabo algunas conjeturas plausibles».<sup>34</sup>

Sus 'plausibles conjeturas' se explicitarían un tiempo luego, ahora sí, en vistas a estimar la frecuencia de «absoluciones falsas» —no ya solo las inválidas— en el sistema penal estadounidense. Para ello, Laudan toma como base empírica de análisis una serie de estadísticas que circunscribe a todos los casos de *crímenes violentos* cometidos en los Estados Unidos durante el año 2008.<sup>35</sup> Como antes se dijo, aun cuando su análisis tiene un alcance mucho mayor, en este trabajo me circunscribo a la determinación que Laudan hace de la *ratio* de falsos negativos producto de absoluciones falsas decididas exclusivamente en juicio. Por cierto, en mi opinión, la locución «absolución falsa» es desdeñable de por sí, pues las absoluciones no son verdaderas o falsas, sino que están justificadas o no lo están. Esa etiqueta podría conducir a la equivocada conclusión de que una absolución está injustificada toda vez que la persona absuelta haya cometido el delito por el que se la juzgó, pero ello no tiene por qué ser así. De hecho, el único caso en que un veredicto tal habría de considerarse *no justificado* es cuando se absuelve *habiendo prueba suficiente* respecto de la autoría y dándose además todas las restantes condiciones legales para condenar. Por cierto, puede ponerse en discusión si las condiciones jurídicas frente a las cuales está justificado absolver culpables son moralmente adecuadas. Pero incluso desde este último punto de vista es posible decir que el mejor

31. Según la reconstrucción de LAUDAN, 2013b: 112.

32. LAUDAN, 2013b: 112-113.

33. Véanse, en esta orientación, LAUDAN, 2011d, LAUDAN, 2013a, LAUDAN, 2016. Véanse también ALLEN & LAUDAN, 2008, LAUDAN & ALLEN, 2010, ALLEN & LAUDAN, 2011.

34. LAUDAN, 2011d: 203. Traducción propia. Véase también LAUDAN, 2013b: 112.

35. Véase LAUDAN, 2016: x, 5, 48, y notas 104-109. Entre los estudios de campo que Laudan cita, los que aquí resultan más determinantes son: Bureau of Justice Statistics (BJS), *Felony Defendants in Large Urban Counties, 2009* (<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fdluc09.pdf>); BJS (2009), *Criminal Victimization, 2008* (<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cv08.pdf>). Creo que podrían hacerse varias consideraciones acerca de cómo Laudan obtiene los montos que se citarán a continuación. Por empezar, hubiera sido más adecuado que haga explícitas sus ecuaciones. En este trabajo, de todos modos, me limitaré a dar por hecho que los números a que Laudan llega son ajustados.

curso de acción a adoptar ante ciertas circunstancias es absolver a la persona acusada, aún cuando pueda haber cometido el delito.

Sea como fuere, hecha esta salvedad, conviene centrarse en la cuantificación de las decisiones que aquí nos ocupan: los falsos negativos resultantes de juicios (estén o no jurídicamente justificados). A estos efectos, Laudan toma como punto de partida una asunción de «conventional wisdom» según la cual la mayor parte de quienes son absueltos en juicio son materialmente culpables. Esta ‘sabiduría popular’ no sería, de todos modos, mero prejuicio; por el contrario, ella tendría fundamento ‘racional’, en la medida en que «estos acusados no hubieran siquiera sido llevados a juicio a menos que *el fiscal creyese* que tenía un caso robusto para persuadir a los jurados de que aquellos eran culpables más allá de toda duda razonable». <sup>36</sup> Pues, aunque este argumento carece de toda evidencia empírica –continúa Laudan– posee plausibilidad *prima facie* en la medida en que: «[a]un si el fiscal sobreestima en ocasiones la fortaleza de su caso contra el acusado, parece razonable suponer que la mayor parte de los acusados absueltos en juicio tienen una apariencia de culpabilidad en el rango que va desde alrededor del 70% al 90%. En tales circunstancias, ello significa, como mínimo, o bien que el fiscal es un juez obscenamente malo de la fortaleza de su caso o bien que el jurado concluyó que el acusado es probablemente culpable pero que la prueba es demasiado débil para sustentar una condena. En estas circunstancias, una inclinación inicial es suponer que al menos la mitad de quienes son absueltos en juicio cometieron, en efecto, el crimen (o los crímenes) que se les atribuía, pero que la prueba deja margen para la duda razonable respecto de la culpabilidad del acusado». <sup>37</sup>

Según Laudan, a partir de que la sola decisión de llevar el caso a juicio *constituye un indicio* de que el fiscal *está convencido* de que la apariencia de culpabilidad supera al menos el 70%, se puede entonces concluir que al menos la mitad de quienes fueron absueltos eran los verdaderos autores del delito por el que se los acusaba. <sup>38</sup> Más: si el estándar en vigor hubiera sido menos exigente que el BARD, el error no se hubiera producido. Esta conclusión deriva de que, llamativamente, para Laudan el grado de seguridad (presumiblemente racional) del fiscal (por caso, del 70%) covaría con la apariencia *probatoria* de culpabilidad (que será, por tanto, del 70%), todo lo cual equivale además a la probabilidad *de autoría* del acusado.

Ahora bien, afortunadamente Laudan no se conforma con esta dudosa especulación basada en un cóctel que mezcla una tesis de sabiduría popular y una presunción acerca del grado de seguridad (¡subjeto!) que (para Laudan) sería racional los fiscales tengan cada vez que llevan las causas penales a juicio. Por el contrario, a fin de dotar de fundamento serio a su tesis, Laudan recurre a «... dos poderosas razones para pensar que

36. LAUDAN, 2016: 57. Traducción y resaltado propios.

37. LAUDAN, 2016: 58. Traducción propia.

38. A menos que el fiscal sea temerario o que su convicción sea producto de un mal juicio respecto de su propio caso, pero esta hipótesis no parece plausible a Laudan. La ‘racionalidad’ de presumir que el caso (se presenta al fiscal) como uno donde la hipótesis de culpabilidad supera el 70% responde a que, sencillamente, el fiscal no querría perder su trabajo a fuerza de perder casos constantemente.

esta asunción simplista subestima la frecuencia de culpables de entre las absoluciones en juicio».<sup>39</sup>

En primer lugar, Laudan acude a datos empíricos provenientes del sistema penal escocés en el cual, aunque el BARD es la fórmula que funge de «estándar», con todo lo que ello implica, están disponibles no dos veredictos sino tres: culpabilidad, culpabilidad no probada, no culpabilidad. El rol crucial para los objetivos de Laudan lo cumple, naturalmente, el veredicto de culpabilidad no probada, que debe dictarse toda vez que (i) el jurado *esté persuadido* de que el acusado es factualmente culpable *con una probabilidad de más del 50%*, pero (ii) el jurado *no esté convencido* de que la hipótesis de culpabilidad supera toda duda razonable. Laudan se basa en un estudio empírico llevado a cabo en Escocia, publicado en 2006, con datos relativos al 2004 y 2005, donde se llega a la conclusión de que el 71% de los acusados juzgados por homicidio y absueltos recibieron un veredicto de *culpabilidad no probada*.<sup>40</sup> ergo, concluye Laudan, «... alrededor de 7-de-10 absoluciones por homicidios en Escocia involucran acusados *considerados por los jurados como habiendo probablemente cometido el crimen*».<sup>41</sup> Asumamos, solo por mor de discusión, la implausible tesis de que ese 71% de culpabilidades no probadas constituye una muestra relevante extensible al año 2008 en el cual Laudan está interesado y al ordenamiento estadounidense. Más, asumamos que ello es extensible a toda la historia judicial anterior y posterior del mundo jurídico regido por el BARD.

En segundo lugar, Laudan vuelve al «monumental study» de Kalven y Zeisel antes citado, pero ahora ya no como indicador de la *ratio* de invalidez de las absoluciones, sino como «prueba empírica» de la *ratio* de falsedad de esos veredictos. En concreto, se centra en una de las preguntas efectuadas en las entrevistas en que el estudio se basa, a saber: la que consultaba en cuántas absoluciones creían los decisores que el caso había estado ‘cerca’ de satisfacer el estándar BARD, i.e. en cuántos casos estaban seguros con una intensidad que lindaba los límites del BARD, y en cuántos casos, por el contrario, la absolución respondía a una clara insatisfacción de la exigencia de ese estándar. En esas entrevistas (del año 1966, vale la pena recordar) las personas entrevistadas dijeron estar convencidas de que, de los 1.191 casos en juego, solo el 5% habían sido casos de absolución clara, al tiempo que el 52% de ellos se presentaban como «clear for conviction».<sup>42</sup> Asumamos, otra vez de modo implausible, que esos 1.191 casos son una muestra relevante respecto del marco espacio-temporal en que Laudan está interesado, o incluso respecto de toda la historia anterior y posterior de todos los ordenamientos gobernados por el BARD.

Para Laudan, *esto* constituye «evidencia empírica» en favor de la tesis de sabiduría popular según la cual la mayor parte de los acusados absueltos en juicio son

39. LAUDAN, 2016: 58.

40. Véase: <https://www.gov.scot/Publications/2006/04/25104019/11>.

41. LAUDAN, 2016: 58. Traducción y resaltado propios.

42. La ambigüedad del término en inglés es sumamente sugestiva en este punto: aunque aquí Laudan usa *conviction* haciendo referencia solo al sentido de *condena*, conviene tener presente que, dada la naturaleza del estudio, debe entenderse *más bien* en sentido de *convicción*.

materialmente culpables. Es más, la evidencia que ofrecen K-Z en 1966, luego de viajar en el tiempo hasta el año 2008, arroja el resultado de que el 85% de las personas absueltas en juicio a lo largo de ese año pueden considerarse culpables materiales del delito por el que se las absolvió, de modo que esas absoluciones pueden contabilizarse, por su parte, como ‘falsas’. ¿Cómo se llega a esa conclusión? Laudan solo dice que, dado que según las estadísticas del año 2008 más o menos un tercio de los casos que llegaron a juicio concluyeron en absolución, ‘se sigue’ a partir de las entrevistas del año 1966 que tan solo el 15% de esas absoluciones fueron casos de absolución clara. Detrás de este entimema parece subyacer lo siguiente: si solo el 5% de la totalidad de los casos ‘suelen ser’ casos en que claramente hay absolver (según indican las entrevistas K-Z, 42 años más tarde), de los 45.000 casos por delitos graves resueltos en juicio en el año 2008, tan solo 2.250 debieron ser absoluciones claras. Sin embargo, se absolvió en 15.000 de esas ocasiones.<sup>43</sup> Por consiguiente, solo el 15% del total de las absoluciones fueron casos que (claramente) debían resolverse de ese modo. ¿Qué pasa con el 85% restante? Laudan dice que, en virtud del estudio de K-Z, puede asumirse que más de 12.000 de los casos del año 2008, «... están lo suficientemente cercanos como para sustentar la asunción de que se trata de acusados probablemente culpables desde el punto de vista fáctico, aun si su culpabilidad aparente no logra eliminar todas las dudas razonables».<sup>44</sup>

El paso inmediatamente posterior del argumento consiste en combinar los datos escoceses con los resultados del estudio K-Z para extraer un promedio y aplicarlo a los datos del año 2008 en que Laudan se basa. De esta combinación, a los ojos del autor: «... parece justo decir que los jurados y jueces consideraron probablemente culpables a la mayor parte de los absueltos en juicio por crímenes violentos y *que, por lo tanto*, es razonable asumir que son falsos negativos. Por consiguiente, asumiré en adelante que, de entre las 15.000 absoluciones dictadas en juicios por crímenes violentos en Estados Unidos en 2008, alrededor de 11.2000 (75%) fueron falsos negativos».<sup>45</sup>

Esta ‘constatación’ de que el sistema hace que al menos el 75% u 80% de las absoluciones que genera sean ‘falsas’ es, en el trabajo de Laudan, un estandarte de lucha contra la fórmula BARD dada su (en apariencia) excesiva pretensión epistémica (entre otras reglas epistémicamente deficientes y moralmente dañinas del ordenamiento procesal). Desmenucemos detenidamente el argumento de Laudan a este respecto.<sup>46</sup>

- a) La mayor parte de quienes en el sistema estadounidense –al igual que en el escocés– deben decidir si condenar a acusados por delitos graves creen que

43. LAUDAN, 2016: 5, 48-50.

44. LAUDAN, 2016: 59. Traducción propia.

45. LAUDAN, 2016: 59. Traducción y resaltado propios. Más tarde insiste en que la *ratio* de falsos negativos es del 80% (LAUDAN, 2016: 65). A esta *ratio* de falsos negativos, se adelantó, hay que sumarle otra relativa a los casos que no llegan a juicio. Esto no está en el marco de este trabajo, pero en buena medida los argumentos siguientes le son aplicables.

46. Dejo implícitas algunas premisas que Laudan estaría presuponiendo y que, creo, pueden inferirse fácilmente, aunque son también altamente problemáticas.

- el estándar que deben aplicar (i.e. el BARD) les exige estar seguros con una probabilidad del 90%.
- b) Ergo, el estándar vigente exige un 90% de seguridad.<sup>47</sup>
  - c) La combinación de las entrevistas de K-Z del año 1966 y los veredictos de culpabilidad no probada escoceses muestran que en un 75% u 80% de las absoluciones, quienes debían decidir o quienes oficiaban de jueces frente al jurado, tenían una convicción superior al 50% de probabilidad de que las personas absueltas eran culpables, aunque inferior al 90%.
  - d) Ergo, el 75% de los absueltos lo fueron a pesar de una apariencia de culpabilidad superior al 50%, lo que hace *probable* su culpabilidad.
  - e) Se puede *aceptar* que ese 75% de absoluciones con apariencia de culpabilidad de más de un 50% recaen sobre gente que en realidad había cometido el delito ya que es *probable* (en más del 50%) que así haya sido.
  - f) Por lo tanto, el 75% de las absoluciones que se deciden en juicio son *falsas* y ello es, al menos en gran medida, *culpa del BARD*, que exige una seguridad que alcance una probabilidad del 90%.

No discutiré mayormente en este trabajo los pasos que van desde (a) a (e), pero no lo haré tan solo por razones de espacio. De todos modos, lo polémico de esas premisas exige al menos algunas consideraciones mínimas. Pues después de destacar el carácter eminentemente subjetivo e incontrolable del cálculo en términos de probabilidades relativas a estados mentales, Laudan funda todo su argumento en auto-asignaciones de probabilidad a ciertas convicciones por parte de ciertas personas. Solo a modo de ejemplo: las opiniones sobre cuál es el *grado de convicción* concreto que el BARD exige, los presuntos *grados de creencia* que los fiscales habrían de poseer (si son prudencialmente racionales) para llevar sus casos a juicio, las opiniones acerca del *grado convictivo de probabilidad* de que las personas acusadas y absueltas fueran materialmente culpables, las opiniones acerca de que ese *grado de probabilidad* no alcanzaba el exigido por el BARD aun si estaba cerca, los *grados de seguridad* manifestados en las sentencias escocesas de culpabilidad no probada, etc.

Mas centrémonos aquí en la premisa (d). De conformidad con ella, Laudan sostiene que por su excesiva exigencia (i.e. 90% de convicción de culpabilidad) el BARD es el responsable de ese 75% u 80% de absoluciones falsas, o al menos de una parte sustancial de ese porcentaje. En los Estados Unidos, decía unos años atrás, «la implementación de un estándar de prueba tan severo como el actual (*más allá de toda duda razonable*)

---

47. Esta última suposición, como no podría ser de otro modo, está 'empíricamente fundada': Laudan se basa en otra serie de entrevistas que lo llevan a concluir que ese (i.e. el del 90%) es un porcentaje plausiblemente atribuible a la generalidad de la ciudadanía como aquel con el cual identifican a la exigencia BARD (véanse LAUDAN, 2006: 47, citando a COHEN & CHRISTENSEN, 1970 y LAUDAN, 2016: 14). Sin embargo, en los trabajos que el propio Laudan cita al respecto puede verse que de los 600 jurados consultados un cuarto *declara*, en efecto, que esa es la exigencia *de confianza* que ellos identifican con el BARD. Pero, al mismo tiempo, otro cuarto sostiene, por ejemplo, que en caso de empate entre las hipótesis de defensa y acusación, de acuerdo con el BARD, habría que condenar.



garantiza precisamente este efecto»<sup>48</sup>. Ya no se trata solamente de que los juzgadores cometan el error de interpretar demasiado severamente la fórmula y/o la apliquen mal (i.e. emitan veredictos *inválidos*), sino que es la (objetiva) severidad de la fórmula la que garantiza el efecto de conducir a demasiadas absoluciones falsas. En el año 2006, en su primera invocación del estudio K-Z, Laudan decía que: «Lo que Kalven y Zeisel encontraron, no fue que dos de cada diez absoluciones correspondían a personas que fueran culpables, sino que dos de cada diez absoluciones, en la opinión de los jueces, ameritaban una condena justificada; o sea, que esas dos absoluciones tenían todo para satisfacer el EdP en materia penal. *Dado que dicho estándar es bastante severo, tenemos buenas razones para esperar que las absoluciones falsas, del modo en que venimos empleando la expresión –es decir, la absolución de acusados genuinamente culpables– ocurran con mucha mayor frecuencia de lo que la cifra del 20 por 100 podría implicar*»<sup>49</sup>.

Es decir, aun cuando de veredictos válidos se trate, sobre la base de la tesis de sabiduría popular mencionada y de la ‘evidencia empírica’ que la sustenta, es posible decir que: «... la razón primordial de la mayor parte de los falsos negativos no consiste en una mala construcción del caso por parte del fiscal, ni la falta de prueba inculpatória robusta, sino en el hecho de que, para condenar a alguien por un crimen, nuestro sistema exige en general que el jurado esté unánimemente persuadido de su culpabilidad en un grado cercano a la certeza (prueba más allá de toda duda razonable) [...] Porque la prueba indicadora de la culpabilidad de muchos acusados verdaderamente culpables no logra alcanzar el concreto umbral de prueba más allá de toda duda razonable, esa persona recibirá un veredicto de no-culpable (lo que se expresaría mejor como ‘culpabilidad no probada’) aun cuando la mayoría o incluso todos los jurados creen firmemente que ellos son culpables».<sup>50</sup>

«Desde esta perspectiva –sostiene Laudan–, es sumamente claro que el estándar de prueba en vigor es demasiado alto. Como *ya he mostrado*, la absolución promiscua de (...) muchos acusados probablemente culpables (porque su culpabilidad aparente se percibe como estando debajo del estándar BARD) está generando mucho más daño que el que genera la condena ocasional de un acusado inocente».<sup>51</sup>

Por su parte, la verificación de esta falla por parte de Laudan y de la (‘plausiblemente conjeturada’) magnitud de ella, lo conducen a abogar por una baja en la exigencia de los límites de suficiencia probatoria en sede penal y, en general, en favor de toda una agenda política reductiva de garantías. En este sentido, dado que sería la excesiva exigencia *probatoria* del BARD la que provoca esos perniciosos efectos, una merma del umbral de suficiencia conduciría simétricamente a una reducción global de los errores, espacialmente por la reducción de falsos negativos.

48. LAUDAN, 2013b: 39.

49. LAUDAN, 2013b: 112, nota 6. El resaltado me pertenece.

50. LAUDAN, 2016: 13-14. Traducción propia.

51. LAUDAN, 2016: 98. Traducción y resaltado propios.

En suma, para Laudan la excesiva exigencia probatoria del BARD ha conducido y conduce a muchas más absoluciones falsas de las que el contrato social toleraría y a muchísimas más de las que él (de acuerdo con cálculos utilitaristas ulteriores) considera razonablemente tolerables, en suma: un monto promiscuo de absoluciones.<sup>52</sup>

Pues bien, creo que si uno combina la primer gran tanda de enseñanzas de Laudan (§2) con esta última tesis, se pueden observar una serie de inconsistencias que, en última instancia, hacen que las conjeturas que lleva a cabo no sean más que, en el mejor de los casos, intuiciones infundadas.

## 5. EL BUCLE DE INCONSISTENCIAS LAUDANIANAS

### a. La excesiva severidad de un estándar ilusorio

La primera inconsistencia aparente en la epistemología laudaniana tiene varias aristas.

En primer lugar, la conclusión según la cual el BARD es en gran medida responsable de los falsos negativos del sistema por resultar excesivamente pretencioso, depende en un sentido crucial de que podamos determinar cuál es la exigencia *probatoria* de esa fórmula. Exactamente lo mismo cabe decir de la afirmación según la cual en el sistema se producen una gran cantidad de veredictos inválidos dado que los jurados aplican mal el BARD. Pues para decir que se ha producido una mala aplicación tendría que haber un criterio objetivo de aplicaciones correctas.

Sin embargo, desde los postulados de Laudan esto es imposible frente a la indeterminación de la fórmula, no solo por su ambigüedad sino, especialmente, dada la subjetividad a que conduce. Esto era lo que ocurría especialmente en los casos de cuantificación probabilística de la convicción.<sup>53</sup> La fijación de un estándar probatorio en un número porcentual cualquiera, BARD incluido, adolece de la peculiar extrañeza de que, a pesar de las apariencias, «no nos ofrece ningún estándar *de prueba* independiente».<sup>54</sup> Lo que estas circunstancias nos enseñaban era que cualquier grado de convicción que un jurado pueda *expresar* es compatible con la presencia de un alto caudal de elementos probatorios, con uno medio, con uno débil o con ninguno en absoluto.

«Después de todo, los crédulos no son propensos a albergar dudas, siquiera cuando debieran, y los escépticos —especialmente si son filósofos— son propensos a mantener dudas sin importar cuán poderosa sea la prueba. El uso de un estándar tan amorfo como el BARD, el estado está esencialmente invitando a quien juzga a confiar en sus instintos viscerales [...] En una sociedad cuyos ciudadanos están variablemente seguros de que la Biblia posee inspiración divina y que es infalible, que sus hijos son uniformemente más inteligentes de cuanto sus enseñantes piensan, y que nos reencarnaremos en otro cuerpo luego de morir, la existencia de un alto nivel de confianza subjetiva respecto

52. Esta es una línea adicional de reflexión en el trabajo de Laudan, a la que se hacía referencia en nota 11.

53. Véanse LAUDAN, 2013b: 123-126.

54. LAUDAN, 2013b: 124. El resaltado me pertenece.

de x entre doce ciudadanos ordinarios no inspira mucha confianza ni acerca de que x sea verdadero ni de que haya sido probado siquiera en un sentido ligeramente robusto del término». <sup>55</sup>

Pero si esto es así, la opinión de quien fuera respecto de cuál es el grado probabilístico de *convicción* necesario para satisfacer al BARD, nada dice acerca de las pretensiones o exigencias *epistémicas* de ese estándar. Esto era precisamente lo que se quería decir al señalar que la cuantificación probabilística excluye sin más el sistema de valoración de la prueba guiado por la racionalidad epistémica, conduciendo a uno de íntima convicción en el más peyorativo sentido de la etiqueta, en el sentido de que «la determinación de su severidad o grado de exigencia [*probatoria*] es escandalosamente arbitraria». <sup>56</sup>

Todo esto torna inadmisibile el argumento de Laudan según el cual el BARD, por su excesiva exigencia *probatoria*, provoca una cierta cantidad de falsos negativos. Pues todo el argumento se basaba en que el BARD exige, para condenar, un *alto grado de confianza* en la hipótesis de la culpabilidad (del 90 o 95%). Si los grados de confianza nada dicen sobre los grados *probatorios*, esa constatación carece de toda capacidad informativa respecto de la severidad *probatoria* de la fórmula BARD. Asimismo, las cuantificaciones relativas a lo cercano de haberse satisfecho el BARD sobre las cuales se fundan las especulaciones acerca de los falsos negativos (en virtud de las encuestas citadas por Laudan) son tan insustanciales, tan subjetivas e insensatas cuanto las de declaración de convicción BARD. Una persona puede sentirse 100% (o 90% o lo que fuera) segura de la culpabilidad, así como puede sentirse segura de poseer una intensidad de creencia cercana a esos porcentajes o a cualquier otro, pero esto no significa que ello refleje *la prueba* disponible, que covaría con el grado de justificación epistémica efectivo.

Atribuir un cierto caudal de errores a la excesiva severidad del BARD es inaceptable, al menos si lo que nos preocupa es la exigencia relativa a razones epistémicas auténticas. Sencillamente, si no hay un estándar *de prueba* independiente con el cual contrastar los casos que se tomen como muestra, entonces no hay forma de decidir si la exigencia *de pruebas* es demasiada, demasiado baja, excesiva o adecuada. Y, como dice Laudan, lejos de ser un estándar *de prueba*, el BARD, así como cualquier especulación probabilística de mensuración de estados convictivos, constituye una noción «... penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones». <sup>57</sup>

Por las mismas razones, la opinión de cualquier juez o jueza respecto de que otros jueces o jurados han aplicado mal el supuesto estándar tampoco dice absolutamente nada sobre la validez de los veredictos: dice tan solo que el BARD que esos jueces o jurados en funciones han aplicado no es el BARD adecuado según la opinión subjetiva e igualmente atendible de otros jueces o jurados en funciones.

55. LAUDAN, 2011d: 215. Traducción propia. Más aún, ante ciertas constataciones jurisprudenciales, dice LAUDAN, 2013b: 131: «Si BARD es tan permisivo como lo sugieren estas opiniones, es urgente que este criterio sea reemplazado por estándares más exigentes...».

56. LAUDAN, 2013b: 104.

57. LAUDAN, 2013b: 61.

En suma: sin un estándar de prueba genuino en vigor no es posible decir ni que haya veredictos falsos como producto de una exagerada exigencia probatoria, ni que haya veredictos inválidos por haberse alcanzado el grado de suficiencia probatoria y haberse desaplicado el estándar. Como máximo, los casos de muestra que Laudan toma bajo consideración habrán de considerarse casos decididos sobre la base «... de las intuiciones indisciplinadas del jurado sobre la culpabilidad y la inocencia o de las asignaciones de probabilidad intrínsecamente arbitrarias que sus miembros realizan».<sup>58</sup>

En este sentido, precisamente porque «las cosas están al revés» no puede decirse que las exigencias probatorias resulten demasiado altas o que generen tales o cuales consecuencias dadas las declaraciones actuales de hipótesis probadas, no probadas o casi probadas.

### *i. Un tiro por la culata*

He aquí la segunda gran inconsistencia de Laudan. Él deriva el carácter excesivo de la exigencia probatoria del BARD, y le atribuye a esa fórmula la producción de falsos negativos, a partir de las declaraciones de personas involucradas en las decisiones de ciertos casos que concluyeron en absolución. Esas personas (sea por medio de veredictos de culpabilidad no probada, sea en el marco de entrevistas ulteriores) habrían declarado que en un alto porcentaje de casos (Laudan, recordemos, asume una media del 75% de ellos) estaban convencidas de la culpabilidad en un grado cercano (aunque no equivalente) al que ellos consideran acorde al BARD, en todo caso uno superior al 50%.

Pues bien, Laudan no solo está aquí asumiendo que la exigencia BARD equivale a la que esa gente piensa (a lo que se refirió antes), sino que ahora lisa y llanamente adopta él mismo un criterio 'probatorio' enteramente subjetivo, tornándose blanco de su propia «crítica devastadora»: pues él asume sin más que la convicción de culpabilidad cercana a BARD *equivale a apariencia probatoria de culpabilidad* cercana al 90%.<sup>59</sup> Así, las auto-cuantificaciones de estados mentales subjetivos en términos probabilísticos por parte de las personas relevantes (i.e. las personas entrevistadas, los fiscales estadounidenses si son presuntamente racionales, las de los jurados escoceses que absuelven por culpabilidad-no-probada), asume Laudan sin razón aparente, *se corresponden* sin más, en todos y cada uno de los casos de la muestra, con presencia simétrica de elementos epistémicos auténticos. Él asume sin más que las expresiones de estados mentales de los encuestados y decisores, no solo son fidedignos, sino que son además producto exclusivo de verdaderas pruebas. Todavía más: a partir del hecho de que las personas entrevistadas o las que decidieron en los casos escoceses dicen haber estado convencidas de que los acusados eran culpables con más del 50% de probabilidad (aunque menos del 90%) concluye que cada una de esas absoluciones fue un falso negativo. De allí que

58. LAUDAN, 2013b: 130.

59. Como Laudan decía respecto de los filósofos morales, quienes «se creen competentes para pontificar sobre cuestiones que envuelven el rigor o solidez de los métodos de prueba», ahora es él mismo quien «stand[s] hoist on their own petard» (LAUDAN, 2011d: 218). Traducción propia.

Laudan no solo da por hecho que las estimaciones probabilísticas subjetivas ajenas son sensibles a las pruebas: él *las asume como propias* y, aplicando estándares (subjetivos) más bajos que los empleados en los casos de la muestra, da por probado lo que en los procesos judiciales se tuvo por no probado. Para decirlo en sus palabras: «En caso de que no resulte claro por qué esto pervierte el orden lógico de las cosas, imagínese que le dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa».<sup>60</sup>

Si esto provoca risa ante la exigencia de un 90% o 95% de seguridad, otro tanto cabrá decir de cualquier otro porcentaje o sensación de cercanía a él. ¿O hay que entender acaso que las personas que respondieron las entrevistas en cuestión, así como los jurados escoceses, poseen una especial sensibilidad epistémica?

## ii. Exigencias probatorias excesivas en el mundo del revés

Pero Laudan podría intentar sortear estas críticas. Él podría sostener que, aunque los estados mentales no reflejan las razones epistémicas disponibles y la gente que decide en ordenamientos como los puestos bajo consideración lo hace tan solo en virtud de sus incontrolables estados psicológicos, los estudios a que recurre muestran *cierta* covariación entre los estados psicológicos relevantes y la presencia de ciertos caudales probatorios. O quizás, sencillamente, Laudan cambió de opinión y cree ahora que los estados mentales, tanto los de las personas que adoptaron las decisiones de la muestra cuanto los de las personas encuestadas, son reflejos de concretos estatus de justificación epistémica.

Pero esto tampoco salvaría el argumento de Laudan.

En primer lugar, hasta aquí hemos asumido por mor de discusión que las estadísticas escocesas y las entrevistas de K-Z de hace más de medio siglo resultan pertinentes para evaluar el estado actual de la cuestión, al menos en los Estados Unidos de América del año 2008. Sin embargo, lo cierto es que no hay ninguna razón aparente para hacer una asunción tal, al menos no más allá de la de hacerlo como mera concesión a efectos de continuar el debate. Laudan no ofrece ningún argumento en este sentido y, a decir verdad, una mínima reflexión acerca de las diferencias demográficas, económicas, culturales, etc., entre los Estados Unidos de América de 1966 y el actual, o entre este último y Escocia, sugiere que un contrabando de datos estadísticos como el ensayado es, como mínimo, tan osado que requiere de una mínima justificación.

En segundo lugar, no es claro en absoluto por qué habría que asumir que los grados de convicción que Laudan obtiene a partir de las decisiones y encuestas tomadas por él

60. LAUDAN, 2011c: 72. Por estas mismas razones, creo que es igualmente inadecuado recurrir a estados mentales a fines de definir la noción de *relevancia epistémica*, tal como lo hace LAUDAN, 2013b: 44. Cfr. HAACK, 2009 [1993]: 132.

como ‘evidencia’ sean *realmente* los grados de convicción que decisores y encuestados tenían respecto de los enunciados fácticos en juego. No hay por qué asumir que esos grados de convicción hayan sido lo que esas personas tenían al momento de decidir los casos de que se trata, y no hay por qué asumir ni siquiera que son los grados de convicción que poseían al momento de responder a las preguntas de los entrevistadores. Laudan no parece tener ni mínimamente en cuenta que quienes declaran tener un grado de convicción tal o cual respecto de un enunciado fáctico –cercano, igual o superior al que ellos estiman es propio de la fórmula BARD– pueden mentir, magnificar su grado de creencia, o sobreestimar la tarea que les incumbía.<sup>61</sup> Él tampoco parece tener en cuenta la posibilidad de que las intensidades de creencia de esas personas hayan mutado desde el momento del juicio hasta el momento de las encuestas, lo cual puede haber ocurrido incluso siendo los encuestados totalmente inconscientes de ello.<sup>62</sup>

Así, aun si el profesor de Texas hubiera cambiado de opinión respecto de su crítica a la expresión probabilística de umbrales probatorios creyendo ahora que la intensidad de creencia refleja siempre la presencia de razones epistémicas, y aún si este cambio de opinión fuere acertado, las variables mencionadas socavan totalmente sus argumentos. Si por embuste, desidia o sesgo el porcentaje de creencia *expresado* por decisores o encuestados no coincidiese con el poseído al momento de decidir, entonces ello tampoco sería indicador de la *ratio* real de culpables absueltos e inocentes condenados, ya que no sería indicador de las razones epistémicas con que realmente se contaba en ese momento.

En tercer lugar, supongamos que Laudan se mantiene en su clásica posición de conformidad con la cual ligar el grado de justificación epistémica a ciertas intensidades de creencia *pone las cosas del revés*. De hecho, no hay nada en su obra que indique que él ha cambiado de opinión en este sentido. Pues bien, se sugería al inicio de este apartado que él podría intentar alegar que, aún así, tiene sentido todavía buscar correlaciones entre la obtención de las intensidades de creencia relevantes dentro de un cierto contexto jurídico-procesal de decisión y la efectiva presencia de genuinas pruebas que indican la culpabilidad de las personas absueltas. Nada impide buscar y encontrar ciertas correlaciones, algo así como un intento de comprensión de ‘la lógica del mundo del revés’. Quizás la crítica de Laudan según la cual los estándares de prueba vigentes son excesivamente severos, aun si arbitrarios, pueda entenderse de este modo. Él nos estaría diciendo algo así: ‘aunque los grados de creencia que determinan las decisiones de culpabilidad son incontrolables y arbitrarios, *puede observarse* en una muestra relevante de casos que esos grados de creencia se dan tan solo cuando las pruebas auténticas son desbordantes, no dándose en una enorme cantidad de casos donde esas pruebas son, aun si no desbordantes, claramente indicadoras de la culpabilidad’. Se estaría verificando así que, dentro de ese grupo sumido en la desorientación epistémica, se dan ciertos patrones

61. Véase SCHAUER, 2015, especialmente § 5.2. Él cataloga allí, además, un buen repertorio de estudios empíricos sobre el particular.

62. Agradezco a Hernán Bouvier por señalarme este punto.

de conformidad con los cuales, sea por el motivo que fuere, la intensidad de convicción apta para condena se alcanza (o se declara como alcanzada) solo cuando la prueba es excesiva. Aunque no hay estándar, hay una severidad epistémica desorbitada. Pareciera entonces plausible sostener al mismo tiempo, por un lado, que se decide arbitrariamente y, por el otro, que las decisiones de condena presuponen una exigencia excesiva de pruebas. Pues bien, lo infundado de la posición de Laudan, incluso si entendida de este modo, se torna evidente a partir de lo siguiente.

### b. En busca de las pruebas perdidas

Las únicas evidencias aceptables para demostrar que en muchos casos se absuelve, aun en presencia de mucha prueba en favor de la culpabilidad (sea porque hay un estándar objetivo excesivamente severo, sea porque –aun en su ausencia– la gente solo se convence cuando tiene demasiada prueba) son *las pruebas relativas a cada uno de esos muchos casos*. En otras palabras, para justificar la aserción de que un acusado absuelto era probablemente culpable hay que traer a colación, exhibir y valorar la prueba que demuestra que el acusado absuelto *era probablemente culpable*. Este es el único tipo de razón admisible en favor de esa conclusión, i.e. la que muestra la apariencia epistémica de culpabilidad. Más específicamente, si se sostiene la tesis de que en una *x cantidad* de casos se absolvió aun habiendo buenas razones epistémicas para considerar probablemente culpable a esos acusados, hay que invocar y exhibir la prueba relativa *a cada caso*. Por desgracia, si esto no es imposible es, como mínimo, altamente difícil, sobre todo en sistemas donde los veredictos no se motivan y no incluyen, en consecuencia, un detalle y valoración de los elementos de prueba.<sup>63</sup>

En contraste, luego de escutar la *opinión* de los abogados defensores a partir de la de «uno de los miembros más distinguidos de este gremio», opinión según el cual «casi todos los acusados son en realidad culpables», Laudan decía en el año 2006 que: «... para continuar sería preferible contar con algo más que con pruebas anecdóticas. Obviamente tenemos muy pocas pruebas directas en virtud de que la culpabilidad y la inocencia genuinas son inescrutables en la mayoría de los casos. Sin embargo, podemos realizar algunas inferencias plausibles a partir de los datos que disponemos».

Seguidamente Laudan sostenía que entre el 30 y 40% de los imputados que llegan a juicio en USA son absueltos (él estipula una media del 35%). Para él, la «primera y más obvia inferencia» es que en opinión de los miembros del jurado *la mayoría de los acusados son culpables*: «De hecho, su culpabilidad aparente es tan abrumadora que una clara mayoría ha sido hallada culpable BARD. Así que, si aproximadamente el 65 por 100 de aquellos que han ido a juicio oral fueron hallados culpables BARD, probablemente

63. Sobre el punto TARUFFO, 2005, NANCE, 2016: 26-27. Aunque luego parece olvidarlo, cuando especula sobre cómo habría de llevarse a cabo el test de la tasa de éxito de los estándares de prueba que él mismo propone, el propio Laudan indica que ello solo podría basarse en *la prueba relativa a cada caso*: LAUDAN, 2013b.



había muchos otros cuya culpabilidad aparente se encontraba por encima del 0,5 y quienes, por tanto, bien podrían ser culpables». <sup>64</sup>

Ahora bien, aunque la primera parte de la inferencia es indudablemente obvia (i.e. que el 65% de los imputados son hallados culpables *dado* que el 35% son absueltos) lo que sigue no solo no es obvio, sino que no es siquiera mínimamente plausible, y ello en virtud de las propias tesis de Laudan. Pues, si el BARD es absolutamente subjetivo y arbitrario, el carácter *abrumador* de la culpabilidad aparente no puede ser atribuido a pruebas genuinas. Igualmente subjetiva y arbitraria será, además, la apariencia de culpabilidad de más del 0,5 a que el autor alude. No se trata tan solo de que se cuenta con muy pocas *pruebas directas* respecto de la culpabilidad o inocencia. Se trata, más bien, de que Laudan no exhibe *ninguna* prueba al respecto, al tiempo que extrae conclusiones a partir de razones que, según él mismo ha indicado en otros sitios, no son razones del tipo adecuado. <sup>65</sup>

La necesidad de indagar sobre la prueba auténtica en el cúmulo de casos que quiera analizarse es de una importancia decisiva en sistemas donde, como Laudan nos enseñaba, *no hay* un verdadero estándar de prueba sino una parodia de uno. En estos contextos, exhibir las pruebas que efectivamente había en cada caso de condena y de absolucón podría mostrar una gran cantidad de aspectos y conducir a conclusiones de lo más heterogéneas, además de los probables falsos positivos y falsos negativos, por cierto. Por ejemplo, posiblemente verifiquemos que las declaraciones de convicción BARD frente a algunos (tipos de) delitos se efectivizan tan solo en casos en que hay una abrumadora cantidad de prueba, mientras que en otros quizás la convicción se logre con menos, acaso con poquísima prueba o con ninguna. O quizás descubramos que hay sectores donde la suficiencia la gobiernan meros prejuicios o supersticiones. Estas asimetrías, se puede conjeturar, podrían explicarse por múltiples motivos: no solo por la gravedad de las penas amenazadas sino también por la gravedad del delito investigado, por la repercusión pública de ciertos crímenes, por sesgos políticos, raciales o de cualquier tipo, etc. Todavía más, quizás estos desequilibrios se vean no tanto (o no solo) frente a distintos (tipos de) delitos y contextos delictivos, sino frente a diferentes clases de personas acusadas o presuntamente victimizadas. Es esta la situación a que conduce la ausencia de auténticos estándares de prueba y decidir con parodias de ellos.

En contraste, acudir a las opiniones de quien fuere a fin de elucidar cuál era la *probabilidad (subjetiva)* de culpabilidad de imputados absueltos, como hace Laudan, resulta tan inaceptable desde el punto de vista epistémico como pedirles que condenen cuando alcancen un cierto grado porcentual de seguridad. <sup>66</sup>

64. LAUDAN, 2013b: 162.

65. Todavía una vez: Laudan podría haber cambiado de opinión y creer ahora que los estados psicológicos covarían con las razones epistémicas, pero si así fuere, sería necesario como mínimo *un* argumento en favor de este cambio de opinión. Como se ha visto: justificar la afirmación según la cual el grado psicológico de convicción del individuo I respecto de la proposición *p* refleja el grado de justificación epistémica con que las evidencias E (con las que I cuenta) apoyan a *p*, requiere —como mínimo— exhibir y valorar E.

66. Véase FINDLEY, 2018: 1278-1280, donde se lleva a cabo un análisis mucho más profundo del estudio K-Z del que Laudan presenta.

### c. El error sobre margen de error

Hay un punto adicional. Hagamos por un momento abstracción de lo dicho en los apartados precedentes. Supongamos que Laudan cuenta con prueba genuina relativa a cada caso de absolución; o, incluso, que los estados subjetivos que los encuestados de sus muestras declaran haber tenido son reales y que relejan fielmente las apariencias epistémicas de culpabilidad relativas a esos casos. Supongamos también que se trata de absoluciones que conforman una muestra realmente relevante y, además, hagamos como si la apariencia de culpabilidad fuera mensurable, suponiendo, adicionalmente, que de esas pruebas con que hipotéticamente se cuenta surge que cada una de las personas absueltas de la muestra lo fue aun frente a una apariencia de culpabilidad de más del 50% o incluso del 80%.

Pues bien, ha de tenerse presente que, al margen de las exclusiones probatorias y de los límites temporales,<sup>67</sup> el método para determinar si el procedimiento judicial fue exitoso o no en la fijación de los hechos es el mismo método que el procedimiento judicial ha empleado (asumiendo que el sistema de valoración de la prueba es el de *libre valoración*). Así, incluso cuando desde fuera del procedimiento pueda valorarse alguna prueba adicional, la determinación de éxito o fracaso del veredicto en lo relativo a los enunciados fácticos es tan falible cuanto el veredicto mismo.<sup>68</sup>

Como vimos, la premisa (e) del argumento de Laudan consiste precisamente en inferir, a partir de una cierta apariencia de culpabilidad (putativa, de conformidad a cuanto se dijo, pero atendible de conformidad con nuestro manojito de suposiciones), la culpabilidad sin más. Esto quiere decir que, a efectos de elucubrar cuál es la *ratio* de error y cuál la de éxito del sistema judicial, Laudan no solo se sirve del mismo método, sino que pretende emplear y valorar el mismo conjunto de elementos probatorios producidos dentro de ese sistema para cada uno de los casos de la muestra. En este preciso punto, lo inaceptable del argumento reside en que Laudan obtiene la *ratio* de fracasos del sistema aplicando a esos mismos conjuntos de elementos probatorios, desde su punto de vista externo, un estándar de prueba deliberadamente menos exigente que el aplicado, por hipótesis, *dentro* del sistema. Usando la «hipótesis heurística» de Laudan esto sería como decir que, si un sistema S, cuyo estándar de suficiencia probatoria es del 90%, juzga como no probado un  $x$  porcentaje de enunciados fácticos cuya apariencia de verdad era de, pongamos, un 70%; entonces  $x$  equivale al margen de error de ese sistema. Y la justificación de esa alegación, i.e. de que  $x$  equivale al margen de error, reposa pura y exclusivamente en la implementación de un estándar de prueba de, pongamos, el 65%.

67. Quizás también haya una diferencia en cuánto *el deseo* de alcanzar una cierta conclusión afecte a la autenticidad de la indagación (así, HAACK, 2014a: 12, 21-22). Si la hay, creo que se trata tan solo de una diferencia de *grado*: quien indaga acerca de la *ratio* de éxito o fracaso de un cierto estándar puede estar también afectado por sus deseos de lograr tal o cual conclusión concorde con el impulso de tal o cual programa político.

68. Sobre estas dificultades GONZÁLEZ LAGIER, 2018, § 4.4.5.

#### d. Los estándares genuinos de prueba desde la óptica de Laudan: ¿una «reforma esencial»?

Superar todos estos supuestos escollos que Laudan señala requiere de la formulación de estándares de prueba genuinos que distribuyan el error de un modo no arbitrario. La formulación de un estándar de prueba tal requeriría, especialmente, de dos circunstancias: (i) determinar objetivamente cuál es la distribución de error político-moralmente deseada y (ii) formular un umbral de suficiencia tal que realice esa distribución. Aunque ambos aspectos son problemáticos, me centraré tan solo en el segundo por razones de espacio.

Laudan cree, frente a todo lo expuesto, que es perfectamente posible formular «reglas probatorias» en términos de umbrales de suficiencia, tales que permitan llevar a cabo estimaciones «razonablemente precisas» acerca de «[c]uán robustas sean las pruebas, así como cuán válidas sean las inferencias que con base en ellas realizan [quienes hayan de decidir]». <sup>69</sup> Él cree, además, que la aplicación de esas «reglas probatorias» reflejará a largo plazo la *ratio* deseada de distribución de errores, sea cual ella fuere.

Según él, *la epistemología* proporciona las herramientas necesarias para que las inquietudes político-morales relativas a la necesidad de hacer distribuciones asimétricas del error se produzcan en los hechos. Laudan sostiene que formular de este modo los estándares de prueba constituye una «reforma esencial» frente al desatado subjetivismo al que conducen fórmulas equívocas y vagas como el BARD, sorteándose el inconveniente de ligar la determinación de la culpabilidad o inocencia a un «proceso de introspección al que los miembros del jurado» habrían de entregarse. En contraste, los genuinos estándares de prueba hacen que, determinar si un enunciado fáctico está probado, requiera tan solo la *constatación* de un «poderoso lazo inferencial entre las pruebas presentadas y la conclusión de que el acusado es culpable». <sup>70</sup> Laudan ofrece tres ejemplos de estándares acordes a sus exigencias: <sup>71</sup>

LL1. Si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva.

LL2. Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y usted no puede concebir alguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente, entonces condene; de lo contrario, absuelva. <sup>72</sup>

LL3. Determine si los hechos establecidos por la acusación descartan cualquier hipótesis razonable en la que pueda pensar que el acusado resultaría inocente. Si la teoría de la acusación descarta las hipótesis alternativas referidas, condene. De lo contrario, absuelva. <sup>73</sup>

69. LAUDAN, 2013b: 116.

70. LAUDAN, 2013b: 127.

71. LAUDAN, 2013b: 127-129.

72. A partir de ALLEN, 1993, ALLEN, 1994.

73. Remitiendo a una vieja instrucción para jurados.

Laudan sostiene que, si se adoptaran fórmulas como las indicadas, los problemas por él señalados se resolverían, pues ellas: «[c]onstituyen estándares de prueba genuinos y objetivos y, al contrario que el BARD o la asignación de valores específicos de probabilidad a la hipótesis de culpabilidad, dejan muy poco espacio para la duda respecto a si han sido satisfechos o no en cualquier caso particular».<sup>74</sup>

No es este el espacio para detallar la batería de razones que hacen que, a despecho de lo que Laudan sostiene, estas fórmulas sean totalmente inadecuadas para alcanzar los fines que él pretende conseguir con ellas, satisfaciendo además sus exigencias de objetividad y precisión. Me limitaré a señalar las principales dejando el detalle para otro momento.

En primer lugar, la primera preocupación de Laudan respecto del BARD consistía en que esa fórmula es *traducible* en múltiples modos, muchos de ellos conducentes a convertirla en un criterio introspectivo, psicológico, subjetivo y, probablemente, arbitrario. Pues bien, nada parece impedir que el mismo destino corran estas propuestas de estándar, máxima en lo que refiere a la *alta dificultad* de explicar ciertas pruebas, a lo *fiable* de ellas, a lo *plausible* de ciertas historias, a la posibilidad *personal* de concebir historias alternativas o no, a lo *razonable* de las hipótesis alternativas (personalmente) imaginables. La cercanía de esta última consideración a la fórmula BARD es significativamente llamativa.

En segundo lugar, quizás lo más importante, pensar que el problema de la subjetividad queda superado parece de una ingenuidad magnánima. Supongamos que las fórmulas que Laudan adopta como ejemplos de buenos estándares son aplicadas sin más interpretación que la iteración literal, sin que se dé instrucción alguna al jurado –si lo hay– acerca de cuál es el significado de los términos de esas frases. Pues bien, aun cuando ninguna de esas fórmulas, al menos en apariencia, «depende de las estimaciones subjetivas del jurado acerca de la probabilidad de que el acusado sea culpable», lo cierto es que lo que ahora dependerá de las estimaciones subjetivas del jurado es la determinación de si el estándar se encuentra satisfecho o no dado un determinado conjunto de elementos de prueba. Tomemos como ejemplo el estándar LL1: considerar satisfecho el estándar dependerá de si quien debe juzgar *estima* que las pruebas inculpatorias son *lo suficientemente* fiables y *lo suficientemente* difíciles de explicar bajo el supuesto de que el imputado fuera inocente, y si las pruebas exculpatorias son *insuficientes*, o si no son *lo suficientemente* fiables o *lo suficientemente* difíciles de explicar bajo la hipótesis de que el acusado fuera culpable. La situación no mejora con el caso de LL2: habrá que juzgar si la teoría del caso de la acusación es *lo suficientemente* plausible para condenar y si se ha hecho el esfuerzo *suficiente* a efectos de concebir alguna historia *suficientemente* plausible en la que el acusado resulte inocente. Y otro tanto cabe decir de LL3: es necesario determinar si la hipótesis acusatoria descarta toda hipótesis *lo suficientemente* razonable de inocencia.

74. LAUDAN, 2013b: 132.

La determinación del carácter suficiente o insuficiente de la satisfacción de ciertos criterios epistémicos, dada su irremediable *gradualidad* remite a consideraciones de carácter práctico.<sup>75</sup> Quizás el reingreso en el mundo del subjetivismo resulte aquí inevitable.<sup>76</sup> Creo, sin embargo, que hay dos caminos posibles para poner un coto al pesimismo que esto podría provocar. Uno de esos caminos consiste en explorar el ligamen entre distribuciones de errores (o riesgos de errores) de un modo moralmente adecuado con tasaciones probatorias (legislativas o incluso jurisprudenciales) guiadas por consideraciones epistémicas y justificadas en virtud de ellas.<sup>77</sup> El otro camino es el de, conscientes de lo inevitable de incluir consideraciones prácticas en las decisiones sobre la suficiencia epistémica, se exija a la judicatura una explícita y rigurosa justificación epistémica con una también explícita y rigurosa manifestación de las razones prácticas que hacen que en cada caso *esas* razones epistémicas *deban* tenerse por *suficientes*. En cualquier caso, no es este el lugar para profundizar en estas sugerencias.

## 6. CONCLUSIONES

Con buen atino, Edgar Aguilera ha sostenido que la obra de Laudan «... reflexiona primordialmente en torno a dos deficiencias que presenta el *estándar de prueba criminal* en sistemas jurídicos como el norteamericano y el mexicano, las cuales consisten básicamente en la *subjetividad* con la que la determinación de su satisfacción o no se realiza (subjetividad que, a su vez, se encuentra íntimamente ligada a, y provocada por, el fraseo vago y ambiguo empleado en su formulación), y en su *excesiva severidad*».<sup>78</sup>

Esta doble preocupación puede considerarse extensible a toda la obra *jurídica* de Laudan. La importancia de sus inquietudes y la enorme relevancia de sus trabajos están fuera de discusión. Sin embargo, algo anda mal respecto de muchas de sus conclusiones. Pues afirmar que los estándares tal como se encuentran formulados son indefectiblemente subjetivos y arbitrarios es incompatible con decir que ellos constituyen una excesiva exigencia de pruebas y que generan, por ello, una alta *ratio* de falsos negativos. Mostrar esto último exige mostrar (a) *la evidencia auténtica* que muestre la alta probabilidad epistémica de culpabilidad material de (un alto porcentaje de) absueltos y (b) que esas absoluciones responden a la aplicación de estándares excesivamente severos en términos probatorios. A esto se agrega el hecho de que la propuesta supuestamente superadora de Laudan no solo parece estar destinada a caer en el mismo terreno de

75. Véase HAACK, 2009 [1993]: 133-134. No es posible detenerse aquí en este punto. Algunas consideraciones al respecto en DEI VECCHI, 2014: 252, GONZÁLEZ LAGIER, 2018, DEI VECCHI, 2019.

76. En este punto cabe señalar que en el trabajo de Laudan hay en ocasiones ciertas afirmaciones algo sorprendentes, pues luego de enlazar el BARD a lo irracional y arbitrario, LAUDAN, 2013b: 131 defiende su propia propuesta diciendo que ella remite a modos adecuados de razonar *que las personas aplican diariamente tanto en sus vidas ordinarias cuanto en los procesos judiciales*. ¿Por qué concluir entonces tan rápida e infundadamente que el BARD o fórmulas semejantes son incompatibles con ello? Cfr. HAACK, 2014b: 52.

77. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2007, BAYÓN MOHINO, 2009.

78. AGUILERA GARCÍA, 2011: 16-17.

subjetividad, sino que se basa asimismo en estimaciones probabilísticas sobre cómo distribuir errores.

Laudan no es del todo inconsciente respecto de las suspicacias que puede generar su *uso* (y no mera mención) del lenguaje de las probabilidades: «Debo aclarar que mis razones para proceder así fueron únicamente heurísticas; me parece que podemos aprender mucho acerca de cómo opera un EdP, especialmente acerca de su papel en la distribución de los errores, si echamos mano de resultados bien establecidos que derivan del empleo de la probabilidad y la estadística. Pero, al igual que sucede con la famosa escalera wittgensteiniana que se usa para poder escalar un muro y, cuando ya estamos arriba, después se desecha, así también es mejor dejar de lado el lenguaje técnico de las probabilidades al referirnos al EdP».<sup>79</sup>

No obstante, todas las inferencias realizadas a fin de demostrar la *ratio* de falsas absoluciones que el sistema produce a partir de una cuantificación probabilística del BARD y atribuir esos errores a su excesiva exigencia *probatoria* trasciende en mucho a un uso «únicamente heurístico».<sup>80</sup> Nada hubiera tenido de malo emplear la escalera a fin de alcanzar la cima del muro y desecharla luego, ciertamente. El problema es que el ansia de dar sentido a su intuición de que el sistema deja libres a gran cantidad de culpables parece haber hecho olvidar a Laudan que, luego de alcanzar la cima, antes de arrojar la escalera había que abandonarla y posarse sobre el muro.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GARCÍA, E. R., 2011: «Presentación», en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi: 15-54.
- ALLEN, R. J., 1977: «The Restoration of In re Winship: A Comment on Burdens of Persuasion in Criminal Cases after Patterson v. New York», en *Michigan Law Review*, 76 (1): 30-63.
- ALLEN, R. J., 1993: «Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge, and Epistemological Modesty », en *Northwestern Law Review*, 88 (1): 436-456.
- ALLEN, R. J., 1994: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », en *Northwestern Law Review*, 88 (2): 604-640.
- ALLEN, R. J. & L. LAUDAN, 2008: «Deadly dilemmas», en *Texas Tech Law Review* (41): 65-92.
- ALLEN, R. J. & L. LAUDAN, 2011: «Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention», en *Journal of Criminal Law and Criminology* (101): 781-802.
- BAYÓN MOHINO, J. C., 2009: «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en *Análisis e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2009-2010 (1): 15-34.
- COHEN, J. & I. CHRISTENSEN, 1970: *Information and choice* Edinburgh: Oliver & Boyd.
- COHEN, L. J., 1998: *Introduzione alla Filosofia dell'induzione e della probabilità*. Milano: Giuffrè.
- COUTURE, E. J., 1958: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.

79. LAUDAN, 2013b: 121.

80. Cfr. FINDLEY, 2018.



- DE FINETTI, B., 1993: «Bayesianesimo: il suo ruolo unificante per i fondamenti e le applicazioni della statistica», en MONARI, P. & COCCHI, D., *Probabilità e induzione*. Bologna: Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna: 205-228.
- DEI VECCHI, D., 2014: «Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo», en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 34: 237-261.
- DEI VECCHI, D., 2019: *Consideraciones sobre la posibilidad de formular y aplicar estándares de suficiencia probatoria en sistemas de prueba libre*. Universitat Pompeu Fabra - Barcelona (V Trobada UPF-UdG de Teoría del Dret).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2007: «La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (15).
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2013: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 21-39.
- FERRER BELTRÁN, J., 2018: «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea», en PAPAYANNIS, D. M. & PEREIRA FREDES, E., *Filosofía del derecho privado (en prensa)*. Madrid-Barcelona-Sao Paolo-Buenos Aires: Marcial Pons: 401-430.
- FINDLEY, K. A., 2018: «Reducing Error in the Criminal Justice System», en *Seton Hall Law Review*, 48 (4): 1265-1318.
- FORST, B., 2004: *Errors of Justice. Nature, Sources, and Remedies*. Cambridge-New York: Cambridge University Press.
- GARBOLINO, P., 1997: *I Fatti e le opinioni: la moderna arte della congettura*. Roma: Laterza.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003: «Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)», en *Jueces para la Democracia*, 46: 17-26.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2013: *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México D.F.: Fontamara.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018: *Prueba y argumentación ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. Girona (Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio).
- HAACK, S., 2009 [1993]: *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.
- HAACK, S., 2014a: «Epistemology and the Law of Evidence», en HAACK, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York, NY: Cambridge University Press: 1-26.
- HAACK, S., 2014b: «Legal Probabilism: An Epistemological Dissent», en HAACK, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York, NY: Cambridge University Press: 47-77.
- HARMAN, G. H., 1965: «The inference to the Best Explanation», en *The Philosophical Review*, 74: 88-95.
- KAPLOW, L., 2011: «On the Optimal Burden of Proof», en *Journal of Political Economy*, 119 (6): 1104-1140.
- KAPLOW, L., 2012: «Burden of Proof», en *The Yale Law Journal*, 121 (4): 738-859.
- LAUDAN, L., 2003: «Is reasonable doubt reasonable?», en *Legal Theory*, 9 (4): 295-331.
- LAUDAN, L., 2005: «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», en *Legal Theory* (11): 333-361.



- LAUDAN, L., 2006: *Truth, error, and criminal law: an essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LAUDAN, L., 2011a: «¿Es razonable la duda razonable?», en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, editado por BEGUELIN, J. R. Buenos Aires: Hammurabi: 119-195.
- LAUDAN, L., 2011b: «Is it Finally Time to Put ‘Proof Beyond a Reasonable Doubt’ Out to Pasture?», en *The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series Number 194*.
- LAUDAN, L., 2011c: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, editado por CALVO SOLER, R. Buenos Aires: Hammurabi: 57-86.
- LAUDAN, L., 2011d: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?», en GREEN, L. & LEITER, B., *Oxford studies in philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press: 195-227.
- LAUDAN, L., 2013a: «La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal», en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, editado por MAXIMILIANO, A. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 119-134.
- LAUDAN, L., 2013b: *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- LAUDAN, L., 2016: *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?* Milton Keynes: Lightning Source.
- LAUDAN, L. & R. J. ALLEN, 2010: «Deadly Dilemmas II: Bail and crime», en *Chicago Kent Law Review* (85): 23-42.
- NANCE, D. A., 2016: *The Burdens of Proof*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NESSON, C., 1985: «The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts», en *Harvard Law Review*, 98 (7): 1357-1392.
- PARDO, M. S., 2013: «Estándares de prueba y teoría de la prueba», en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo: Marcial Pons: 99-118.
- PARDO, M. S. & R. J. ALLEN, 2008: «Juridical Proof and the Best Explanation», en *Law and Philosophy*, 27 (3): 223-268.
- SCHAUER, F., 2015: *Fuerza de ley*. Lima: Palestra de RAPETTI, P. A.
- STEIN, A., 2005: *Foundations of Evidence Law*. Oxford - New York: Oxford University Press.
- TARUFFO, M., 2005: «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28): 115-126.
- TUZET, G., 2006: *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino: G. Giappichelli.

